

La Cassazione esclude l'applicabilità del principio di diritto enucleato nella sentenza "Cavallo" in materia di 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.

di **Vincenzo Santoriello**

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

1. Dopo la dirompente decisione delle Sezioni Unite "Cavallo"¹, la questione della individuazione delle condizioni in presenza delle quali è possibile utilizzare i contenuti delle attività di intercettazione per reati diversi da quelli per i quali tale attività di ricerca della prova era stata autorizzata torna all'esame della Cassazione, la quale però sembra distaccarsi significativamente rispetto alle apprezzabili conclusioni cui erano giunte le Sezioni Unite - ritenendo tale *querelle* non implicitamente risolta dalla sentenza "Cavallo"².

2. Come è noto, oggetto della citata decisione "Cavallo" era l'ambito di applicazione dell'art. 270 c.p.p. nella parte in cui vieta l'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.

Il punto esaminato in quell'occasione dalle Sezioni Unite concerneva la ricostruzione del significato da riconoscere all'espressione "altro procedimento". A fronte di tre diversi orientamenti – quello maggioritario secondo cui la diversità del procedimento dovesse essere intesa in senso sostanziale³, per cui, ad esempio, i risultati delle intercettazioni telefoniche

¹ Cass., sez. un., 28 novembre 2019 (dep. 2020), n. 51, Cavallo

² LOMBARDI, *La Cassazione sull'utilizzabilità delle intercettazioni nel caso di riqualificazione giuridica*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 7-8.

³ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Floris, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 1048, con nota di INNOCENTI, *Le Sezioni Unite aprono all'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in "diverso procedimento"*; Cass., Sez. I, 9 maggio 2006, Arena, in *Cass. Pen.*, 2007, 2951.

legittimamente acquisiti nell'ambito di un procedimento penale inizialmente unitario sarebbero stati utilizzabili anche nel caso in cui il procedimento venisse successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati; quello più permissivo che sosteneva che qualora l'intercettazione fosse stata legittimamente autorizzata all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., i suoi esiti erano utilizzabili anche per gli altri reati la cui sussistenza fosse emersa per il tramite dell'attività di captazione, mentre, nel caso in cui si trattasse di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione era subordinata alla sussistenza dei parametri indicati dall'art. 270 cod. proc. pen.⁴; un terzo e decisamente minoritario, di derivazione prevalentemente dottrinale, secondo cui non era legittima l'utilizzazione in un procedimento penale delle risultanze emerse da intercettazioni telefoniche disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti risultassero strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio⁵ - le Sezioni Unite hanno concluso ritenendo legittima la circolazione degli elementi probatori ricavati dalla attività di intercettazione solo quando fra i procedimenti ricorra una ipotesi di connessione di cui all'art. 12 cod. proc. pen. escludendo invece ogni rilevanza ad ipotesi di collegamento investigativo sulla base dell'art. 371 c.p.p..

Secondo il supremo consesso, infatti, nelle situazioni richiamate dal citato art. 12 si è in presenza di «un legame oggettivo tra due o più reati ... indipendente dalla vicenda procedimentale [con la conseguenza che] il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata espressamente concessa non può considerarsi "diverso" rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell'intercettazione. La parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale - e non meramente processuale - tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche quelli oggetto

Per altra esemplificazione, con riferimento all'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia proceduto ad una nuova iscrizione ai sensi degli artt. 414, 2° co., e 335, c.p.p., Cass., Sez. II, 19 gennaio 2004, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 228384.

⁴ Da ultimo, Cass., sez. II, 23 febbraio 2016, n. 9500, in *Mass. Uff.*, n. 267784; Cass., sez. V, 4 marzo 2016, Iodice, in *Mass. Uff.*, n. 267889; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2014, La Volla, in *Mass. Uff.*, n. 262496

⁵ FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 181. Nello stesso senso, CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. Pen.*, 2011, 3638; in senso contrario, invece, SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. Pen.*, 1996, III, 257.

