

L'utilizzabilità delle intercettazioni nel "procedimento diverso" a carico dell'ente imputato.

di **Matteo Riccardi**

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE VI, 13 SETTEMBRE 2017, N. 41768
PRESIDENTE CARCANO, RELATORE CORBO

Sommario: **1.** Premessa. Procedimento a carico dell'ente e principio di sussidiarietà. – **2.** La "diversità" del procedimento nell'assetto regolatorio dell'articolo 270 c.p.p.: perimetro applicativo. – **3.** L'utilizzabilità a carico dell'ente delle intercettazioni disposte nei confronti della persona fisica.

1. Premessa. Procedimento a carico dell'ente e principio di sussidiarietà.

La sentenza in commento affronta la problematica di rilievo probatorio concernente l'inedito profilo dell'utilizzabilità, nel processo finalizzato all'accertamento della colpa in organizzazione della *societas*, dei risultati delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, disposte ai sensi degli articoli 266 ss. c.p.p. nell'ambito del procedimento a carico delle persone fisiche imputate del reato-presupposto¹.

Una esaustiva trattazione del tema, peraltro, richiede una sintetica ma opportuna premessa metodologica.

È dato ormai acquisito che la disciplina del procedimento a carico dell'ente responsabile dell'illecito "da reato" ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 costituisca a tutti gli effetti un microcodice², ritagliato sulla peculiare figura della persona giuridica e sulle "dinamiche" specifiche di un soggetto che, soltanto grazie a una *fictio iuris* (articoli 34 e 35), può considerarsi indagato o imputato.

Innegabili esigenze di economia redazionale, in uno con l'interesse a garantire la funzionalità dei meccanismi procedurali da applicare all'ente incolpato, hanno portato il legislatore – com'è ben noto – a scartare l'idea di predisporre una nuova ed esaustiva codificazione per la vicenda procedimentale che attinge la *societas*, propendendo per una più agile opzione di eterointegrazione delle norme

¹ Sull'impiego di tale mezzo di ricerca della prova direttamente nei confronti dell'ente, si veda FUSCO, *Le indagini preliminari nei confronti degli enti: questioni controverse*, in *Rivista* 231, 2017, 1, 184.

² Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1327; analogamente, Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 395.

espressamente dettate del decreto, che si limitano a esplicitare una funzione derogatoria o, al limite, innovativa rispetto alla disciplina processuale “ordinaria”, che, per il resto, rimane sfondo costante del processo “231”.

Così, dunque, il Capo III del decreto, recante la disciplina relativa al procedimento di accertamento dell’illecito amministrativo, si apre con una disposizione di carattere generale – l’articolo 34 – che afferma l’applicabilità, in prima battuta, delle norme poste dallo stesso Capo III e, per quanto ivi non espressamente previsto e in via subordinata, nei limiti della compatibilità (strutturale e funzionale), delle disposizioni del Codice di procedura penale e delle relative norme di attuazione, sancendo in tal sede, a governo dei rapporti tra normative speciale e ordinaria, un essenziale principio di sussidiarietà³.

Sono altrettanto noti e discussi, peraltro, i problemi di coordinamento interpretativo che tale disposizione genera, con riferimento al tema della applicabilità, nel procedimento a carico dell’ente, di taluni istituti del Codice di procedura penale non espressamente richiamati dal testo del decreto e per cui, tuttavia, si pone l’interrogativo circa la loro possibile estensione alla vicenda di accertamento delle responsabilità dell’ente⁴, essendo concreto il rischio di creazione di pericolose “zone d’ombra” in termini di garanzie difensive dello stesso⁵.

³ Per un commento dell’articolo 34, cfr. BASSI, sub *Articolo 34*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da Levis e Perin, Bologna, 2014, 869 ss.

⁴ Si pensi, tra i profili più dibattuti, al tema della costituzione di parte civile nei confronti dell’ente imputato (in relazione al quale sia ammesso il rinvio, per un recente contributo, a RICCARDI, [“Sussulti” giurisprudenziali in tema di costituzione di parte civile nel processo de societate: il caso Ilva riscopre un leitmotiv del processo 231](#), in *questa Rivista*, 2017, 4) e, simmetricamente, alla questione della costituzione dell’ente quale parte civile nei confronti degli “apicali” imputati (su cui v. Trib. Milano, sez. II, ord. 6 aprile 2017, in *questa Rivista*, 2017, 4, con nota di STAMPANONI BASSI, [L’ente imputato ex d.lgs. 231/2001 non può costituirsi parte civile contro i suoi dirigenti “coimputati”](#); cfr. anche ACCINNI, *Natura della responsabilità dell’ente e sua legittimazione alla costituzione di parte civile: note minime*, in *Rivista 231*, 2017, 3, 297 ss., e MONTESANO, *È preclusa per l’ente la costituzione di parte civile nei confronti degli apicali, anch’essi imputati, nel medesimo procedimento*, *ivi*, 2017, 4, 317 ss.).

