

La Cassazione sulla utilizzabilità delle intercettazioni nel caso di riqualificazione giuridica.

di **Filippo Lombardi**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. VI, 14 GIUGNO 2021 (UD. 20 GENNAIO 2021), N. 23244
PRESIDENTE MOGINI, RELATORE SILVESTRI, P.M. EPIDENDIO

1. Si segnala la sentenza Cass. sez. VI, 20 gennaio 2021, n. 23244, con cui il giudice di legittimità si pronuncia sulla questione della utilizzabilità delle intercettazioni quando, dopo l'attività di captazione, l'imputazione venga riqualificata in altra non annoverata nello speciale elenco di cui all'art. 266 c.p.p.

La tematica è tornata di particolare attualità dopo la pronuncia delle Sezioni unite "Cavallo" (Cass. sez. un., 28 novembre 2019, dep. 2020, n. 51), la quale, prima dell'avvento del decreto-legge n. 161/2019 (conv. in legge n. 7/2020) che ha modificato l'art. 270 c.p.p., ha fatto chiarezza sulla questione della utilizzabilità delle intercettazioni quando esse, eseguite in relazione ad un reato *ex ante* autorizzabile *ex art.* 266 c.p.p., abbiano portato alla luce fatti-reato diversi da quello oggetto di iniziale addebito e per i quali non sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, circostanza quest'ultima che, se sussistente, renderebbe invece le conversazioni utilizzabili *ex art.* 270 c.p.p. sia nella versione normativa previgente che in quella attuale.

Difatti, come chiarito dalla Corte con la sentenza che qui si annota, l'art. 270 c.p.p., nella parte in cui consente l'utilizzo delle captazioni relative a fatti-reato diversi ma suscettibili di arresto in flagranza, costituisce una norma eccezionale che mira a realizzare un adeguato bilanciamento tra «*il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati [...]»*, essendo i reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di particolare allarme sociale. Negli altri casi, si prevede il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti. Le Sezioni unite sono intervenute chiarendo la nozione di "medesimo procedimento", nel cui ambito ricondurre i fatti-reato emersi nel corso della captazione, la quale sarà perciò utilizzabile anche in quella parte; hanno così avuto modo di precisare che il reato connesso *ex art.* 12 c.p.p. a quello per cui è stata autorizzata l'intercettazione non può dirsi "diverso" rispetto a quest'ultimo, pertanto i risultati delle operazioni saranno utilizzabili purché i



nuovi fatti-reato siano *ex se* suscettibili di autorizzazione ai sensi dell'art. 266 c.p.p.

2. La questione che il giudice di legittimità risolve con la sentenza in commento attiene alla estensibilità del principio espresso dalle sezioni unite "Cavallo" al diverso caso in cui la qualificazione giuridica originariamente attribuita dal pubblico ministero, inclusa nel dettato di cui all'art. 266 cit., venga mutata in seguito alle operazioni di intercettazione così da non essere più annoverata dalla norma cennata. Il reato, cioè, autorizzabile *ex ante*, perde il requisito all'esito della riqualificazione: si pone il problema circa l'utilizzabilità delle captazioni già effettuate.

La Corte ribadisce il principio della valenza della verifica statica da parte del giudice, secondo cui l'inclusione dell'addebito nel disposto di cui all'art. 266 c.p.p. è un connotato da verificare al momento dell'emissione del decreto autorizzativo o delle relative proroghe, secondo elementi indiziari «sufficienti, sicuri ed obiettivi», essendo irrilevante il mutamento postumo dell'imputazione.

Nel caso in cui ad essere assoggettata a captazione sia una persona indagata, occorrerà avere riguardo alla consistenza dell'ipotesi accusatoria e alla qualificazione del fatto ipotizzato, prescindendo dalla colpevolezza, avendo ad oggetto il suddetto vaglio la probabilità che sia stato commesso un reato che legittima l'intercettazione; è richiesto inoltre che il mezzo di ricerca della prova sia indispensabile ai fini del completo accertamento del fatto e che, in tale logica, sussista un collegamento tra l'indagine stessa e l'intercettando.

Se invece è intercettato un soggetto non indagato, l'onere motivazionale va rafforzato, dovendo essere indicati i motivi per cui la persona da sottoporre alle intrusive tecniche di indagine debba reputarsi informata dei fatti tanto da riversare ella stessa dati utili in future conversazioni.

L'affidabile qualificazione giuridica iniziale del compendio investigativo e l'assoluta necessità di attingere l'intercettando con strumentazione idonea a captarne le conversazioni sono requisiti la cui sussistenza va verificata al momento in cui le operazioni vengono disposte, sicché i risultati sono inutilizzabili solo allorquando i presupposti siano mancati nel momento genetico.