In giurisprudenza, Cass., sez. II, 11 dicembre 2012, n. 49930, in *Mass. Uff.*, n. 253916; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2008, Mucciarone, Rv. 242836.

delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame sostanziale tra essi, infatti, esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'"autorizzazione in bianco"». Le Sezioni Unite, invece, hanno escluso che un medesimo rilievo potesse essere riconosciuto alla figura del collegamento investigativo di cui all'art. 371 c.p.p., la cui disciplina opera (anche) in assenza di «quel necessario legame originario e sostanziale che, come si è visto, consente invece di ricondurre anche il reato oggetto del procedimento connesso ex art. 12 cod. proc. pen. all'originaria autorizzazione», richiamando la norma in discorso una mera "occasionalità" tra la commissione del reato (cui si riferisce il provvedimento autorizzatorio) ed altri illeciti che per il tramite dell'intercettazione vengono accertati, sicché va escluso che in tali ipotesi possa rinvenirsi quel «legame oggettivo [cioè non meramente occasionale e determinato da ragioni contingente di carattere processuale] tra i reati necessario per assicurare la riconducibilità del "nuovo" reato all'autorizzazione giudiziale, così da non eludere la garanzia costituzionale della motivazione del provvedimento autorizzatorio».

Le conclusioni assunte dalle Sezioni Unite sono parse ai più condivisibili. Si sarebbe in presenza di un apprezzabile compromesso fra contrapposte esigenze, poiché la Cassazione, misconoscendo ogni rilievo al dato formale dell'identità o diversità dei procedimenti, afferma che l'autorizzazione iniziale possa riguardare (oltre gli illeciti per cui già si procedeva al rilascio della stessa) solo quei fatti di reato che si trovino in un rapporto di connessione sostanziale con quello per il quale l'intercettazione era stata disposta, sicché "il legame sarebbe in tal caso originario e indipendente dallo specifico procedimento, in quanto di carattere oggettivo e predeterminato. La connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p. giustificerebbe pertanto l'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione anche per i reati non espressamente contemplati nell'autorizzazione"⁶.

3. E' bene ribadire che il tema oggetto della decisione in commento è parzialmente diverso da quello preso in esame con la menzionata decisione delle Sezioni Unite, giacché concerneva la questione della utilizzabilità delle intercettazioni quando, dopo l'attività di captazione, l'imputazione venga

⁶ ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sistemapenale.it*, 3 febbraio 2020. In senso favorevole anche PARZIALE - COVA, *Le Sezioni Unite sulla disciplina di utilizzazione delle intercettazioni in altro procedimento: il divieto ex art. 270, co. 1, c.p.p. non opera nel solo caso in cui fra i reati contestati nei due procedimenti sussista un rapporto di connessione ex art. 12 c.p.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 2.

Critico, invece, MANNUCCI, *Prime osservazioni alla sentenza della Cassazione Sezioni Unite Penali n. 25 del 28.11.2019 depositata il 2.1.2020*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 1.

riqualificata in altra non annoverata nello speciale elenco di cui all'art. 266 c.p.p..

Tuttavia, se è vero che la soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite nella decisione "Cavallo" ed inerente in via diretta la sfera di applicazione dell'art. 270 c.p.p. non è utilmente richiamabile con riferimento al problema esaminato nella pronuncia in epigrafe, è altresì vero che analoghe sono le problematiche e le criticità sottacenti alle due questioni.

In effetti, tanto nel caso in cui si discuta della sfera di applicazione dell'art. 270 c.p.p. quanto nell'ipotesi in cui si intendano individuare le condizioni di utilizzabilità di una intercettazione allorquando muti l'originario titolo di reato sulla base del quale era stata autorizzata la captazione di conversazioni, si verifica un mutamento, un cambiamento in ordine al fatto oggetto delle investigazioni in quanto il fatto che viene provato a mezzo delle risultanze investigative è diverso dall'ipotesi accusatoria formulata inizialmente ed in relazione alla quale l'invasiva attività di intercettazione era stata consentita dal giudice. L'analisi deve quindi investire la rilevanza di questa circostanza alla luce del principio secondo cui l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni deve essere 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, al fine di impedire che l'autorizzazione diventi un'inammissibile autorizzazione in bianco.