⁵ Quanto ai profili dell’assistenza dell’ente, è ormai definita l’annosa problematica concernente la possibilità per l’ente di nominare un difensore di fiducia, prima e indipendentemente dalla formale costituzione nel procedimento ai sensi dell’articolo 39 (in giurisprudenza, Cass., sez. un., 28 maggio 2015, n. 33041, Gabrielloni, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 51, con nota di GALLUCCI, *Modalità di esercizio delle facoltà difensive da parte dell’ente indagato. La Suprema Corte individua una soluzione ragionevole e rispettosa dei diritti dell’ente*, e VARRASO, *Il “compromesso” delle Sezioni Unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell’ente “incolpato” nel procedimento*), mentre è ancora discusso il più recente tema dell’incompatibilità, ai sensi dell’articolo 106 c.p.p., del difensore che assista contestualmente ente e persona fisica imputati (da ultimo, Cass., sez. IV, 7 settembre 2017, n. 40712, in *AODV231.it*, 7 settembre 2017). Ancora, si può citare la problematica concernente la necessità di notificare all’ente l’avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all’articolo 415-bis c.p.p. (cfr. GARUTI, *Contestazione dell’illecito amministrativo e udienza preliminare*, in *Rivista 231*, 2006, 3, 9 ss.), nonché l’applicabilità allo stesso dei procedimenti speciali (giudizio direttissimo e giudizio

Non deve sorprendere, pertanto, che nel caso all'esame della Cassazione le menzionate criticità applicative del canone di sussidiarietà siano emerse, seppur indirettamente, in sede di eterointegrazione della disciplina "231" sulle indagini preliminari (sezione V) – e, nel dettaglio, in relazione ai mezzi di ricerca della prova – inducendo il giudice di legittimità – sia ammessa l'anticipazione – a esportare soluzioni ermeneutiche adottate per il procedimento della persona fisica nel campo del contiguo e "simultaneo" procedimento a carico dell'ente.

2. La "diversità" del procedimento nell'assetto regolatorio dell'articolo 270 c.p.p.: perimetro applicativo.

La pronuncia della Cassazione trova occasione nell'impugnazione di un ente che, condannato in appello sulla base degli esiti delle intercettazioni disposte nei confronti degli imputati persone fisiche, lamentava la violazione della disciplina dell'articolo 270 c.p.p.

Il ricorrente, nel dettaglio, adduceva che le intercettazioni utilizzate a carico della persona giuridica erano state disposte nell'ambito di un procedimento – quello nei confronti della persona fisica, inizialmente celebrato nel *simultaneus processus* ai sensi dell'articolo 38, ma poi formalmente separato nel corso del giudizio di primo grado – che, seppur riportante lo stesso numero di notizia di reato, avrebbe dovuto considerarsi "diverso", così censurando la mancata applicazione della disciplina speciale prevista dall'articolo 270 c.p.p. per simili ipotesi.

La norma dell'articolo 270 c.p.p., ricalcando l'antecedente disciplina posta dall'articolo 226-*quater* c.p.p. abr., è dedicata al regime di impiego "trasversale" di quelle intercettazioni, disposte *ab origine* in un determinato procedimento penale, di cui sia richiesto l'utilizzo nell'ambito di un procedimento, anch'esso di natura penale⁶, diverso rispetto a quello in cui l'autorizzazione del giudice sia stata concessa⁷.

In merito, il comma 1 della disposizione sancisce un divieto "attenuato" di utilizzazione delle intercettazioni disposte in altro procedimento, facendo salva

immediato; sul punto, cfr. BASSI, sub *Articolo 34*, cit., 883 ss.) non espressamente disciplinati dal decreto (da ultimo, sull'applicabilità all'ente della sospensione del procedimento con messa alla prova, [Trib. Milano, ord. 27 marzo 2017](#), in *questa Rivista*, 2017, 9, per il cui commento e approfondimento si rinvia a RICCARDI-CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversione dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 47 ss.).

⁶ Nel senso che i limiti di cui all'articolo 270 c.p.p. non valgono per l'utilizzo delle intercettazioni in "altri" procedimenti non aventi natura penale, per cui è sufficiente il rispetto delle norme costituzionali e procedurali, cfr. Cass. civ., sez. un., 12 gennaio 2017, n. 14552, in *Giust. civ. mass.*, 2017, nonché Cass. civ., sez. un., 12 febbraio 2013, n. 3271, in *Foro it.*, 2014, 9, I, 2587, e Cass. civ., sez. un., 24 giugno 2010, n. 15314, in *Giust. civ. mass.*, 2010, con riferimento al procedimento disciplinare a carico dei magistrati; Cass. civ., sez. lav., 16 maggio 2016, n. 10017, *ivi*, 2016, con riferimento al procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 l. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei Lavoratori).

