

SCUOLA SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA
STRUTTURA TERRITORIALE DI FORMAZIONE DECENTRATA
DEL DISTRETTO DI CATANIA

Giovedì 4 febbraio 2021, ore 15:30

LO STATUTO COSTITUZIONALE DELLE INTERCETTAZIONI.
PRESUPPOSTI DELL'ATTIVITÀ CAPTATIVA E LIMITI ALL'UTILIZZABILITÀ DEI
RISULTATI

Il provvedimento del giudice: parametri di motivazione dei decreti di
autorizzazione, convalida e proroga.
Controllo e sindacabilità nelle successive fasi del procedimento.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. non impugnabilità dei provvedimenti in materia di captazione. - 3. Il controllo e la sindacabilità in sede cautelare. - 4. Il controllo e la sindacabilità in sede di merito: l'udienza preliminare e il giudizio abbreviato. 5. Il controllo e la sindacabilità in sede di legittimità

1. Premessa

Nel ringraziare i referenti della Struttura Territoriale del Distretto di Catania per la fiducia - che spero di non tradire in modo clamoroso – e per il coraggio dimostrato, anticipo la “scaletta” del mio intervento che tratterà di controllo e sindacabilità dei provvedimenti resi dal G.I.P. in materia di captazione nelle fasi del procedimento successive alla formazione dei provvedimenti autorizzativi.

Mi soffermerò, in particolare, sul **controllo e la sindacabilità dei detti provvedimenti** in relazione, innanzitutto, alla fase cautelare con specifico riguardo alla sede del riesame, per poi fare qualche cenno a tre momenti processuali diversi: a) l'udienza preliminare; b) il rito abbreviato; c) la sede di legittimità.

Prima di toccare i punti appena indicati, mi pare opportuno fare qualche notazione sul carattere della non impugnabilità dei provvedimenti che qui interessano.

2. Non impugnabilità dei provvedimenti in materia di captazione

I provvedimenti di autorizzazione, convalida e proroga delle intercettazioni come pure i provvedimenti di rigetto delle relative richieste avanzate dal P.M. non sono suscettibili di essere impugnati dall'organo inquirente.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha in più occasioni avuto modo di chiarire come in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, desumibile dall'art. 568 c.p.p., il provvedimento con cui il G.I.P. rigetta la richiesta di intercettazione avanzata dal P.M. sia inoppugnabile, non essendo previsto contro il detto rigetto alcun mezzo di gravame (cfr. Cass. Sez. VI, 12 novembre 2008 n. 44877 che è in linea con pronunce più risalenti, quali ad esempio Cass. Sez. I, 22 settembre 2002 n. 3477 e Cass. Sez. I, 1 marzo 1990 n. 3263).

La Corte regolatrice ha, altresì, evidenziato come non sia possibile neppure invocare il rimedio impugnatorio “straordinario” e “residuale” del ricorso per Cassazione, per così dire, “per abnormità”.

Ed invero, il Supremo Collegio ha segnalato come non sia possibile ipotizzare alcuna abnormità del rigetto della richiesta di autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione (ma si tratta di principio applicabile anche in relazione ai provvedimenti di convalida e di proroga) né sotto il profilo strutturale, essendo il provvedimento manifestazione del potere legittimo del G.I.P., né sotto il profilo funzionale, poiché il diniego non può determinare la stasi del procedimento né l'impossibilità di proseguirlo, atteso che l'intercettazione è solo una delle tante modalità di ricerca della prova (cfr., in termini, di recente, anche Cass. Sez. III, 22 giugno 2016 n. 3910).

Appare opportuno osservare come a fronte della certa inoppugnabilità del provvedimento di rigetto che qui occupa possa disquisirsi in punto alla **revocabilità** del provvedimento del giudice in materia di attività captativa.

È noto che nell'ambito del processo civile, viga la regola, prevista dall'art. 177 c.p.c., della revocabilità delle ordinanze da parte del giudice che le ha pronunciate, sia pure con alcuni limiti, per la precisione, tre: 1) non sono modificabili le ordinanze pronunciate sull'accordo delle parti in materia della quale queste possano disporre; 2) le ordinanze dichiarate espressamente non impugnabili dalla legge; 3) le ordinanze per le quali la legge predisponga uno speciale mezzo di reclamo.

Nel processo penale non è dato rinvenire alcuna norma generale espressa sul punto, non mancando tuttavia le previsioni espresse che consentono la revoca di determinate ordinanze, si pensi alle ordinanze in materia di prova di cui all'art. 190 c.p.p., il cui comma 3 espressamente prevede che i provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio, cui si correlano le disposizioni di cui agli artt. 490, comma 4, e 498, comma 4, ed ancora si pensi alla ordinanza, pronunciata in pubblica udienza, prevista dall'art. 473 c.p.p. di procedere a porte chiuse che il giudice, sentite le parti, revoca con le medesime forme quando siano cessati i motivi del provvedimento.

La Corte regolatrice ha in più occasioni affermato (in uno alla certa revocabilità delle istanze di parte sino a quando non siano oggetto della deliberazione del giudice o ad eccezione dei casi previsti dalla legge, si pensi a quest'ultimo riguardo a quanto discende dal principio della irretrattabilità dell'esercizio dell'azione penale in punto alla impossibilità per il P.M. di revocare la richiesta di rinvio a giudizio) la sussistenza anche nell'ambito del processo penale del principio della revocabilità dei provvedimenti non aventi carattere di definitività di una fase del procedimento.

Ed anzi la Corte ha affermato come la revocabilità costituisca *“principio acquisito sia del procedimento penale sia di quello civile, direttamente collegato alla dinamica non solo istruttoria ma anche alla revisione di un provvedimento da ritenersi errato e che potrebbe causare una definizione errata del procedimento penale”*. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato di dare prevalenza *“a un concetto dinamico, anziché burocratico, della giurisdizione, tendente principalmente alla soluzione del procedimento penale secondo finalità di giustizia, ben potendosi rivalutare richieste poi considerate non percorribili”* (cfr. Cass. Sez. IV, 13 giugno 2006 n. 26872, in motivazione: il caso afferiva alla

revoca della richiesta di archiviazione operata dal P.M. all'udienza fissata per la trattazione della opposizione all'archiviazione, ma la Corte rendeva il principio sopra richiamato).

In altra occasione la Cassazione ha affermato la sussistenza di un principio generale della revocabilità dei provvedimenti giurisdizionali (di cui sono espressione gli istituti della revisione e della revoca delle misure cautelari), quando risulti, successivamente alla loro adozione, che la situazione fenomenica che li aveva giustificati era in realtà diversa; cosicché, anche in mancanza di una espressa previsione normativa, è consentito rivalutare i presupposti per la concessione di un beneficio già negato o per la revoca di altro già concesso, quando si alleggi la sussistenza di una situazione di fatto diversa rispetto a quella presa in esame dai primi giudici, la cui decisione, qualora l'assunto risulti dimostrato, non può comportare alcuna preclusione (cfr. Cass. Sez. I, 3 giugno 1996 n. 3870, Raineri, Rv. 205589); principio, non a caso, affermato per annullare l'ordinanza con cui il tribunale di sorveglianza, rilevando che si era formata una preclusione per il passaggio in giudicato della precedente ordinanza, aveva nuovamente rigettato un'istanza di liberazione anticipata con la quale si deduceva che il procedimento penale a carico dell'istante per furto all'interno del carcere, causativo del primo rigetto, si era concluso con l'assoluzione per non aver commesso il fatto (cfr. Cass. Sez. I, 7 marzo 2014 n. 15861).