In proposito, occorre considerare come applicando i principi elaborati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 34 del 1973⁷ il diritto dell'imputato al controllo sulla legittimità del decreto, connaturale alla garanzia prevista dagli artt. 15 e 24 Cost., sarebbe difficilmente esercitabile nel caso in cui esso attenga ad altra e differente situazione processuale e con riferimento a "vicende" non considerate nel provvedimento che originariamente ha consentito la captazione dovendosi invece garantire che l'atto dell'autorità giudiziaria con cui vengono autorizzate le intercettazioni sia puntualmente motivato in relazione a fattispecie concrete puntualmente determinate nell'*an* e prevenendo il rischio di trasformare tale intervento del giudice in una sorta di autorizzazione in bianco per una incontrollata intrusione nella sfera privata del cittadino⁸.

⁷ Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 1228. Si vedano anche, sempre della Corte costituzionale, Corte Cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giust. Pen.*, 1992, I, 35; Corte Cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in *Cass. Pen.*, 1994, 1477

⁸ In dottrina, sul punto, BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 173; GAITO, *Le intercettazioni telefoniche tra norma e prassi*, in *Riv. Giur. Um.*, 1994, 544; LONGO, *L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni telefoniche in altro procedimento*, in *Cass. Pen.*, 2007, 859; MARAFIOTI, *Trasmigrazione di atti, prova per sentenza e libero convincimento del giudice*, in GAITO (a cura di), *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, Padova, 1996, 246.

Sulla scorta di questi principi le Sezioni Unite hanno individuato l'esatto significato da riconoscere all'espressione "altro procedimento" presente nel citato art. 266 c.p.p., ma al contempo, nella decisione in epigrafe, vi è un problematico abbandono di tali fondamenti legittimanti l'attività di captazione.

4. Questi principi, tuttavia, risultano completamente abbandonati allorché si discuta della possibilità di utilizzare le risultanze delle intercettazioni laddove l'originaria qualificazione giuridica dell'accaduto venga – proprio all'esito delle indagini – a mutarsi in altra meno grave e conseguentemente non richiamata, quale presupposto legittimante l'attività di captazione, dall'art. 266 c.p.p..

L'elemento formale di chiusura, ovvero l'inopportunità di rinvenire di "nel sistema processuale una causa di inutilizzabilità non prevista dalla legge"⁹ dovuto all'equiparazione "della fattispecie al vaglio e di quella, diversa, oggetto di scrutinio da parte delle Sezioni Unite"¹⁰, per quanto astrattamente idoneo a limitare il potere nomofilattico della Corte di Cassazione -anche la materia della inutilizzabilità risponde infatti alla logica della tassatività, pur nel silenzio del legislatore¹¹- non pare sufficiente a giustificare il pronunciamento in analisi.

Per cogliere la distanza fra la posizione delle Sezioni Unite e quella assunta dalla Cassazione nella decisione in commento basti considerare che nella citata sentenza Cavallo è stato affrontato il problema della necessità o meno che il reato accertato sulla base dell'intercettazione autorizzata in specifica relazione ad altro reato rientri nei limiti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova. In quella sede la Cassazione concluse nel senso che "l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte nell'ambito di un "medesimo procedimento" (nell'accezione di seguito delineata...) presuppone che i reati diversi da quelli per i quali il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato rientrino nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni stabiliti dalla legge"; questa affermazione venne motivata evidenziando come "consentire, in caso di connessione dei reati o di emersione del nuovo reato nel procedimento *ab origine* iscritto, l'utilizzazione probatoria dell'intercettazione in relazione a reati che non rientrano nei limiti di ammissibilità fissati dalla legge si tradurrebbe... nel surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti, «con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall'art. 266 cod. proc. pen. che intende porre

⁹ LOMBARDI, *La Cassazione sull'utilizzabilità delle intercettazioni nel caso di riqualificazione giuridica*, cit.