⁷ Per una panoramica sul tema, cfr. Filippi, *Intercettazione*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri e Spangher, Torino, 2013, 926 ss.

l'eventualità che i risultati dell'attività di captazione provenienti *aliunde* «risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza» ai sensi dell'articolo 380 c.p.p.: deroga che, pur incidendo sul diritto costituzionalmente tutelato dall'articolo 15 Cost., è stata considerata legittima nella misura in cui è diretta al soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante (in specie, quello all'accertamento dei reati di maggiore gravità) e, nello stesso tempo, risulta circoscritta alle operazioni strettamente necessarie alla tutela di quell'interesse⁸.

Una disciplina così restrittiva – in riferimento ai suoi presupposti applicativi “oggettivi”, se confrontati con quelli degli articoli 266 e 266-*bis* c.p.p. – trova giustificazione nell'esigenza di limitare il ricorso a prove ottenute senza la garanzia del previo “filtro” giudiziale (quale, di norma, è quello svolto dal giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'articolo 267 c.p.p.), prevenendo il rischio che il risultato probatorio suscettibile di “trasmigrazione” da un procedimento all'altro rappresenti il frutto di una autorizzazione “in bianco”⁹.

Centrale, nell'opera di esegesi dell'articolo 270 c.p.p., è dunque la definizione del concetto di “procedimento diverso”, non essendo di immediata comprensione la latitudine applicativa di simile presupposto attorno a cui gravita il peculiare regime ivi previsto.

Assolutamente recessiva, attualmente, è la tesi che esclude la diversità del procedimento quando la nuova fattispecie di reato, emersa da un'operazione di intercettazione disposta allo scopo di perseguirne un'altra, sia sottoposta a indagine ovvero successivamente giudicata cumulativamente¹⁰, dipendendo così l'applicazione del regime in discussione da un dato fortuito – la separazione ovvero la riunione dei processi – con tutti i dubbi che ne conseguirebbero sulla tenuta costituzionale della disposizione in termini di ragionevolezza.

Analogamente, non è sembrato persuasivo l'orientamento che, ai fini dell'articolo 270 c.p.p., ritiene equivalenti i termini “procedimento” e “reato”, di modo che, anche per ovviare a indesiderabili e prevedibili *bypass* di garanzie individuali¹¹, la disciplina speciale si innesterebbe ogni qual volta dall'intercettazione emerga un reato ulteriore a quello per cui è stata concessa l'autorizzazione *ex* articolo 267 c.p.p.¹², ferma restando, in ogni caso, l'utilizzabilità del dato captato quale *notitia*

⁸ Per l'affermazione di tali principi, Corte cost., 1991, n. 366, in *Giust. pen.*, 1992, I, 35 ss.

⁹ Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in *Cass. pen.*, 1994, 6, 1479.

¹⁰ Cass., sez. I, 23 giugno 1986, Frisina, in *Foro it.*, 1986, II, 19, con nota critica di De Leo, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*; in senso conforme, Cass., sez. VI, 29 maggio 1987, Savoca, in *Cass. pen.*, 1989, 132, e Cass., sez. VI, 9 dicembre 1989, Micoli, *ivi*, 1992, 141. In dottrina, cfr. Bruno, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Bologna, 1993, 203; Potetti, *L'articolo 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. pen.*, 1993, 785.

¹¹ In tema, Grevi, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 1979, 76.

¹² Cass., sez. II, 6 dicembre 1978, Mucciaccia, in *Cass. pen.*, 1980, 5-6, 819; Cass., sez. VI, 9 marzo 1983, Piermaria, *ivi*, 1985, 2-3, 421, con nota di Virgili, *Un appunto sull'utilizzabilità come notitia criminis di intercettazioni telefoniche altrimenti*

*criminis*¹³; la stessa conclusione, tra l'altro, è stata sostenuta alla luce della norma – di cui era individuato un potenziale contenuto “definitorio” – dell'articolo 335 c.p.p., nella parte in cui indicherebbe come elementi identificativi di un “procedimento” il titolo del reato, il nome della persona a cui lo stesso è attribuito, la data e il numero di iscrizione, così importando che un procedimento non recante almeno uno di detti elementi avrebbe potuto dirsi “diverso”¹⁴.

A parziale confutazione delle tesi appena esposte, basti argomentare che il talora invocato articolo 15 Cost. – norma cardine in materia di libertà e segretezza delle comunicazioni – non sembra avere dirette conseguenze in termini di utilizzabilità dei dati ottenuti da quell'attività, derogatoria rispetto allo stesso, che è l'intercettazione, assumendo detto parametro costituzionale una portata “neutra”¹⁵; tantomeno, l'articolo 335 c.p.p. così interpretato non appare dirimente in tal senso e, anzi, potrebbe essere foriero di conseguenze ermeneutiche inaccettabili (giacché, così opinando, anche la mera iscrizione aggiuntiva di un nuovo indagato implicherebbe la diversità del procedimento¹⁶).