Ed ancora la Corte di Cassazione, in tema di sospensione dei termini di custodia cautelare, ha avuto modo di affermare che l'ordinanza con la quale il giudice provvede è soggetta unicamente ad appello ex art. 310 c.p.p. con la conseguenza che, essendo tale ordinanza fondata su un giudizio prognostico non sindacabile *ex post*, la mancata impugnazione da parte dell'interessato preclude allo stesso di rimettere in discussione le ragioni poste a base del provvedimento, potendosi ipotizzare la revoca di esso da parte del giudice solo nella ipotesi di sopravvenienza di fatti nuovi (cfr. Cass. Sez. V, 23 gennaio 2007 n. 8438).

Ora, con riguardo ai provvedimenti resi dal G.I.P. in materia di captazioni, possono prospettarsi plurime situazioni e soluzioni.

Nel caso in cui il G.I.P. abbia rigettato la richiesta di autorizzazione e il P.M. avanzi ulteriore istanza di analogo tenore, potrebbe concludersi nel senso che la deliberazione operata dal G.I.P. abbia consunto il suo potere, di talché solo se la nuova istanza di autorizzazione avanzata dal P.M. presenti elementi di novità, il G.I.P. potrebbe operare una nuova deliberazione non soltanto reiterativa del rigetto ma anche di accoglimento, con conseguente implicita revoca del provvedimento di rigetto prima reso.

Ove, di contro, si dovesse ritenere che alla inoppugnabilità del provvedimento di rigetto si accompagni la irrevocabilità dello stesso non sarebbe ammissibile un provvedimento del G.I.P. che accolga l'istanza del P.M. a meno che questa non sia fondata su elementi in fatto e/o in diritto nuovi.

Resta fermo tuttavia un dato: l'eventuale ordinanza di autorizzazione resa dal G.I.P. *re melius perpensa*, con conseguente revoca implicita dell'ordinanza di rigetto già resa, sarebbe comunque inoppugnabile!

Vale segnalare come la Suprema Corte abbia di recente affrontato il caso "siciliano" -che riguardava un'ordinanza del Tribunale di Ragusa emessa in sede di riesame di misura cautelare reale – di una eccezione di inutilizzabilità di intercettazioni sollevata dalla difesa sull'assunto che queste, dopo che la prima richiesta del P.M. era stata rigettata sulla scorta

della qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 316 *bis* c.p., erano state poi autorizzate dal G.I.P. a seguito della sola "riqualificazione" operata dal P.M. nella sua (nuova, par di intendere) richiesta, sulla base tuttavia della immutata descrizione del fatto ascritto all'imputato, pervenendo alla conclusione per cui è legittimo l'accoglimento di una richiesta di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche formulata dopo il rigetto di una precedente richiesta, in assenza di nuovi elementi ma in base ad una diversa qualificazione giuridica del fatto, sempre che si tratti di elementi idonei a configurare una fattispecie di reato per la quale esse sono consentite (cfr. Cass. Sez. II, 4 marzo 2020 n. 14500).

Qualche perplessità sorge nell'ipotesi inversa nella quale cioè il G.I.P. abbia autorizzato l'attività captativa: in tale caso, mi pare che il giudice che rende il provvedimento autorizzativo consumi il proprio potere di deliberazione della richiesta del P.M. e non possa "tornare indietro", peraltro, *ex officio* (fermo restando che nell'ipotesi in cui il P.M. dovesse accorgersi di una autorizzazione erronea ben potrebbe non darvi seguito): gli effetti del provvedimento autorizzativo appaiono cioè irretrattabili attraverso un successivo provvedimento di revoca.

3. Il controllo e la sindacabilità in sede cautelare

Diversi sono i problemi afferenti il controllo e la sindacabilità dei provvedimenti captativi in sede cautelare, si pensi a quelli concernenti la questione del regolare deposito nel fascicolo del riesame degli atti relativi alla utilizzabilità delle intercettazioni (provvedimenti di autorizzazione, decreti di esecuzione, etc.) come pure a quelli in tema di effettivo accesso da parte dei difensori alle registrazioni audio.

3.1. Il deposito e la trasmissione dei provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni

Il problema dal quale è opportuno prendere le mosse concerne la necessità, ai fini di utilizzare le risultanze dell'attività di captazione in sede cautelare, sulla scorta ovviamente delle censure che le difese sollevano in sede di riesame, nel legittimo tentativo di depotenziare la gravità indiziaria allorquando questa è articolata nell'ordinanza del primo giudice della cautela proprio sugli esiti delle intercettazioni, attiene alla necessità del deposito degli atti formali attestanti la regolarità delle attività captative.

É, infatti, necessaria la trasmissione al tribunale del riesame degli atti che dispongono, autorizzano o prorogano le operazioni di intercettazione nel caso in cui i detti atti siano stati trasmessi al G.I.P. il quale abbia su di essi fondato la gravità indiziaria di cui alla misura cautelare impugnata.

In tal caso, la mancata trasmissione integrale dei detti atti al tribunale del riesame determina l'inefficacia della misura, ai sensi dell'art. 309, comma 10, c.p.p. o comunque la inutilizzabilità delle intercettazioni.

Occorre evidenziare come la trasmissione degli atti in questione (autorizzazione, proroga, etc.) è ritenuta secondo un primo orientamento necessaria, dovendo il giudice verificare in ogni caso la legittimità delle operazioni di ascolto, mentre secondo altro indirizzo interpretativo si tratta di facoltà, dovendo il giudice operare tale valutazione solo a seguito di specifica richiesta ovvero quando emergano ragioni di dubbio sulla legittimità delle captazioni.

Deve, per correttezza, segnalarsi come questa seconda opzione ermeneutica sia quella maggioritaria e ormai consolidata sin da Cass. Sez. I, 29 settembre 2000 n. 800, Morgante, secondo cui: *“la perdita di efficacia dell’ordinanza che dispone una misura coercitiva, ai sensi dell’art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., ha luogo solo nel caso di mancata trasmissione al tribunale del riesame di tutti gli atti a suo tempo presentati al g.i.p. ex art. 291 dello stesso codice. Ne consegue che ove il P.M. non abbia presentato al g.i.p. i decreti autorizzativi delle intercettazioni, la mancata trasmissione al tribunale, nel termine prescritto, di detti decreti non comporta l’inefficacia sopravvenuta dell’ordinanza cautelare, ma solo l’inutilizzabilità delle intercettazioni, sempre che i decreti stessi, a seguito di specifica e tempestiva richiesta del difensore, non siano stati acquisiti agli atti, prima della decisione, dal giudice del riesame, nel qual caso si consente al giudice e al difensore dell’indagato di effettuare il controllo di legittimità”*.