D'altronde, come la sentenza mira a chiarire, lo stringente potere di controllo che si demanda al giudice intende realizzare il giusto temperamento tra le esigenze investigative, che non possono vedersi frustrate dinanzi ai fisiologici mutamenti emersi proprio alla luce delle intercettazioni, e la necessità di prevenire abusi da parte dell'organo requirente, che potrebbe preordinatamente servirsi di una qualificazione giuridica insostenibile ma ricompresa nell'elenco *ex art.* 266 c.p.p., al solo scopo di giustificare l'inizio delle captazioni per poi mutare il capo di imputazione in un reato non intercettabile.



3. La pronunzia in commento esclude che la questione sia stata implicitamente risolta dalle Sezioni unite "Cavallo", il cui *dictum* attiene ad una fattispecie diversa.

Giova in questa sede osservare che l'eventuale esclusione dell'utilizzabilità delle intercettazioni per il medesimo fatto-reato, sebbene riqualificato, mediante l'asserita equiparazione della fattispecie al vaglio e di quella, diversa, oggetto di scrutinio da parte delle Sezioni unite, significherebbe rinvenire nel sistema processuale una causa di inutilizzabilità non prevista dalla legge. Infatti, anche la materia della inutilizzabilità risponde alla logica della tassatività, pur nel silenzio del legislatore (in giurisprudenza, cfr. Cass. sez. II, 8 marzo 2002, n. 20100, in *De Jure*).

In particolare, sono da ritenersi certamente tassative le cause di inutilizzabilità speciali, cioè cristallizzate in una specifica ipotesi normativa che vieta al giudice di servirsi ai fini decisori di specifici risultati probatori; al di fuori di tale perimetro, l'inutilizzabilità (c.d. generale) può essere dichiarata, ai sensi dell'art. 191 c.p.p., solo se l'acquisizione dell'elemento dimostrativo sia avvenuta in violazione di un divieto probatorio, vale a dire in contrasto con norme che espressamente escludono il potere di ammettere, assumere o valutare la prova (per tutti, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, 2016, p. 214 ss.; sui divieti probatori c.d. impliciti, per cui l'inutilizzabilità discenderebbe non direttamente dalla disposizione normativa, bensì da divieti probatori ricavabili da principi generali di sistema, N. Galantini, voce *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Giuffrè, 1997, p. 698).

Nella materia dell'inutilizzabilità di intercettazioni a seguito di riqualificazione in addebito non contemplato dall'art. 266 c.p.p., giova in primo luogo osservare come non siano integrate le cause, tassative, di inutilizzabilità speciale ex artt. 267, 270 e 271 c.p.p., che vietano espressamente al giudice di servirsi dei risultati di intercettazioni in presenza di specifici presupposti.

D'altronde, non pare integrata neppure la causa generale di inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. nella misura in cui non si rinvergono nel sistema processuale divieti probatori in grado di inibire l'uso delle intercettazioni disposte per un reato poi riqualificato in modo tale da escluderlo *ex post* dal perimetro dell'art. 266 cit.

L'utilizzabilità delle captazioni all'esito del mutamento del *nomen iuris* del medesimo fatto-reato resta allo stato suffragata dall'impianto normativo, oltre che dalla costante sedimentazione giurisprudenziale (v. Cass. sez. I, 19.03.2021, n. 12749; Cass. sez. I, 19.05.2010, n. 24163, rv. 247943; Cass. sez. VI, 20.10.2009 n. 50072, rv. 245699; Cass. sez. I, 20.02.2009, n. 19852, rv. 243780; Cass. sez. I, 27.11.2009, n. 50001, rv. 245977; Cass. sez. VI, 24.06.2005, n. 33751, rv. 232046; Cass. sez. III, 28.02.1994, n. 5331, rv. 197616), nonché costituisce il momento di sintesi tra l'interesse pubblico al corretto accertamento del fatto e quello privato alla riservatezza.



D'altronde, l'utilizzabilità delle intercettazioni all'esito della riqualificazione in un reato non autorizzabile, opera a vantaggio dell'indagato o imputato tutte le volte in cui soltanto dagli esiti delle intercettazioni siano ricavabili elementi probatori in grado di supportare la derubricazione dell'illecito in altro meno grave: si pensi ad una adeguata dimostrazione della sussistenza del coefficiente psichico colposo desumibile esclusivamente dalle captazioni, a fronte di un'indagine avviata per omicidio doloso.