Sul punto, la giurisprudenza – adottando un approccio antiformalistico ormai cristallizzato¹⁷ – ha ritenuto che il requisito della “diversità” debba essere ricollegato al dato della alterità o non uguaglianza del procedimento, tale essendo quello instaurato in relazione a una notizia di reato che scaturisce da un fatto storicamente diverso da quello oggetto di indagine nell'ambito di altro e differente, anche se connesso, procedimento¹⁸.

Così, nel definire in negativo i contorni del presupposto legislativo, si è specificato che la diversità del procedimento deve essere valutata sotto il profilo sostanziale¹⁹, sicché essa non è determinata dal numero di iscrizione nel registro delle notizie di

inutilizzabili. In dottrina, Pisa, voce *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 5; Rossi, *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3, 605.

¹³ Cass., sez. I, 30 aprile 1975, Freda, in *Foro it.*, 1976, II, 143.

¹⁴ De Gregorio, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di stesso procedimento e di procedimento diverso ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, 2, 1002.

¹⁵ Santalucia, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. pen.*, 1996, III, 262.

¹⁶ Sotto tale profilo, Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 80.

¹⁷ Si veda già, in proposito, [Cass., sez. II, 23 gennaio 2014, n. 3253](#), in *questa Rivista*, 29 gennaio 2014.

¹⁸ Cass., sez. II, 1 aprile 2015, n. 19730, in *C.E.D. Cass.*, rv. 263527; Cass., sez. IV, 19 gennaio 2010, n. 7320, *ivi*, rv. 246697; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2008, n. 4169, Mucciarone, in *Cass. pen.*, 2010, 5, 1899; Cass., sez. II, 9 gennaio 2004, n. 89579, Amato, in *C.E.D. Cass.*, rv. 228384.

¹⁹ Cass., sez. VI, 15 novembre 2012, n. 46244, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 615; Cass., sez. I, 9 maggio 2006, n. 29421, *ivi*, 2007, 7-8, 2951; Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 46075, *ivi*, 2006, 4, 1517.

reato, bensì dal contenuto della notizia, ossia dal fatto in relazione al quale sono in corso le indagini necessarie all'esercizio dell'azione penale²⁰.

Corollario di tale orientamento pretorio, assolutamente dominante²¹, è che nel perimetro del “diverso procedimento” non rientrano – e, dunque, non sono soggette al regime dell’articolo 270 c.p.p. – le indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato per il cui accertamento il mezzo di ricerca della prova è stato predisposto, né, tantomeno, che tale nozione equivale a quella di “diverso reato”²².

Ancor più nel dettaglio, la Cassazione ha affermato che i procedimenti penali devono considerarsi diversi, con conseguente inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte in altro procedimento, quando esiste tra i due fatti-reato (differenti nella loro consistenza storica) un collegamento meramente occasionale, senza che invece tra le due *notitiae criminis* sussista alcun nesso derivante dalla connessione *ex* articolo 12 c.p.p. o dal collegamento investigativo *ex* articolo 371,

²⁰ Cass., sez. II, 3 febbraio 2006, n. 7595, in *Dir. & giust.*, 2006, 17, 44; Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 46075, Kunsnomas, in *Riv. pen.*, 2006, 133; Cass., sez. VI, 12 ottobre 1998, n. 402, Aliu e altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, 47.

²¹ Del tutto isolata Cass., sez. III, 3 luglio 1991, Cerra, in *Cass. pen.*, 1992, 7, 1872, che, chiamata giudicare circa la richiesta di acquisizione, formulata dal pubblico ministero in un processo per evasione fiscale, delle intercettazioni telefoniche eseguite nell'ambito del procedimento contro l'associazione per delinquere costituita allo scopo di procedere a quel traffico illecito di capitali da cui era derivato l'imponibile evaso, ha affermato che, al di fuori dei casi tassativamente indicati nell'articolo 270 c.p.p., non è consentita l'utilizzazione in un procedimento penale delle risultanze emerse da intercettazioni telefoniche disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio. Per un commento, cfr., seppur con opinioni divergenti, Di Chiara, *Note in tema di circolazione di atti investigativi probatori tra procedimenti diversi*, in *Foro it.*, 1992, II, 77 ss., e Felicioni, *L'utilizzazione delle prove acquisite in altro procedimento penale: problema interpretativo o necessità di intervento legislativo?*, in *Cass. pen.*, 1992, 7, 1820 ss..