A tale pronuncia hanno fatto seguito: Cass. Sez. VI, 2 ottobre 2003 n. 6, Giuia; Cass. Sez. IV, 8 novembre 2005 n. 4207, Shehu; Cass. Sez. VI, 24 gennaio 2013 n. 7521, Cerbasio; Cass. Sez. IV, 21 marzo 2017 n. 18803, Semilia.

Qualora non si tratti di atti già trasmessi al G.I.P., il tribunale del riesame deve farsi carico di verificare la legittimità delle operazioni di captazione, giacché il contenuto del materiale indiziario non può essere valutato in assenza della documentazione per l’appunto concernente la legittimità della intercettazione.

Il deposito di tali atti operato in sede di riesame rende irrilevante il mancato deposito di essi al primo giudice (è ovvio che quando si parla di “deposito” non si fa riferimento alle attività previste dall’art. 268 c.p.p. che riguardano le condizioni per il corretto utilizzo dibattimentale delle intercettazioni, ma solo all’attività materiale di trasmissione della documentazione relativa alle captazioni al giudice della cautela).

Occorre evidenziare come rientri nella discrezionalità del P.M. selezionare le intercettazioni che reputa utili per fondare la propria richiesta, sicché ben potrà trasmettere al G.I.P. solo quelle che ritiene rilevanti, a prescindere dagli adempimenti previsti dall’art. 268 c.p.p.

Si afferma costantemente in giurisprudenza che *“in tema di applicazione di misure cautelari personali, il P.M. è pienamente legittimato a selezionare con ampia discrezionalità sottratta a controllo, tra gli atti di indagine in suo possesso, quelli da sottoporre alla cognizione del giudice”* (cfr. Cass. Sez. I, 25 novembre 2009 n. 47353, Crimi, e, più di recente, Cass. Sez. IV, 5 ottobre 2017 n. 53168).

In effetti, nella fase cautelare il P.M. può non trasmettere al G.I.P. i verbali redatti dalla polizia giudiziaria, contenenti le trascrizioni integrali delle intercettazioni, e limitarsi a trasmettere anche soltanto le trascrizioni sommarie, i cc.dd. “brogliacci”, effettuate senza alcun obbligo di contraddittorio dalla polizia giudiziaria o addirittura ben potrebbe limitarsi a fare riferimento a quanto riportato nelle informative di polizia giudiziaria.

La Corte regolatrice ha avuto modo di affermare che *“in tema di riesame, l’omesso deposito del c.d. “brogliaccio” di ascolto e dei file audio delle registrazioni di conversazioni oggetto di intercettazione non è sanzionato da nullità o inutilizzabilità, dovendosi ritenere sufficiente la trasmissione, da parte del P.M., di una documentazione, anche sommaria e informale, che dia conto sinteticamente del contenuto delle conversazioni riferite negli atti di polizia giudiziaria, fatto salvo l’obbligo del tribunale di fornire congrua motivazione in*

ordine alle difformità specificamente indicate dalla parte fra i testi delle conversazioni telefoniche richiamate negli atti e quelli risultanti dall'ascolto in forma privata dei relativi file audio" (cfr. Cass. Sez. VI, 23 settembre 2010 n. 37014, Della Giovampaola; Cass. Sez. I, 9 gennaio 2015 n. 15895, Riccio; Cass. Sez. VI, 11 aprile 2017 n. 22570, Cassese, che ha evidenziato l'obbligo del tribunale di fornire congrua motivazione in caso di segnalate difformità fra i testi riportati e le risultanze dell'ascolto dei *file audio*).

Quindi, per riassumere, è possibile suddividere le condizioni di irregolarità che possono condurre alla inutilizzabilità ai fini della misura cautelare delle intercettazioni in tre categorie:

1) in caso di carenza della documentazione necessaria, non trasmessa al tribunale del riesame, ma in realtà già fornita al G.I.P., si pone il problema della inefficacia della misura ai sensi dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p.;

2) in caso di documentazione non trasmessa al G.I.P. né al tribunale del riesame, si verifica una ipotesi di inutilizzabilità cautelare delle intercettazioni per mancata trasmissione al tribunale del riesame degli atti a sostegno delle captazioni;

3) ove emergano vizi della procedura di intercettazioni, quali la carenza di motivazione dei decreti autorizzativi e/o dei provvedimenti che consentano l'uso di impianti esterni agli uffici di Procura, il tribunale del riesame dovrà prendere posizione sugli indicati profili, procedendo, se del caso, a dichiarare l'inutilizzabilità delle intercettazioni, procedendo quindi ad effettuare la c.d. prova di resistenza.

Può, per connessione, trattarsi qui sia pure *en passant* del profilo afferente alle conseguenze di un eventuale rilievo in termini di inutilizzabilità delle intercettazioni che trovi l'avallo della Corte di Cassazione: qualora la questione sia sollevata nel subprocedimento cautelare del riesame e sia poi sottoposta al Supremo Collegio ex art. 311 c.p.p., si è posta la questione se detta valutazione faccia sorgere una preclusione processuale che travalichi il detto subprocedimento e, tenuto conto, per l'appunto della natura della preclusione (meramente processuale) e del giudice che la decide, si estenda al giudizio di merito.

Sono rinvenibili due orientamenti contrapposti:

1) per il primo, minoritario e ormai di fatto abbandonato, dovrebbe ravvisarsi nella specie una sorta di pregiudiziale (cfr. Cass. Sez. I, 1 marzo 2012 n. 39850, Alampi) tale da estendersi anche rispetto al giudizio di merito (cfr. Cass. Sez. I, 24 aprile 2012 n. 23748, Conti Taguali);

2) in forza del secondo, maggioritario in giurisprudenza, la valutazione della Corte di Cassazione non potrebbe travalicare i confini del subprocedimento cautelare e ben potrebbe quindi essere disattesa dal giudice del merito, senza necessità che questo fondi la propria decisione su elementi nuovi e diversi (cfr. Cass. Sez. I, 14 giugno 2012 n. 40301, Alma; Cass. Sez. I, 5 febbraio 2013 n. 10699, Ferraro; Cass. Sez. II, 18 ottobre 2017 n. 3314, Randazzo).

Una questione senz'altro rilevante attiene alla regolarità della trasmissione dei decreti di autorizzazione e dei decreti di convalida e di proroga nonché dell'autorizzazione all'utilizzo di impianti esterni (per quanto si tratta di profilo che, in fatto, è ormai recessivo a seguito della diffusione della operatività del c.d. instradamento).