¹⁰*ibidem*

¹¹ Cass., Sez. II, 8 marzo 2002, Pozzi, in *Mass. Uff.*, n. 222025;

un limite alla interferenza nella libertà e segretezza delle comunicazioni in conformità all'art. 15 della Costituzione".

Di contro, nella pronuncia in esame, si esclude espressamente che il principio affermato dalla sentenza "Cavallo", nella parte in cui si richiede che anche l'altro ulteriore e diverso reato connesso con quello per cui l'autorizzazione è stata disposta - sia autorizzabile, si applichino anche ai casi non vi sia un altro reato - che si aggiunge a quello per cui si procede - ma si tratti dello stesso fatto-reato sin dall'inizio "autorizzato", seppur diversamente qualificato in seguito alle risultanze delle captazioni. Infatti, la decisione afferma "il principio della irrilevanza del mutamento dell'addebito ... valorizza[ndo] la valenza della verifica c.d. statica da parte del giudice, di quella cioè da collocare nel momento genetico della intercettazione, ovvero in quelli successivi di autorizzazione di proroghe, della sussistenza del rispetto dei presupposti previsti dalla legge per disporre il mezzo di ricerca della prova, e, in particolare, della esistenza dei gravi indizi della esistenza del reato": sono dunque utilizzabili i risultati delle operazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le stesse sono consentite, anche quando vi sia stata una successiva diversa qualificazione giuridica del fatto - come peraltro più volte già affermato in precedenza, ma prima della decisione Cavallo, dalla giurisprudenza¹².

Questa conclusione, tuttavia, non pare condivisibile, considerato che - oltre a porsi, come già detto, in contrasto con la recente posizione delle sezioni unite in tema di interpretazione dell'art. 270 c.p.p. - contraddice anche le riflessioni condotte sempre dalle Sezioni Unite con riferimento all'individuazione del momento in cui decidere o meno dell'utilizzabilità delle prove¹³.

5. Quanto al primo aspetto, inerente, il contrasto fra la presente decisione e la sentenza Cavallo, sembra evidente che, laddove si riconosca l'utilizzabilità delle intercettazioni disposte per un titolo di reato richiamato dall'art. 266 c.p.p. anche nel caso di modifica della qualificazione giuridica del fatto con riferimento ad una fattispecie che di per sé non consente il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova, il penetrante controllo sulla legittimità dell'operazione di captazione diventa un mero *flatus voci*, una mera apparenza.

Apparentemente il punto è colto anche dalla decisione in commento, dove si legge che "la motivazione del provvedimento autorizzativo assolve ad una ineliminabile funzione di garanzia perché, attraverso essa, deve essere

¹² Cass., sez. I, 19 marzo 2021, Cusumano, in *Mass. Uff.*, n. 280981; Cass., sez. I, 19 maggio 2010, Bassi, in *Mass. Uff.*, n. 247943; Cass., sez. VI, 20 ottobre 2009, Satta, in *Mass. Uff.*, n. 245699.