²² Cass., sez. III, 8 aprile 2015, n. 33598, in *Dir. & giust.*, 31 luglio 2015, con nota di La Muscatella, *La Suprema Corte ritorna sull'utilizzabilità delle intercettazioni: il presupposto della diversità dei procedimenti va verificato su un piano sostanziale*; Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, Floris, in *Cass. pen.*, 2014, 12, 4048; Cass., sez. II, 5 luglio 2013, n. 43434, in *C.E.D. Cass.*, rv. 257834; Cass., sez. III, 13 novembre 2007, n. 348, Ndoja, *ivi*, rv. 238779; Cass., sez. V, 21 gennaio 2003, n. 6761, Settembrini, in *Dir. & giust.*, 2003, 11, 102; Cass., sez. I, 17 novembre 1999, n. 14595, in *C.E.D. Cass.*, rv. 216206; Cass., sez. VI, 14 agosto 1998, n. 4007, Venturini, in *Cass. pen.*, 2000, 3, 701; Cass., sez. III, 14 aprile 1998, n. 1208, Romagnolo, in *C.E.D. Cass.*, rv. 210950; Cass., sez. VI, 2 giugno 1997, n. 2248, Tringali, in *Cass. pen.*, 1999, 2, 587; Cass., sez. VI, 25 febbraio 1997, n. 5192, Gunnella, in *Riv. pen.*, 1997, 831; Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997, n. 7, Pacini Battaglia, in *Cass. pen.*, 1997, 12, 3500, con nota di Melillo, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*; Cass., sez. VI, 16 ottobre 1995, Pulvirenti, *ivi*, 1997, 5, 1436, con nota di Cantone, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in «procedimenti diversi»*, relativa a un'ipotesi di riapertura delle indagini preliminari, cui seguiva una nuova iscrizione da parte del pubblico ministero ai sensi degli articoli 414, comma 2 e 335 c.p.p.; Cass., sez. III, 28 settembre 1995, Russo, *Arch. n. proc. pen.*, 1996, 816; Cass., sez. VI, 10 maggio 1994, Rizzo, *ivi*, 1995, 711.

comma 2 c.p.p., con l'eccezione del collegamento probatorio (rilevante ai soli fini della lett. c), ossia quando la prova di diversi reati derivi dalle risultanze delle stesse intercettazioni)²³.

Pertanto, la nozione di "diversità", che importa il subentro del regime speciale dell'articolo 270 c.p.p., determinando – almeno di regola – il divieto di utilizzo nel procedimento *ad quem* dei risultati delle intercettazioni disposte nel procedimento *a quo*, assume un rilievo di carattere puramente sostanziale, non potendo l'interprete arrestarsi, ai fini della relativa verifica, a un dato di ordine meramente formale, come il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, o alla semplice diversità del reato²⁴; né può mutare tale considerazione nel caso in cui un procedimento sia successivamente frazionato a causa dell'eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati, atteso che, in tal caso, non trova applicazione l'articolo 270 c.p.p., che postula l'esistenza di procedimenti *ab origine* tra di loro distinti²⁵.

Ancor prima, da un punto di vista logico, deve escludersi l'applicabilità dell'articolo 270 c.p.p. allorché nell'ambito del medesimo procedimento siano state disposte intercettazioni per un reato e da esse emergano gli estremi di un altro reato, giacché in tal caso si tratta di utilizzare le intercettazioni agli effetti di prova di un "reato" diverso da quello per il quale la captazione è stata autorizzata e non di utilizzare i contenuti delle conversazioni intercettate in un "procedimento" diverso da quello nel quale l'intercettazione è stata disposta²⁶.

Pur rimanendo idealmente allineata a tale approccio, senz'altro apprezzabile è l'impostazione che, al fine di ancorare il presupposto applicativo a un dato normativo certo, definisce la diversità come un concetto di relazione, implicante l'esistenza di un "rapporto" tra procedimenti, il quale, non può che compendiarsi nella nota della "autonomia" degli stessi, intesa come loro idoneità a essere suscettibili di riunione ai sensi dell'articolo 17 c.p.p.²⁷.

Una volta sciolto il nodo relativo al binomio uguaglianza/alterità del procedimento a favore della seconda opzione – e, perciò, chiamata in causa la disciplina dell'articolo 270 c.p.p. – non è in discussione, invece, il perimetro di utilizzabilità dell'intercettazione extra-procedimentale così acquisita, atteso che il riferimento alla sede dei «procedimenti», intesi nell'accezione ormai invalsa nell'elaborazione processualpenalistica, ne consente l'impiego tanto nella fase cautelare, che ai fini

²³ Cass., sez. III, 5 novembre 2015, n. 2608, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3363.

²⁴ Cass., sez. I, 11 dicembre 1998, n. 6242, Tomasello, in *Cass. pen.*, 2000, 7-8, 2041.

²⁵ Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 12655, in *Cass. pen.*, 2016, 11, 4169; Cass., sez. VI, 17 giugno 2015, n. 27820, rv. 264087.

²⁶ Cass., sez. VI, 15 luglio 2015, n. 41317, in *Guida dir.*, 2016, 7, 97.

²⁷ Cantone, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.; brevi riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2000, 7-8, 2048 ss.

delle indagini preliminari²⁸ e della richiesta di rinvio a giudizio, nonché nell'ambito dei procedimenti speciali²⁹.