Orbene, come anticipato, secondo la giurisprudenza più recente e maggioritaria, la mancata trasmissione al tribunale del riesame di tali provvedimenti, sempre che non siano stati già trasmessi al G.I.P. ex art. 291 c.p.p., non è causa di “inutilizzabilità cautelare”, tant’è che se il Tribunale lo ritenga necessario, su richiesta di parte o anche ex officio, può disporre l’acquisizione di tali provvedimenti, senza peraltro la necessità del rispetto del termine libero dei tre giorni, perché non si tratta di tutelare il contraddittorio con riguardo ad atti aventi “funzione probatoria/indiziaria”, ma soltanto di consentire la verifica di legittimità della “prova” già versata nel subprocedimento cautelare (cfr. Cass. Sez. IV, 21 marzo 2017 n. 18802, Semilia; Cass. Sez. VI, 24 gennaio 2013 n. 7521, Cerbasio; Cass. Sez. III, 7 marzo 2013 n. 19101).

Non dissimile la soluzione nell’ipotesi di intercettazioni provenienti da altro diverso procedimento, salvi i profili che verranno evidenziati nell’intervento che seguirà: la giurisprudenza è orientata nel senso di escludere la necessità di acquisire la documentazione formale, salvo che vi sia una specifica contestazione ad opera della difesa (cfr. Cass. Sez. II, 26 aprile 2012 n. 30815, P.M. in proc. Parise: *“Sono utilizzabili ai fini cautelari, i risultati delle intercettazioni telefoniche, disposte a seguito di captazione eseguita in diverso procedimento, di cui non sia stato acquisito l’originario provvedimento autorizzativo, né sia stato effettuato alcun deposito ex art. 270 c.p.p., in quanto le risultanze dell’intercettazione del procedimento a quo influiscono sulle autorizzazioni relative al procedimento ad quem come mero presupposto di fatto, incidente sulla motivazione dei successivi, autonomi provvedimenti autorizzativi solo sotto il profilo della loro rilevanza ai fini della verifica dei gravi indizi di reato, richiesta dall’art. 267, comma 1, c.p.p., mentre il deposito di cui all’art. 270, comma 2, c.p.p. - da effettuarsi con le modalità previste dall’art. 268, commi 6 e 8, c.p.p. - non rileva, a pena di inutilizzabilità, nel corso delle indagini preliminari, trattandosi di adempimento che può essere legittimamente procrastinato per esigenze investigative, non oltre il termine delle indagini stesse, ex art. 268, comma 5, c.p.p., fermo restando che, ove la parte richieda una verifica al riguardo, il giudice di merito è tenuto ad effettuarla in via incidentale”*).

In conclusione:

1) i decreti di autorizzazione devono essere necessariamente trasmessi al tribunale del riesame, se già trasmessi al G.I.P.;

2) al di fuori di tale ipotesi, non è necessario trasmettere al tribunale il decreto di autorizzazione, ma l’rogano giudicante, se richiesto dalla parte ovvero ex officio, ben può disporre l’acquisizione del detto decreto;

3) non si è in presenza di atti con funzione “probatoria” per cui non vi è necessità di riconoscere alla parte il termine di tre giorni liberi previsto ai fini della difesa rispetto al materiale probatorio.

3.2. Il diritto di accesso del difensore ai file audio delle intercettazioni nel procedimento de libertate

Il dato già segnalato concernente il potere del P.M. di selezionare il materiale indiziario e, segnatamente, quello captativo da trasmettere al G.I.P. ai sensi dell’art. 291 c.p.p. e la natura del detto materiale captativo hanno rappresentato le leve giustificatrici dei reiterati interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul tema che occupa e hanno condotto alla emersione del diritto del difensore all’accesso alle

registrazioni delle intercettazioni, indipendentemente dal deposito formale di esse ai sensi dell'art. 268 c.p.p.

È bene prendere le mosse dalla decisione n. 336 del 10 ottobre 2008 con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza applicativa di misura cautelare personale, il difensore potesse ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

La già segnalata possibilità di depositare solo i "brogliacci" (ovvero degli appunti raccolti durante le intercettazioni a supporto della richiesta cautelare), per l'esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può, ad avviso del Giudice delle Leggi, limitare il diritto della difesa di accedere alla prova diretta, al fine di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere al giudice il provvedimento restrittivo della libertà personale.

Del resto, la prova è costituita proprio ed esclusivamente dalle registrazioni dei colloqui (cfr. Cass. Sez. VI, 15 marzo 2016 n. 13213, Giorgini) e non dalla loro trascrizione né tanto meno dalla sintesi eventualmente effettuata dalla polizia giudiziaria, alla luce della considerazione per cui il linguaggio verbale contiene una serie di indicazioni che ben possono sfuggire a una puntuale trascrizione (si pensi al tono di voce, alle pause, alle incertezze, alle espressioni gergali, alla mimica corporale che si accompagna alle parole, etc.), sicché soltanto la loro diretta percezione può consentire di comprendere a pieno l'esatto significato delle espressioni e quindi il contenuto della conversazione.

Peraltro, le ragioni di segretezza investigativa e quelle eventuali di riservatezza sono venute meno con riguardo alle comunicazioni poste a fondamento del provvedimento restrittivo né sussistono ragioni per comprimere il diritto di difesa impedendo ai difensori di accedere alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest'ultima, perché sostituite dalle trascrizioni sommarie della polizia giudiziaria. Il diritto all'accesso implica quello alla trasposizione su supporto magnetico delle registrazioni medesime.

La Corte costituzionale ha quindi riconosciuto il diritto *"costituzionalmente protetto della difesa... di conoscere le registrazioni poste a base del provvedimento eseguito"*, con conseguente possibilità di ottenere copia della traccia fonica.

Si tratta di *"diritto incondizionato"* il cui esercizio è funzionale *"allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali"* e a cui corrisponde, anche prima del deposito ex art. 268, comma 4, c.p.p., un obbligo per il pubblico ministero, su richiesta di parte, di effettuare una completa *discovery* del mezzo di prova.

Dopo la decisione della Corte costituzionale alcune pronunce delle sezioni semplici della Cassazione sono apparse oscillanti soprattutto in ordine agli effetti della violazione del diritto di accesso del difensore e in ordine alla possibilità di rilievo in sede di riesame avverso il provvedimento cautelare.

Le Sezioni Unite hanno così fornito una sorta di decalogo applicativo, esaminando i singoli profili, contenuti e momenti nei quali si inserisce l'esercizio del diritto di accesso

riconosciuto dalla Corte costituzionale e le conseguenze del suo mancato riconoscimento nell'ambito dei procedimenti *de libertate*.

