

Impianti “esterni” e motivazione lacunosa

Domenica Naike Cascini

La decisione

Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di comunicazioni – Decreto motivato – Inutilizzabilità – Esigenze cautelari (Cost., art. 15, co. 2, C.p.p. artt. 268, co. 3, 274, lett. c), 275, co. 3).

L'utilizzo di impianti per intercettazioni ambientali esterni alla Procura è legittimo se il decreto del Pubblico ministero ne motiva l'utilizzazione subordinandola all'impossibilità di questi ultimi di attestarsi con certificazione della Segreteria prima che abbiano inizio. Invero, la motivazione ha la funzione di dimostrare la corrispondenza tra fattispecie concreta e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento, e di indicare i dati materiali e le ragioni che hanno fatto ritenere all'Autorità giudiziaria esistente la fattispecie concreta.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 5 giugno 2013 (ud. 15 marzo 2013) – CAMMINO, *Presidente* – IASILLO, *Relatore* – D'AMBROSIO, *P.M.* (diff.) – Monti Condesnitt, ricorrente.

Il commento

1. La ricerca della prova tramite l'uso di impianti esterni alla Procura, diventa una normalità diffusa. La sentenza commentata, infatti, rappresenta la spiegazione alla deroga disciplinata dall'art. 268 c.p.p. co. 2, il quale statuisce che le operazioni di intercettazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella Procura della Repubblica e che solo quando tali impianti risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il p.m. può disporre con provvedimento motivato il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria¹. Le Sezioni unite dopo aver rilevato la inutilizzabilità delle prove incostituzionali² hanno precisato che il vizio di motivazione, da ravvisarsi quando la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che dovrebbe giustificare³, comporta la inutilizzabilità delle operazioni captative⁴.

¹ BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 148.

² Cass., Sez. un. 27 marzo 1996, Sala, in *queats Rivista*, Id. Sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, *ivi*; Id., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, *ivi*.

³ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 216665.

⁴ Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, Mammo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 210610.

2. Sono le disposizioni del codice a regolamentare l'utilizzabilità delle intercettazioni, come mezzo di ricerca della prova.

In maniera specifica la decisione annotata pone l'attenzione sul concetto, disciplinato ai sensi dell'art. 268 c.p.p., riguardante le intercettazioni compiute attraverso l'utilizzo di impianti esterni alla Procura.

È *jus positum* che, il così tanto discusso strumento probatorio dell'intercettazione, sia legittimamente utilizzabile qualora vengano rispettati i canoni previsti dal codice di rito, ciò sottolineato, anche, dalla Corte costituzionale, la quale esige garantire l'effettività dell'art. 15 Cost.⁵ disponendo garanzie «*che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione*».

Sull'argomento sono intervenute le Sezioni unite⁶, le quali hanno affermato «*la necessità, a pena di inutilizzabilità degli esiti delle operazioni, il decreto del P.M. perché possa farsi ricorso ad impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria in caso di insufficienza o inidoneità degli apparati installati presso la procura della Repubblica e in presenza di eccezionali ragioni di urgenza*». Ne consegue che la mancanza di motivazione dei decreti del P.M., il quale attraverso tali atti autorizza l'impiego dello strumento di ricerca della prova, renda inutilizzabili i risultati delle intercettazioni.

Si avverte l'esigenza di seguire quanto indicato in maniera chiara, netta e precisa, dai lavori preparatori alla Costituzione⁷, dai quali emerge la preoccupazione per eventuali abusi perpetrabili con gli impianti della p.g.⁸, ma altresì con l'impiego di impianti di pubblico servizio, in quanto, il gran numero di persone addette agli uffici delle telecomunicazioni potrebbe causare la lesione del diritto alla riservatezza dei comunicanti e la tutela della segretezza delle conversazioni⁹. È questa la *ratio* utilizzata dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 34 del 1973, conferiva al giudice il potere di controllare direttamente le modalità utilizzate con le quali la captazione deve attuarsi. Ciò, però, non

⁵ Corte cost., n. 34 del 1973

⁶ Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, in *Guid. dir.*, 2001, 68; Id., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 2.

⁷ Legge 18 maggio 1978, n. 191.

⁸ FILIPPI, *Gli impianti utilizzabili*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2012, p. 904 ss.

⁹ Corte cost., n. 34 del 1973.

risulta esser sufficiente. Le Sezioni unite hanno affermato che *conditio* necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la "registrazione" sia avvenuta per mezzo di impianti installati presso la Procura¹⁰ della Repubblica.

La critica a questa decisione prende le mosse dall'art. 268 co. 3, c.p.p., il quale dispone che, a pena di inutilizzabilità degli esiti delle operazioni¹¹, possano essere utilizzati impianti esterni a disposizione della polizia giudiziaria in caso di insufficienza o inidoneità degli apparati installati presso la Procura della Repubblica e in presenza di eccezionali ragioni d'urgenza¹², previo decreto autorizzativo posto in essere dal P.M.