Da ultimo, quale ulteriore profilo "critico" della disciplina in esame, occorre dirimere il problema dell'estensione concettuale da riconoscere al requisito dell'indispensabilità – che funge da secondo *step* di sbarramento all'utilizzo dell'intercettazione proveniente *aliunde* – trattandosi di un carattere alquanto sfumato³⁰, che la giurisprudenza ha connotato teleologicamente rispetto non soltanto all'accertamento del fatto di reato altrimenti non dimostrabile, ma, più ampiamente, rispetto a tutta l'imputazione, comprensiva delle vicende della punibilità, della determinazione della pena e della qualificazione del reato in riferimento alle circostanze attenuanti o aggravanti, e anche in funzione di riscontro di dichiarazioni accusatorie³¹.

3. L'utilizzabilità a carico dell'ente delle intercettazioni disposte nei confronti della persona fisica.

Come anticipato nel paragrafo precedente, la sentenza in commento trae origine dalle doglianze dell'ente imputato, aventi a oggetto il mancato rilievo della inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni autorizzate ed eseguite al di fuori del "proprio" procedimento, il cui impiego – a dire del ricorrente – avrebbe dovuto soggiacere ai limiti posti dalla disciplina dell'articolo 270, comma 1 c.p.p.

La tesi difensiva, in particolare, si fondava sull'assunto che – nonostante ai procedimenti a carico, rispettivamente, delle persone fisiche e della persona giuridica fosse stato attribuito il medesimo numero di iscrizione – il procedimento nei confronti dell'ente avrebbe dovuto ritenersi "diverso" ai fini e per gli effetti dell'articoli 270 c.p.p.

Invero, l'applicazione del peculiare regime di tale disposizione, recante un divieto di utilizzo "temperato" dalle esigenze di accertamento di gravi forme di criminalità, sarebbe stato giustificato dalla considerazione che le intercettazioni poste alla base della pronuncia di condanna erano state dapprima disposte in un procedimento – quello relativo al fatto di reato commesso dalla persona fisica – e poi utilizzate "trasversalmente" in un altro procedimento – quello volto all'accertamento della responsabilità della *societas* da illecito amministrativo, dipendente ma autonomo dal reato presupposto.

²⁸ Cass., sez. V, 9 giugno 1995, n. 1662, Cucciniello, in *Cass. pen.*, 1996, 7-8, 2269, con osservazioni di Marandola, e in *Giur. it.*, 1996, II, 528, con nota di Verrina,

²⁹ Cass., sez. VI, 12 dicembre 1995, n. 5301, in *Giust. pen.*, 1997, III, 541.

³⁰ Sottolinea Cantone, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in «procedimenti diversi»*, in *Cass. pen.*, 1997, 5, 1436, come, in effetti, sia «tutt'altro che facile individuare una prova che, in una dinamica processuale, sia superflua e, quindi, non indispensabile».

³¹ Cass., sez. II, 25 novembre 2005, n. 2809, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3820; Cass., sez. VI, 27 maggio 2005, n. 33968, Martinelli, in *C.E.D. Cass.*, rv. 232047; Cass., sez. VI, 26 marzo 1996, n. 5363, Sollecito, in *Giust. pen.*, 1997, III, 376.

A corroborare detta impostazione, tra l'altro, era opposto pure il dato normativo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che all'articolo 38 legittimerebbe detta lettura, premurandosi di esplicitare – del che non vi sarebbe necessità in presenza di un “unico” procedimento – la regola del *simultaneus processus*, ossia della ordinaria riunione tra i due procedimenti (fatte salve le eccezioni di cui al comma 2); ugualmente, in tal senso, deporrebbe l'avvenuto “stralcio” del fascicolo dell'ente – *rectius*, la formale separazione dei procedimenti – per effetto della formulazione di questione di legittimità costituzionale in riferimento alla disciplina della prescrizione dell'illecito “231”.

Ulteriore conferma circa la correttezza di detto approccio, inoltre, potrebbe rinvenirsi nel fatto che l'annotazione dell'illecito dell'ente, ai sensi dell'articolo 55, era stata effettuata soltanto dopo che le intercettazioni erano già state autorizzate ed eseguite.

A fronte di simili censure, la Cassazione oppone un netto rifiuto alle prospettazioni difensive, giudicando inconferenti le argomentazioni avanzate dall'ente nell'ottica di un'operazione di “igiene” processuale avente a oggetto le intercettazioni extra-procedimento ritenute inutilizzabili.

Ancora una volta, il giudice di legittimità prende le mosse dalle norme di “apertura” sul procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo, sottolineando come le disposizioni del Codice di procedura penale in materia di mezzi di ricerca della prova – e, nel caso, di intercettazioni – siano senz'altro applicabili agli enti, giusta la lettura coordinata degli articoli 34 e 35, che fungono da “collettore” per l'operatività della disciplina di cui agli articoli 266 ss. c.p.p. nei confronti di un soggetto – la persona giuridica – equiparato processualmente all'indagato/imputato: conferme in questo senso vengono, oltre che dal testo della Relazione ministeriale³², dalla scarna disciplina in materia di prove – l'articolo 44 è l'unica norma che specificamente si occupa del tema, dettando una non poco problematica disciplina dei contributi dichiarativi del rappresentante incompatibile – evidentemente disinteressata a porre una regolamentazione “in deroga” per lo strumento intercettivo.