Si tratta di Cass. Sez. Un. 22 aprile 2010 n. 20300, Lasala, che ha stabilito che *“l'accesso alle registrazioni delle conversazioni captate serve a rendere effettivo il completo esercizio del diritto di difesa della parte”*, sicché la questione non riguarda in senso stretto un tema attinente alla utilizzabilità della prova (costituita dai brogliacci correttamente utilizzati e trasmessi al G.I.P. e al tribunale del riesame) ovvero della efficacia della misura cautelare (rectius della inefficacia di questa per mancata trasmissione degli atti), quanto piuttosto il dato che la violazione di tale diritto difensivo determina *“un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa”* che non comporta cioè effetti sul risultato della prova, bensì una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. (la giurisprudenza, come già accennato, fa riferimento a una c.d. *“inutilizzabilità a fini cautelari”*, cfr. Cass. Sez. VI, 22 maggio 2019 n. 32291, Rugnetta).

La decisione sottolinea come il diritto di accesso *de quo* sia stato riconosciuto esclusivamente al difensore (la sentenza della Corte Costituzionale ha fatto riferimento solo al difensore; mentre l'art. 268, comma 6, c.p.p. e l'art. 309, comma 8, c.p.p. si riferiscono sempre e solo al difensore).

Il **rilascio della copia** spetta al pubblico ministero procedente. Nella sua disponibilità materiale e giuridica si trovano i documenti nella fase delle indagini. Solo il pubblico ministero, del resto, è in grado di procedere alla selezione delle registrazioni e, soprattutto, di vagliare gli eventuali limiti al rilascio, in relazione alla tutela della riservatezza di altri soggetti estranei ai fatti le cui conversazioni fossero state captate.

La **richiesta di accesso** alle registrazioni può essere proposta solo **dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza applicativa della misura cautelare personale**: non è dato individuare un termine *ad quem* nella proposizione, non occorre che l'istanza intervenga prima della richiesta di riesame. Peraltro, è noto che la richiesta di riesame può non enunciare i motivi e riguardare anche profili ulteriori e diversi da quello in questione.

La richiesta di accesso può quindi essere avanzata anche prima della proposizione del riesame, essendo funzionale a esperire efficacemente i rimedi previsti dalle norme processuali (cfr. Cass. Sez. I, 17 gennaio 2011 n. 20547).

Sul pubblico ministero grava l'**obbligo di assicurare il rispetto della prerogativa del difensore**: l'inadempimento di tale obbligo può comportare responsabilità disciplinari, stante il dovere di osservanza delle norme processuali di cui all'art. 124 c.p.p. e, in presenza dei relativi presupposti, anche conseguenze penali (le Sezioni Unite richiamano al riguardo Cass. Sez. Un. 24 settembre 2009 n. 40538 sulla tardiva iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.).

È evidente che il rilascio della copia della traccia audio debba avvenire in tempo utile perché il diritto di difesa possa essere esercitato nell'ambito del procedimento *de libertate* (è stata esclusa l'applicabilità qui del termine di cinque giorni di cui all'art. 268, comma 4, c.p.p. afferente al deposito in segreteria dei verbali e delle registrazioni in riferimento alla conclusione delle operazioni per la diversità di situazione e materia).

Il pubblico ministero deve soddisfare la richiesta difensiva in tempi tali da consentire la disamina del relativo materiale in vista del riesame (cfr. già Cass. Sez. V, 24 giugno 2009

n. 39930). Se il pubblico ministero ritenga di non potere rilasciare tempestivamente la copia richiesta deve rendere congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità.

Dall'altro lato, è necessario che il difensore proponga la richiesta in un tempo adeguato per rispettare le scadenze temporali indicate dalle norme processuali e segnatamente dall'art. 309, comma 9, c.p.p. (cfr. Cass. Sez. Feriale, 10 settembre 2009 n. 37151 e Cass. Sez. III, 3 novembre 2009 n. 46704).

Con riguardo proprio alla **tempistica dell'esercizio del diritto di difesa**, in giurisprudenza è dato rinvenire due orientamenti:

- il primo che, facendo leva sui tempi del rilascio ovvero sulla necessità che la richiesta della difesa sia esplicitamente finalizzata alla procedura di riesame (cfr. Cass. Sez. II, 28 settembre 2018 n. 51935, Pannofino), ha escluso la nullità del provvedimento derivante dalla mancata tempestiva messa a disposizione di dette registrazioni in presenza di una richiesta di accesso a contenuto generico;

- il secondo che, ravvisando nell'istanza l'esercizio di un diritto incondizionato, non ritiene che esso possa essere disconosciuto a causa della mancata specificazione che l'istanza di accesso è finalizzata alla presentazione della richiesta di riesame, in quanto tale indicazione rileva esclusivamente per la verifica della congruità del tempo impiegato per l'adempimento (cfr. Cass. Sez. VI, 6 novembre 2017 n. 56990, Hoxha).

Pur restando affidata al giudice di merito la valutazione dell'adeguatezza del termine per la richiesta di accesso e per il successivo rilascio di copia delle captazioni, appare più aderente all'impostazione di fonda, così come emerge dalla citata decisione della Corte costituzionale, la seconda soluzione anche alla luce di una duplice considerazione: a) il P.M. che riceve l'istanza di accesso è ben consapevole che il difensore si è attivato a seguito della esecuzione della misura cautelare; b) le moderne tecnologie che governano l'attività di intercettazione consentono agevolmente di accedere ed estrarre copia dei tracciati, viepiù quando, come di frequente accade in casi siffatti, la richiesta di misura cautelare è corredata dall'allegazione di copia degli atti in essa richiamati, sicché non risulterebbe comprensibile una mancata previa predisposizione anche di una preliminare selezione delle registrazioni su cui la richiesta è fondata.

Il mancato rilascio della copia degli atti richiesti può essere fatto valere non soltanto dinanzi al giudice della misura (così invece Cass. Sez. VI, 6 novembre 2008 n. 44127), ma altresì, come già anticipato, dinanzi al Tribunale del riesame: ed anzi a seguito di tempestivo rilievo della difesa il Tribunale ha poteri officiosi di acquisizione delle tracce audio, benché da esercitare in tempi utili per l'espletamento delle relative incombenze entro il termine perentorio entro il quale il Collegio deve rendere la sua decisione ex art. 309, comma 9, c.p.p.

Il Tribunale del riesame deve, del resto, vagliare eventuali discrepanze tra le risultanze dei brogliacci e l'effettivo tenore delle conversazioni captate: l'accesso alle registrazioni serve quindi a rendere effettivo e completo l'esercizio del diritto di difesa della parte ed è finalizzato proprio al controllo di legittimità della misura genetica emessa nei confronti dell'indagato.

L'ingiustificato impedimento del diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero di misura cautelare:

- non determina la nullità *tout court* dell'ordinanza cautelare;

-non comporta in senso stretto l'inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate, anche se in alcune decisioni si discorre di "inutilizzabilità cautelare";

-determina invece un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per l'illegittima compressione del diritto di difesa e comporta una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., soggetta al regime, alla deducibilità e alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.

Ove il vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame (l'eccezione non è proponibile per la prima volta in Cassazione) e il giudice lo ritenga, non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato nei brogliacci, in mancanza della denegata possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica: in tal senso può parlarsi di "inutilizzabilità a fini cautelari".