L'ammissione di impianti esterni paventa meramente una possibilità, dunque eccezione e non regola¹³. La *ratio* di tale norma risponde alla disciplina Costituzionale che comprimendo il diritto di libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione risponde sì all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, ma deve anche essere condizionata al rispetto delle garanzie di natura "tecnica"¹⁴, di modo che l'autorità giudiziaria controlli e verifichi «*che si proceda soltanto alle intercettazioni autorizzate e solo nei limiti dell'autorizzazione data*»¹⁵.

3. La "ribellione" della prassi rispetto alle norme¹⁶ ha determinato un aumento esponenziale dell'uso degli impianti esterni, divenuto, oramai, la regola¹⁷.

Due sono i presupposti che ne autorizzano l'uso: l'insufficienza e l'inidoneità di tali impianti¹⁸, caratteristiche da valutare in maniera concreta, attuale ed effettiva, e -spesso la giurisprudenza si è pronunciata in questo senso- indicando che tali requisiti devono essere valutati tenendo conto della relazione tra le caratteristiche delle operazioni di intercettazione da svolgere nel caso concreto e «*le finalità perseguite attraverso tale mezzo di ricerca della prova*»¹⁹.

¹⁰ Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, Carli, in *Cass. pen.*, 2009, 30, negli stessi termini, Id., Sez. III, 20 novembre 2008, S. e N., inedita.

¹¹ A. GATTO, *Mezzi di ricerca della prova*, in *Comm. C.p.p. Ipert. Gatto*, Torino, 2009, p. 1571 ss.

¹² Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit., 48; Id., Sez. un., 19 gennaio 2004, Gatto, cit., 2.

¹³ TARUFFO, *I mezzi di ricerca della prova*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Torino, 2008, p. 504 ss.

¹⁴ Cass., Sez. III, 9 maggio 2002, P.M., in proc. Pinto, in *Mass. Uff.*, n. 223547.

¹⁵ Corte cost., n. 34 del 1973.

¹⁶ FURFARO, BARGI, *I mezzi di ricerca della prova*, cit. p. 400 ss.

¹⁷ La Corte Costituzionale non ha accolto gli inviti della Corte di cassazione, che invocava un intervento in questa materia. I giudici rimettenti avevano argomentato in modo articolato quanto la disciplina risultasse "anacronistica", a fronte del progresso tecnologico. Corte cost., n. 304 del 2000, Id., n. 307 del 2001, Id., n. 275 del 2004.

¹⁸ Cass., Sez. I, 16 marzo 2010, A.N., in *Mass. Uff.*, n. 246353.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2010, R.V., in *Mass. Uff.*, n. 246128.

Extra ordinem è il provvedimento con il quale l'organo dell'accusa stabilisce preventivamente che le conversazioni intercettate saranno eseguite con impianti "esterni" in caso di indisponibilità di quelli "interni", in quanto, così facendo, la verifica della fruibilità di questi ultimi viene delegata alla p.g. che esegue l'operazione²⁰.

La caratteristica dell'inidoneità, disposta dall'art. 268 c.p.p., attiene non solo all'aspetto "tecnico-strutturale"²¹, concernente le condizioni materiali dell'impianto stesso, ma anche a quello così detto "funzionale", da valutare in relazione al tipo di indagine che si svolge e allo specifico delitto per il quale si procede²². È l'analisi del requisito ad imporre, inoltre, un'attenta osservazione nei confronti del concetto di insufficienza, dal momento che gli impianti sono ritenuti tali quando risultano non materialmente funzionanti, rappresentando, in concreto, l'inadeguatezza dell'impianto dell'ufficio al raggiungimento dello scopo, in relazione al reato per cui si procede e all'indagine necessaria al fine di accertare i fatti, in relazione cioè alle caratteristiche concrete delle operazioni captative e delle finalità investigative perseguite²³.

I requisiti, necessari per legittimare l'utilizzo degli impianti esterni alla Procura della Repubblica, non sono meramente l'inidoneità e l'insufficienza degli impianti, ma è necessario che esistano, anche e soprattutto, "eccezionali ragioni di urgenza" desumibili anche implicitamente dallo stesso contesto del processo e dalla natura delle imputazioni²⁴. La Consulta ha precisato che, però, non possono essere desunte dalla mancanza, insufficienza, inidoneità a disposizione della Procura, ma devono risiedere in un *quid pluris* tale da imporre e giustificare l'utilizzo degli impianti esterni invece di attendere che quelli "interni" possano tornare utili all'esecuzione dell'operazione²⁵.