¹³ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. Pen.*, 1998, 1951, di cui si dirà in seguito.

esplicitato il collegamento tra l'indagine e la persona le cui comunicazioni si intendono intercettare e, più in generale, la sussistenza dei presupposti che legittimano l'adozione del mezzo di ricerca della prova. Ciò che è indispensabile, in ossequio ai canoni di proporzione e ragionevolezza a fronte della forza intrusiva del mezzo usato, è, innanzitutto, che la qualificazione, pure provvisoria, del fatto risulti ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari che

ne sorreggano, per un verso, la corretta formulazione da parte del pubblico ministero e, per altro verso, la successiva, rigorosa, verifica dei presupposti da parte del giudice chiamato ad autorizzare le relative operazioni intercettative". Tuttavia, pare difficile sostenere che il controllo del giudice sia stato approfondito e corretto qualora poi ci si avveda della infondatezza dell'ipotesi criminosa inizialmente formulata, la quale viene successivamente declinata in termini assai meno gravi, tanto da non consentire il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova ed infatti la stessa Cassazione – nel mentre ammette con eccessiva larghezza il possibile ricorso alle attività di intercettazione, al contempo – è "costretta" a riconoscere la necessità di "evitare abusi, che potrebbero configurarsi con il ricorso pretestuoso alla descrizione di un fatto - reato autorizzabile al fine di aggirare i limiti legali stabiliti dagli artt. 266 — 267 cod. proc. pen.": il problema, però, è dato dal fatto che non si riesce a comprendere come possano reprimersi tali abusi se non, per l'appunto, escludendo l'utilizzabilità delle intercettazioni una volta che (anche all'esito delle stesse) ci si avvede che i fatti non meritano una qualificazione giuridica rilevante ai sensi dell'art. 266 c.p.p..

6. In realtà, al problema da ultimo evidenziato la decisione in commento cerca di fornire una soluzione sostenendo che il giudice, in presenza di una richiesta del pubblico ministero, è tenuto a verificare la conformità di ciò che si richiede rispetto agli atti al fine di verificare se fin dall'inizio emerge la diversità storica del fatto ovvero sia seriamente prospettabile una differente qualificazione giuridica del fatto, più corretta sotto il profilo della sussunzione nella fattispecie. Quando "la divergenza tra fatto-reato di cui si chiede l'autorizzazione ad intercettare ed il fatto emergente dalle risultanze investigative si manifesti già al momento in cui l'intercettazione è richiesta ... il giudice è tenuto a non autorizzare l'intercettazione [e] ciò impedisce la elusione delle regole poste dal legislatore e delle garanzie dei diritti. La situazione è diversa nei casi in cui la elusione non è configurabile perché vi è corrispondenza tra quanto si richiede e ciò che emerge dalle indagini in ordine al fatto reato per cui si procede, ma l'addebito si modifica per motivi sopravvenuti fisiologici, legati cioè alla naturale evoluzione del procedimento che può determinare una modifica del fatto storico e della sua qualificazione giuridica. In tali casi la fattispecie non è patologica, considerando la provvisorietà dell'addebito, la fluidità degli elementi raccolti, la loro possibile

modificazione; ciò che rileva è che al momento in cui viene disposta la intercettazione vi siano i presupposti previsti dalla legge”.

Questa impostazione, tuttavia, contrasta con le conclusioni raggiunte in precedenza dalle Sezioni Unite le quali – dopo la riforma del processo penale del 1998 con la modifica della disciplina in tema di utilizzabilità delle prove testimoniali – hanno stabilito che in sede probatoria il principio del *tempus regit actum* deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell'acquisizione, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l'idoneità della prova a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che il divieto inibisce che i dati probatori possano avere un qualsiasi peso sulla bilancia del giudizio¹⁴. Facendo applicazione di tale principio, poiché è al momento della decisione e della valutazione dei relativi dati di prova che occorre ancorare il controllo sui presupposti di utilizzabilità delle intercettazioni acquisite, a tale momento dovrebbe essere demandata la verifica della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 266¹⁵: si tratta di una conclusione più garantista e maggiormente aderente allo spirito presente nella decisione Cavallo.

¹⁴ Cass., Sez. Un., 25 febbraio 1998, Gerina, in *Cass. Pen.*, 1998, 1951.

¹⁵ In questo senso, ANGELONI, *Intercettazioni utilizzabili*, in *Giur. It.*, 2010, 2649