Il giudice del riesame, in presenza di tale patologia, non potrà utilizzare quel dato nel procedere alla valutazione della prova: in tal senso e a tali fini quel dato è **inutilizzabile in sede di riesame. Si tratta di una inutilizzabilità provvisoria (in quanto produttiva di un temporaneo "congelamento" dell'intercettazione che non può essere utilizzata finché non sia corredata dalle registrazioni utili a verificare la conformità dei brogliacci) ed eventuale (perché conseguente alla nullità intermedia tempestivamente eccepita).**

Si badi che il Tribunale del riesame dovrà semmai procedere alla **c.d. prova di resistenza**: saggiare la tenuta del quadro indiziario estromettendo il dato delle registrazioni oggetto di istanza difensiva rimasta ingiustificatamente insoddisfatta.

Il citato intervento delle Sezioni Unite non ha sopito i quesiti interpretativi sul diritto all'accesso riconosciuto alla difesa.

Dubbi si sono affacciati in ordine al profilo dell'estensione e dell'area operativa del diritto di accesso: se il diritto di accesso ai file audio e la connessa facoltà di ottenerne copia comprenda anche una facoltà di accesso da parte del **consulente tecnico del difensore** al *server* o all'*hard-disk*, cioè agli impianti utilizzati presso la Procura della Repubblica per la registrazione delle intercettazioni allo scopo di accertare che la registrazione fosse effettivamente avvenuta presso detti impianti.

La giurisprudenza ha mantenuto un approccio rigoroso, affermando come:

- il diritto di accesso sia stato riconosciuto dalla Corte costituzionale esclusivamente al difensore e non a tecnici di fiducia di questo;

- l'esercizio del detto diritto sia limitato alla possibilità di accedere alla copia audio dei file al fine di verificarne l'attendibilità tra quanto riportato nei brogliacci e il contenuto delle conversazioni;

- non sia stato previsto neppure in via incidentale che in sede cautelare sia dato alla difesa di verificare la conformità di tali registrazioni a quelle necessariamente presenti presso il server della Procura procedente (cfr. Cass. Sez. VI, 9 novembre 2011 n. 43564 che ha pure escluso che il difensore abbia diritto di ottenere un'attestazione di conformità delle copie alle tracce audio originali conservate nel server della procura).

Altre questioni hanno riguardato le **modalità** con le quali il difensore deve esercitare il diritto e il pubblico ministero adempiere all'obbligo di consegnare copia della traccia audio.

Il difensore **non deve motivare il suo interesse** all'ottenimento della copia della traccia audio. L'ascolto diretto delle registrazioni è necessario per valutare l'effettivo significato probatorio, perché la qualità delle captazioni può non essere perfetta. In assenza della trascrizione di un perito, l'interesse difensivo si appunta sull'accesso diretto tutte le volte in cui occorre verificare la genuinità delle trascrizioni fatte nei brogliacci dalla polizia giudiziaria e poi utilizzate dal pubblico ministero (cfr. Cass. Sez. VI, 3/4/2012 n. 15701: secondo la quale in sede di riesame il rilievo della parte circa la sussistenza di differenze specifiche tra i testi risultanti dai brogliacci e dalla motivazione dell'ordinanza e quelli desumibili dai file audio impone al Tribunale del riesame un obbligo di delibazione e conseguente motivazione sul punto, per quanto ciò non obblighi di per sé il Tribunale all'ascolto diretto né all'acquisizione dei file audio interessati (cfr. Cass. Sez. VI, 2 dicembre 2010 n. 44813).

Il diritto all'acquisizione dei file audio può riguardare unicamente quelli afferenti alle intercettazioni utilizzate in seno all'ordinanza in ordine alla posizione dell'indagato e non altre.

I file audio di conversazioni afferenti a persone diverse dall'indagato (anche altri coindagati o terzi) possono essere messi a disposizione del difensore se questo indica lo specifico interesse alla singola conversazione captata o se detto interesse emerga *ex actis*, alla luce dell'imputazione provvisoria ovvero della struttura argomentativa della ordinanza cautelare (cfr. Cass. Sez. VI, 2/12/2010 n. 44813 che ha evidenziato che il difensore non debba indicare in modo specifico, registrazione per registrazione, il proprio interesse alla copia).

Il pubblico ministero non ha alcun obbligo di comunicare al difensore l'esito della richiesta di copia, essendo **onere del difensore informarsi dell'eventuale accoglimento ovvero rigetto dell'istanza** o anche solo della sua mancata considerazione (cfr. Cass. Sez. VI, 7 ottobre 2011 n. 38673: la difesa aveva eccepito in sede di riesame che l'autorizzazione del p.m. le era stata comunicata via fax solo il giorno precedente all'udienza di riesame; la Corte ha ritenuto insussistente la tardività lamentata dalla difesa, affermando che spettava al difensore attivarsi per prendere tempestivamente cognizione della sorte dell'istanza formulata; ed ancora Cass. Sez. II, 24 aprile 2012 n. 29848). La giurisprudenza, peraltro, fa carico al difensore di tempestivamente attivarsi nell'accedere agli uffici giudiziari per sollecitare l'esecuzione di quanto autorizzato dal pubblico ministero (cfr. Cass. Sez. VI, 19 ottobre 2011 n. 46536 e Cass. Sez. VI, 17 giugno 2014 n. 28156 *contra* Cass. Sez. II, 28 settembre 2018 n. 51935).

È da segnalare come la mancata attivazione degli uffici nel dare esecuzione al provvedimento autorizzativo del Pubblico ministero espone alla nullità a regime intermedio sopra indicata (cfr. Cass. Sez. V, 24 febbraio 2012 n. 8921 e Cass. Sez. V, 12 aprile 2011 n. 22270).

La segnalata natura degli strumenti tecnologici impiegati nelle attività di captazione consente un facile accesso alle registrazioni e l'agevole duplicazione e ascolto delle stesse.

Tale considerazione non è irrilevante allorché si debba valutare la tempestività del rilascio della copia ovvero del congruo anticipo con il quale la difesa debba richiederla, riscontrandosi sul punto pronunce di diverso contenuto, ma verosimilmente indicative della acquisita consapevolezza che, trattandosi di operazioni tecniche abbastanza semplici,

sembra irragionevole dilazionare eccessivamente il diritto di accesso del difensore (due giorni, secondo Cass. Sez. IV, 20 giugno 2017 n. 43869, Petillo; un giorno per Cass. Sez. V, 13 giugno 2018 n. 44150).

Altra questione attiene alla sussistenza di un **onere in capo al difensore di provare il fatto “negativo” dell’omesso o ritardato rilascio della documentazione tempestivamente richiesta.**

Secondo **un primo indirizzo** il difensore che deduca la nullità di ordine generale a regime intermedio per non avere ottenuto, nonostante la tempestiva richiesta in vista del riesame, l’accesso alle registrazioni utilizzate nell’ordinanza, ha l’onere di provare l’omesso o ritardato rilascio della documentazione, *“magari con l’esibizione di una certificazione attestante il fatto negativo della non consegna del supporto informatico richiesto e dovuto”* (cfr. Cass. Sez. I, 5 aprile 2011 n. 18609).