4. «Il problema da affrontare è stabilire quale sia il quantum di motivazione che deve possedere il decreto»²⁶, sottolineando, tuttavia, che la stessa è un atto

²⁰ Cass., Sez. I, 11 maggio 2010, p.m. in proc. Regina, in *Mass. Uff.*, n. 247055, Id., Sez. 30 giugno 2008, Capodiferro, *ivi*, n. 240782, nello stesso senso Id., Sez. I, 16 marzo 2010, Amendola, *ivi*, n. 246353.

²¹ FILIPPI, *Intercettazioni*, cit. p. 911 ss.

²² Cass., Sez. VI, 6 maggio 2010, H.E., in *Mass. Uff.*, n. 247010, Id., Sez. VI, 11 febbraio 2013, B., *ivi*, n. 11794.

²³ Cass., Sez. IV, 19 dicembre 2008, Leonardo ed altri, in *Guida dir.*, 2009, 91.

²⁴ FILIPPI, *Intercettazione*, cit., p. 913 ss.

²⁵ INSOM, *Sussulti giurisprudenziali sulla questione delle intercettazioni telefoniche, mediante l'impiego di impianti esterni alla procura*, in *Oss. proc. pen.*, 2009, 32 ss.

²⁶ In argomento le articolate e puntuali critiche di A. GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 929.

obbligatorio che il P.M. deve porre in essere al fine di giustificare attraverso elementi, valutazioni fattuali e concrete, la necessità di utilizzo impianti esterni, affinché la deroga alla regola, disposta dall'art. 268 c.p.p., non sia un abuso, ma solamente un'eccezione giustamente motivata e necessaria.

Sono le pronunce della giurisprudenza ad indicare la "giusta" linea da seguire. Le Sezioni unite, infatti, hanno ritenuto correttamente motivato il decreto del P.M. con il quale disporre l'esecuzione delle operazioni intercettative mediante impianti diversi da quelli della Procura della Repubblica non con il semplice riferimento alla "insufficienza o inidoneità" degli stessi impianti, ma con la richiesta di specificarne le ragioni²⁷.

Ancora, le Sezioni unite hanno indicato un ulteriore principio di diritto: la carenza della motivazione non può essere integrata dal giudice²⁸, né con il giudizio di merito tanto meno nel giudizio di legittimità sulla base di atti del processo diversi dal decreto del P.M. e da quelli che lo integrano *per relationem*.

Tema, questo, tra i più dibattuti nella giurisprudenza di legittimità, rispetto al quale la Suprema Corte ha indicato due filoni di pensiero. Il primo ritiene sufficienti le motivazioni implicite o indirette²⁹, mentre il secondo, maggiormente conforme ai dettami Convenzionali e alle garanzie di tutela dei diritti dell'uomo, esige una motivazione valutata in concreto e non in astratto³⁰.

La dottrina³¹, invece, si è mostrata non soddisfatta dalla soluzione adottata dalle Sezioni unite, "quantomeno nel caso concreto", evidenziando che l'aver ritenuto legittima una motivazione del P.M. alquanto stringata abbia prodotto l'effetto di contravvenire al precetto costituzionale relativo all'obbligo di motivare un qualsiasi provvedimento giurisdizionale, intravedendo la possibilità che il potere dell'accusa sia inteso come mero arbitrio³². A tal proposito, spicca l'impostazione adottata dal Supremo Collegio che rimarca con rigorosità la pedissequa riproduzione della formula legislativa per giustificare il ricorso ad impianti esterni alla Procura, ovvero l'utilizzo di una clausola di stile meramente ripetitiva del dettato normativo³³, ma con l'indicazione, ancorché concisa, della ragione dell'insufficienza e

²⁷ Cass., Sez. un., 26 luglio 2007, Agumeche e altri, in *Cass. pen.*, 2008, 69.

²⁸ Cass., Sez. un., 26 luglio 2007, Agumeche, cit.

²⁹ Cass., Sez. III, 27 marzo 2003, Di Pietro, in *Mass. Uff.*, n. 277309, Id., Sez. VI, 21 gennaio 2005, *ivi*, n. 7691, Id., Sez. VI, 19 gennaio 2004, Tassone, *ivi*, n. 229517.

³⁰ Cass., Sez. I, 19 novembre 2003, Caleca, in *Mass. Uff.*, n. 227177.

³¹ Cass. Sez. un., 26 giugno 2003, Gatto, cit. 8.

³² CANZIO, *Il decreto del PM sulle modalità di esecuzione delle intercettazioni*, in *Orientamenti sulle linee interpretative della giurisprudenza e della dottrina in materia di intercettazioni*, 2005, p. 58.