Posta tale necessaria premessa giuridica, la Corte sviluppa in modo coerente la propria tesi, riproponendo – anche nel campo della responsabilità “231” – gli orientamenti giurisprudenziali formatisi sull'articolo 270 c.p.p. in riferimento al processo delle persone fisiche.

In particolare, il giudicante, al fine di escludere che il procedimento a carico dell'ente debba qualificarsi come diverso, attua una saldatura giurisprudenziale tra le pronunce sopra menzionate, che hanno definito i contorni della nozione di diversità del procedimento, e quel consolidato filone pretorio per cui i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti nel catalogo

³² Recita la Relazione ministeriale al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: «Poiché l'illecito penale è uno dei presupposti della responsabilità, occorre disporre di *tutti i necessari strumenti di accertamento di cui è provvisto il procedimento penale*, nettamente più incisivi e penetranti rispetto all'arsenale di poteri istruttori contemplato nella legge 689/1981».

dell'articolo 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati che emergano dall'attività di captazione, ancorché per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite, purché tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dei reati per cui si procede separatamente vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico³³.

Si tratta di regola che, peraltro – come già visto in precedenza – non vale allorché i reati in questione *ab origine* formino oggetto di un procedimento diverso e autonomo, trovando piena operatività in tal caso la disciplina speciale dell'articolo 270 c.p.p.³⁴; né, per converso, il principio enunciato opera in ipotesi di frazionamento successivo, a causa della eterogeneità delle ipotesi criminose e degli indagati, di un procedimento “nato” oggettivamente e soggettivamente cumulativo, qui soggiacendo l'intercettazione da acquisire nel procedimento *ad quem* allo “sbarramento” posto dal limite oggettivo di applicabilità dell'articolo 266 c.p.p.³⁵.

Alla luce della suddetta ricostruzione circa le modalità di traslazione dei contenuti captati in vicende procedimentali “contigue”, la Cassazione è in grado di affermare il principio per cui «i risultati desumibili dalle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni ordinate per il reato presupposto sono comunque utilizzabili anche per accertare la responsabilità dell'ente», «anche se il procedimento relativo a quest'ultimo sia stato formalmente separato per vicende successive».

Tuttavia, il nucleo veramente problematico di tale assunto risiede – a parere di chi scrive – nella definizione dei rapporti intercorrenti, anzitutto sotto il profilo dogmatico, tra reato presupposto della persona fisica e illecito amministrativo dell'ente.

Si tratta all'evidenza di questione che chiama in causa, ancora una volta, l'accanita e suggestiva *querelle* concernente la struttura dell'illecito “231”, che vede schierati, da una parte, i sostenitori della tesi “concorsuale”³⁶ e, dall'altra, i fautori della ricostruzione dell'illecito complesso “per omissione”³⁷.

³³ Tra le più recenti, Cass., sez. fer., 23 agosto 2016, n. 35536, in *C.E.D. Cass.*, rv. 267598; Cass., sez. VI, 8 giugno 2016, n. 34765, in *Guida dir.*, 2016, 37, 75; Cass., sez. V, 16 marzo 2016, n. 45535, in *C.E.D. Cass.*, rv. 268453; Cass., sez. V, 4 marzo 2016, n. 26817, *ivi*, rv. 267889; Cass., sez. II, 23 febbraio 2016, n. 9500, in *Cass. pen.*, 2017, 2, 739; Cass., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1924, in *C.E.D. Cass.*, rv. 265989; Cass., sez. VI, 25 novembre 2015, n. 50261, *ivi*, rv. 265757; Cass., sez. VI, 15 luglio 2015, n. 41317, *ivi*, rv. 265005.

³⁴ Cass., sez. VI, 15 novembre 2016, n. 53444, in *Guida dir.*, 2017, 9, 99.

³⁵ Da ultimo, Cass., sez. VI, 1 marzo 2016, n. 21740, Masciotta, in *C.E.D. Cass.*, rv. 266921.

³⁶ Per la ricostruzione del fatto dell'ente in chiave “concorsuale”, secondo il paradigma articolo 110 c.p., quale fattispecie necessariamente plurisoggettiva *sui generis*, nell'ambito della quale, ancorché in concreto eventualmente non punibili, persona fisica e giuridica concorrono nel medesimo reato secondo la logica dell'accessorietà ma con criteri d'imputazione diversi, cfr. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003, 24 ss.; *Id.*, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 4, 1516 ss. La tesi è stata recentemente ripresa in giurisprudenza dalla pronuncia di Trib. Milano,

È evidente che l'opzione per il primo orientamento renderebbe alquanto arduo sostenere il rapporto di diversità tra procedimento a carico della persona fisica e procedimento "231", nella misura in cui – riprendendo l'illustrata giurisprudenza – deve essere il dato sostanziale a guidare tale giudizio e, pertanto, ritenuto che *societas* e persona fisica rispondano del medesimo "fatto", sarebbe giocoforza riconoscere – con ragionamento a ritroso – la sussistenza di una medesima notizia di reato, scaturente dall'unico illecito "comune" ravvisabile, a fondamento del carattere di non alterità del procedimento dell'ente.