Secondo **altro indirizzo** ove la difesa abbia assolto all’onere di dimostrare la tempestività e ritualità della richiesta di rilascio copia, sulla stessa non può gravare l’ulteriore onere di documentare il fatto negativo del mancato riscontro alla richiesta da parte del pubblico ministero (cfr. Cass. Sez. VI, 10 ottobre 2011 n. 45984 e Cass. Sez. VI, 19 ottobre 2011 n. 46536 la quale rimette al Tribunale l’esercizio dei poteri officiosi per risolvere l’eccezione procedurale, pregiudiziale alla decisione).

4. Il controllo e la sindacabilità in sede di merito: l’udienza preliminare e il giudizio abbreviato

Quanto ai profili afferenti al controllo e alla sindacabilità dei provvedimenti autorizzativi di captazioni nella sede del merito si è concentrata in questa sede l’attenzione su due momenti processuali: udienza preliminare e giudizio abbreviato.

4.1. L’udienza preliminare

Vale evidenziare come sia frequente che in sede di udienza preliminare le parti, segnatamente i difensori degli imputati, sollecitino il G.U.P. a pronunciarsi sull’eccezione di inutilizzabilità delle risultanze delle intercettazioni.

Occorre, sul punto, segnalare come sia senz’altro ammissibile che il G.U.P. si pronunci sull’eccezione in parola, fermo restando che siffatta pronuncia non appare in alcun modo vincolante per il giudice del dibattimento che ben potrà risolvere diversamente la questione della utilizzabilità o meno delle intercettazioni, discostandosi dalla soluzione adottata dal G.U.P.

Deve, del pari, specularmente, evidenziarsi come, tuttavia, il G.U.P. non sia tenuto a deliberare l’eventuale eccezione di inutilizzabilità avanzata dalla difesa.

In tal senso, la giurisprudenza di legittimità è assolutamente costante: *“non è abnorme il decreto che dispone il giudizio emesso senza che vi sia stata una pronuncia sulle questioni riguardanti la utilizzabilità degli atti processuali, in quanto, in sede di udienza preliminare, il giudice non è tenuto a decidere anticipatamente tali questioni, rispetto alla trattazione del merito, neppure al fine di consentire all’imputato di valutare l’opportunità di accedere al rito abbreviato, nella piena conoscenza delle prove utilizzabili, non essendo un obbligo in tal senso contemplato dalle disposizioni processuali”* (cfr. Cass. Sez. IV, 20

aprile 2016 n. 29644, nonché Cass. Sez. III, 13 maggio 2014 n. 40209 e Cass. Sez. V, 7 marzo 2013 n. 2203).

4.2. Il rito abbreviato

È utile muovere dal recente dato normativo dell'art. 428, comma 6 *bis* c.p.p., introdotto dalla riforma Orlando, stabilisce, per quanto qui occupa, che *“la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio...”*.

Si tratta di un dato che appare avere recepito sul piano normativo l'insegnamento di Cass. Sez. Un., 21 giugno 2000 n. 16, Tammaro, secondo cui nel giudizio abbreviato non rilevano né l'inutilizzabilità fisiologica della prova, ossia quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), né l'inutilizzabilità relativa, stabilita dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, mentre va attribuita piena rilevanza all'**inutilizzabilità patologica**; categoria, questa, nel cui ambito rientrano *«tanto le prove oggettivamente vietate quanto le prove comunque formate o acquisite in violazione - o con modalità lesive - dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e, perciò, assoluti e irrinunciabili, a prescindere dall'esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento contenuto nella legge processuale»*, sicché in tale caso *«la disciplina normativa costruisce il divieto di utilizzazione della prova in termini di operatività assoluta»*.

Nella categoria della inutilizzabilità patologica rientrano quindi: a) gli atti probatori assunti *contra legem* il cui impiego è vietato in modo assoluto non solo nel dibattimento ma in qualsiasi altra fase del procedimento, ivi comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito; b) le prove comunque formate o acquisite in violazione –o con modalità lesive- dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e, perciò, assoluti e irrinunciabili, a prescindere dall'esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento contenuto nella legge processuale (cfr. Corte cost. n. 34 del 1973).

La disciplina normativa costruisce il divieto di utilizzazione della prova in termini di operatività assoluta: l'inosservanza del divieto non è affatto sanabile in virtù della scelta dell'imputato di accesso al rito alternativo ed è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

In sostanza, può quindi aderirsi all'orientamento della giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 25082 di cui si dirà anche nel prosieguo) per cui *“la categoria dell'inutilizzabilità assoluta [e quindi patologica] corrisponda a quella altrimenti definita delle ‘prove incostituzionali’...”*.

Si badi che la dichiarata inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p. delle intercettazioni fa loro perdere *in toto* ogni capacità dimostrativa e quindi esse non potranno essere utilizzate neppure in favore dell'accusato (cfr. Cass. Sez. II, 14 dicembre 2017 n. 11582).

La Suprema Corte aveva già evidenziato una specifica ipotesi di inutilizzabilità patologica in relazione alle conseguenze della mancata allegazione al g.i.p. o al tribunale del riesame dei decreti autorizzativi di intercettazioni telefoniche ai fini della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza: Cass. Sez. Un., 20 novembre 1996, Glicora e Cass. Sez. Un. 27 marzo 1996, Monteleone.

Esclude, di contro, il Supremo Collegio che configuri una ipotesi di inutilizzabilità patologica il mancato accesso del difensore al *server* dell'ufficio inquirente ovvero agli originali dei *file* audio: cfr. Cass. Sez. V, 24 ottobre 2018 m. 15041.

Va, del pari, evidenziato come non sia stata ritenuta inutilizzabilità patologica quella riguardante il decreto del P.M. con il quale si dispone l'intercettazione telefonica mediante impianti in dotazione alla p.g. derivante dalla mancata attestazione allegata al decreto o dalla certificazione attestante l'inidoneità o insufficienza degli impianti le cui ragioni sono richiamate per relationem (cfr. Cass. Sez. III, 9 giugno 2017 n. 882, dep. 2018, Bellissimo, fermo il dictum, in essa contenuto, secondo il quale il decreto non assolve all'obbligo di motivazione col semplice riferimento alla "insufficienza o inidoneità" degli impianti –che ripete il conclusivo giudizio racchiuso nella formula di legge- ma richiede la specificazione delle ragioni di tale carenza che in concreto depongano per la ritenuta "insufficienza o inidoneità", secondo quanto affermato da Cass. Sez. Un., 12 luglio 2007, n. 30347, Aguneche).

Più problematica si rivela l'inquadramento della inutilizzabilità scaturente dalla mancata motivazione nel decreto del P.M. delle ragioni per le quali risulti disposta l'intercettazione mediante impianti in dotazione alla polizia giudiziaria, vale a dire mediante impianti esterni a quelli allocati nei locali degli uffici della Procura.