³³ Cass., Sez. V, 29 luglio 2009, Alamia, in *Mass. Uff.*, n. 887.

dell'inidoneità. Si evince, attraverso la disamina della giurisprudenza, che l'obbligo motivazionale costituisce l'attuazione di quel livello minimo di garanzie desumibile dall'art. 15 Cost., direttamente proporzionale all'incidenza del mezzo invasivo sul diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni garantito dalla carta fondamentale³⁴. Il riferimento deve esser indirizzato all'art. 111, co. 6, Cost. il quale impone che i provvedimenti debbano essere motivati, in quanto tale obbligo non costituisce «*solo un principio di rilevanza costituzionale, ma è anche una regola basilare di civiltà giuridica*» perché è proprio attraverso l'apparato argomentativo dell'atto che si rende possibile conoscere il percorso logico giuridico seguito dal magistrato e, di conseguenza, consentire un'effettiva tutela dei diritti garantiti costituzionalmente³⁵. In fine non deve dimenticarsi che il potere di emettere il decreto motivato appartiene indiscutibilmente al potere dell'accusa, ma è al giudice attribuito l'insostituibile vaglio di controllo sull'adozione dello stesso. In tal modo viene assicurato il controllo sul provvedimento, la contezza del riscontro circa la sussistenza dei presupposti suindicati, l'aver proceduto «*alla valutazione relativa al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti e da ultimo l'aver proceduto al corretto uso del potere attribuitogli*»³⁶.

5. Il codice dispone, dunque, l'inutilizzabilità delle intercettazioni che sono state compiute fuori dei casi consentiti, o senza osservare i presupposti o le forme del provvedimento di autorizzazione, o senza redigere il verbale delle operazioni o sono state eseguite al di fuori degli impianti installati nella Procura della Repubblica, senza motivare le ragioni di urgenza. Lo scopo di tale disposizione normativa, disciplinato dall'art. 271, co. 3, c.p.p., è quello di eliminare alla radice la prova viziata³⁷. Un autorevole e consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale³⁸ ritiene, inoltre, da tempo che il principio enunciato dall'art. 15, co. 1, Cost. «*sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche o ambientali assunte illegittimamente senza*

³⁴ INSOM, *Sussulti giurisprudenziali sulla questione delle intercettazioni telefoniche, mediante l'impiego di impianti esterni alla procura*, cit., p. 27 ss.

³⁵ CAMPILONGO, *L'obbligo di motivazione in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni: questioni interpretative e problemi applicativi*, in *Cass. pen.*, 2005, 3196.

³⁶ A. GAITO, *Le intercettazioni tra norma e prassi*, in *Materiali d'esercitazione per un corso di procedura penale*, Padova, 1995, p. 65.

³⁷ Cass., Sez. VI, 26 aprile 2007, F., in *Cass. pen.*, 2008, 3767. In dottrina, PROCACCIANTI, *L'inutilizzabilità "speciale"*, in *Ind. pen.*, 2003, 1199.

³⁸ *Intercettazioni inutilizzabili e procedimenti di prevenzione: la fine dell'equivoco*, in *Cass. pen.*, 2010, 3063.

previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Se ciò avvenisse, un diritto "riconosciuto e garantito" come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione. A questo proposito la Corte sente il dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»³⁹. Proprio in considerazione delle decisioni della giurisprudenza costituzionale, la Suprema Corte in composizione collegiale⁴⁰ era giunta alla conclusione che «la disciplina della procedura delle intercettazioni, in quanto costituente concreta attuazione del precetto costituzionale ed attuativa delle garanzie da essa richieste a presidio della libertà e della segretezza delle comunicazioni, non può non assumere un rilievo nell'intero corso del procedimento, specie quando i risultati di un tal mezzo di ricerca della prova sono posti a fondamento del sacrificio di un altro bene costituzionalmente protetto, qual è la libertà personale, sì che la sua inosservanza, nella parte che più direttamente ed incisivamente mira a tutelare quel diritto fondamentale, deve determinare quella totale espunzione dal materiale processuale delle intercettazioni illegittime, che si concreta nella loro giuridica inutilizzabilità e nella fisica eliminazione»⁴¹. La conclusione logica e consequenziale, a nostro modo di vedere, evoca una metafora matematica: sommando i requisiti disciplinati dall'art. 268 c.p.p. il risultato è una prova giusta, acquisita in maniera legittima; contrariamente, sottraendo i requisiti suindicati, il risultato è una prova inutilizzabile.

³⁹ Corte cost., n. 34 del 1973, Id., n. 120 del 1975, in relazione all'allora vigente art. 226-*quinquies* c.p.p. (che sanciva la nullità insanabile delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o in difformità dalle relative prescrizioni); cfr. anche, quanto alla ratio del divieto di cui all'art. 268, co. 3, c.p.p. e della sanzione di inutilizzabilità prevista per le intercettazioni eseguite in sua violazione, Corte cost., n. 304 del 200, e n. 209 del 2004.

⁴⁰ Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Mass. Uff.*, n. 204081.

⁴¹ Cass., Sez. un., Monteleone, cit., n. 204081.