Maggiori spunti argomentativi, invece, garantirebbe l'adesione alla tesi dell'illecito "231" come fattispecie complessa, che presuppone il reato della persona fisica senza tuttavia esaurirsi nello stesso, dal momento che l'autonomia riconosciuta al fatto da "dis-organizzazione" dell'ente dovrebbe far sorgere quantomeno un ragionevole dubbio circa l'effettiva consistenza e pregnanza argomentativa di una ricostruzione in termini di diversità del relativo procedimento.

Senonché, la copiosa giurisprudenza elaborata sulla norma dell'articolo 270 c.p.p. interviene ancora in soccorso della Cassazione, nella parte in cui – come visto – restringendo notevolmente la nozione di "procedimento diverso" e, per converso, ampliando le ipotesi di utilizzo trasversale delle intercettazioni, nega il carattere dell'alterità nei casi di indagini relative a fatti di reato storicamente diversi ma avvinte dal nesso della connessione, sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico.

Tanto basta al giudice di legittimità per stabilire che, «pure a voler sottolineare che altro è il reato presupposto ed altro è l'illecito amministrativo dipendente dal reato presupposto, è innegabile l'esistenza di una stretta connessione [...] tra il contenuto dell'originaria notizia di reato alla base dell'autorizzazione e quello dell'illecito amministrativo dipendente dal medesimo reato»: conclusione che, peraltro, non cambia neppure in ipotesi di separazione dei procedimenti, la cui causa – giusta anche il disposto dell'articolo 38, comma 2 – mai potrebbe rinvenirsi nella eterogeneità degli illeciti, così scongiurando l'operare della regola pretoria che vorrebbe la riemersione del limite oggettivo di ammissibilità dell'articolo 266 c.p.p.

In chiusura di trattazione, può dirsi che l'esito interpretativo cui è pervenuta la Cassazione pare del tutto coerente con lo "stato" del diritto vivente in materia e, in particolare, con gli arresti giurisprudenziali volti a estendere notevolmente

sez. II, 6 aprile 2017, cit., al fine di escludere l'ammissibilità della costituzione di parte civile dell'ente nei confronti degli apicali imputati.

³⁷ Pe tale tesi, cfr. Mucciarelli, *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 4, 435 ss., che ricostruisce l'illecito dell'ente nei termini di un fattispecie complessa, ancorata a un peculiare coefficiente di colpevolezza (la colpa di organizzazione) e strutturata su di un autonomo fatto di *deficit* organizzativo, di tipo agevolativo, assimilabile – facendo ricorso alle tradizionali categorie penalistiche – a un fatto omissivo improprio, rispetto al quale il reato presupposto figurerebbe come condizione obiettiva di punibilità ai sensi dell'articolo 44 c.p.

l'utilizzo probatorio dei risultati delle intercettazioni ben al di là del perimetro procedimentale nel quale le stesse hanno trovato origine.

Occorre segnalare, peraltro, quale spunto di riflessione, che la netta e recisa qualificazione dell'illecito dell'ente (*rectius*, del procedimento per l'accertamento dell'illecito "231") quale fatto senz'altro connesso, probatoriamente o teleologicamente, all'illecito della persona fisica avrebbe forse suggerito la spendita di un maggior sforzo argomentativo, essendo il punto a oggi ancora poco sviluppato nella riflessione dogmatica sul processo "231".

Infatti, caratterizzare la fattispecie complessa in cui si sostanzia il rimprovero all'ente in termini di connessione rispetto al reato presupposto potrebbe produrre conseguenze non irrilevanti sull'interpretazione di altre norme del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e, tra le altre, il controverso "rompicapo ermeneutico"³⁸ di cui all'articolo 44, che, nel regolare i profili dell'incompatibilità testimoniale, lascia aperte notevoli perplessità³⁹ sulla figura (e sulle regole che devono governare l'assunzione del suo contributo dichiarativo, in relazione agli articoli 197-*bis* e 210 c.p.p.) dell'imputato del reato presupposto, potenzialmente identificabile quale imputato di reato connesso, ai sensi degli articoli 12, comma 1 lett. *a*) e *c*) c.p.p., o collegato, ai sensi dell'articolo 371, comma 2 lett. *b*) c.p.p., all'interno del procedimento a carico dell'ente.

³⁸ Così Giarda, sub *Art. 44 d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher e Varraso, Milano, 2007, 513.

³⁹ Per un quadro esaustivo delle problematiche innescate dall'articolo 44, Renzetti, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, 2017, 108 ss.