Sul punto si registrano due orientamenti:

- il primo che nega la configurabilità nella specie di una ipotesi di inutilizzabilità patologica: cfr. Cass. Sez. II, 24 febbraio 2016 n. 1034, in massima, sulla scia di Cass. Sez. I, 3 novembre 2015 n. 472; Cass. Sez. II, 14 gennaio 2014 n. 3606, Garzo; occorre tuttavia segnalare come la più recente delle richiamate sentenze si fosse occupata di impianti privati allocati presso gli uffici di Procura sulla base di decreti del P.M. comunque motivati e non appare, pertanto, particolarmente significativa (nonostante sia richiamata dalla giurisprudenza successiva come parte dell'orientamento che occupa), laddove molto più rilevante appare la sentenza Garzo che, proprio in tema di rilevanza della questione in sede di abbreviato, osserva come – sulla scorta delle Sezioni Unite Tammaro –;

- il secondo che l'afferma, già espresso da Cass. Sez. III, 13 maggio 2014 n. 40209, più di recente ribadito da Cass. Sez. V, 27 febbraio 2019 n. 25082 che appare di particolare interesse in quanto ricostruisce compiutamente il dibattito giurisprudenziale sul tema.

Meritano di essere segnalati i passaggi della motivazione più rilevanti.

La sentenza Garzo afferma che *"Deve allora essere applicata la regola enunciata circa l'impossibilità del recupero all'idoneità a costituire 'elemento di prova' per quelli 'geneticamente' sorti in violazione di 'diritti fondamentali' che la legge processuale enuncia negli artt. 188 e 189 cod. proc. pen., contenuti nel Libro 3 dedicato alle 'prove', Titolo 1, nel quale sono enunciate 'le disposizioni generali'. Entro tali limiti va definita 'inutilizzabilità patologica' di un atto probatorio che sarà privo della sua idoneità a provare i fatti in esso contenuti. Nell'ambito di tale cornice giuridica, dunque, debbono essere*

considerate le questioni di inutilizzabilità di 'mezzi di prova' acquisiti agli atti del processo per essere contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e, come tali, prove da 'utilizzare' nel giudizio abbreviato in ragione del 'consenso' dell'imputato all'eventuale proposta di decisione allo 'stato degli atti formulata dalla parte pubblica. Le questioni poste circa la legittimità dell'utilizzo degli impianti diversi da quelli in dotazione della Procura della Repubblica non possono essere ricondotte nell'alveo dell' 'inutilizzabilità patologica': come tali, al di là delle asserite violazioni, si è in presenza di acquisizioni pienamente utilizzabili nel giudizio abbreviato (Cass., Sez. 6, n. 2930 del 23/10/2009-dep. 22/01/2010, Ceroni e altri, rv. 246129)"

Dall'analisi della motivazione della sentenza Ceroni, a cui si richiama la sentenza Garzo appena esaminata, si comprende come anche la Sezione Sesta, seguendo il percorso ermeneutico poi riprodotto dalla Sezione Seconda, abbia escluso che possano essere ricondotte nell'alveo dell'inutilizzabilità patologica le questioni circa la legittimità dell'utilizzazione degli impianti diversi da quelli in dotazione alla Procura della Repubblica, qualora, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità *"l'esistenza delle 'ragioni di urgenza' - richieste dall'art. 267 c.p.p., comma 2, affinché il pubblico ministero possa disporre l'intercettazione trovi giustificazione implicita là dove essa sia desumibile dal riferimento all'attività criminosa in corso indicata, non solo nel provvedimento del pubblico ministero, ma anche complessivamente ricavabile dagli atti del procedimento; nel nostro caso diretto a ricercare materiale indiziario su di un'ipotesi di omicidio maturato nell'ambito di traffico di stupefacenti. Al di là di tale precisazione, la questione è in ogni caso infondata, poiché una volta intervenuta la convalida da parte del giudice per le indagini preliminari è preclusa ogni contestazione sulla sussistenza del requisito dell'urgenza di cui all'art. 267 c.p.p., comma 2 nonché sul requisito dell'eccezionale urgenza che abilita all'esecuzioni delle operazioni di intercettazione mediante apparati diversi da quelli installati negli uffici di Procura. Tale principio, si ricollega alla regola di diritto affermata da questa Corte secondo cui i 'casi di urgenza' che abilitano il pubblico ministero, a norma dell'art. 267 c.p.p., comma 2, a emettere il decreto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, comprendono di regola le 'eccezionali ragioni di urgenza' che legittimano, a norma dell'art. 268 c.p.p., comma 3, l'esecuzione delle operazioni mediante impianti in dotazione della polizia giudiziaria qualora quelli installati nella procura della Repubblica risultino insufficienti o inadeguati. Ne consegue che la motivazione circa la sussistenza dell'urgenza ex art. 267 c.p.p., comma 2, assorbe quella circa la sussistenza delle 'eccezionali ragioni di urgenza' di cui all'art. 268 c.p.p., comma 3, ove le ragioni addotte ai fini dell'esigenza di attivare immediatamente le operazioni di intercettazione appaiano incompatibili sia con la normale procedura di 'richiesta/autorizzazione' stabilita in via ordinaria dall'art. 267 c.p.p., comma 1, sia con l'attesa del realizzarsi di una condizione di sufficienza o idoneità degli impianti installati presso la procura della Repubblica. Ne consegue che, se il decreto d'urgenza del pubblico ministero è convalidato dal giudice, non può più farsi questione della sussistenza dei requisiti d'urgenza ai fini sia dell'art. 267 c.p.p., comma 2, sia dell'art. 268 c.p.p., comma 3 (Sez. 6^a, 19 maggio 2005, dep. 25 agosto 2005, n. 32469 rv. 232220; Sez. 6^a, 21 novembre 2006 dep. 16 gennaio 2007, n.775; Sez. 5^a, 17 luglio 2008, dep. 3 ottobre 2008, n. 37699)."*

Tuttavia, alla luce dell'esame della motivazione della sentenza Ceroni - che, in realtà, si occupava di una fattispecie ben diversa da quella in esame, avendo considerato l'ipotesi in cui il decreto di urgenza, emesso dal pubblico ministero ex art. 267, comma secondo, cod. proc. pen., fosse stato, in seguito, convalidato dal giudice per le indagini preliminari - **non pare possa affermarsi un principio generale circa la natura non patologica della inutilizzabilità in casi in cui, come avvenuto nella fattispecie concreta esaminata, il pubblico ministero abbia disposto l'esecuzione delle operazioni con impianti in dotazione ad una ditta esterna, benché il giudice avesse convalidato un decreto di urgenza, emesso dallo stesso pubblico ministero, che prevedeva, però, l'utilizzazione di impianti in dotazione alla Procura della Repubblica, con sistema di remotizzazione presso gli uffici dei Carabinieri.**

Nel caso in esame, cioè, la sequenza fisiologica, costituita dal decreto di urgenza emesso dal pubblico ministero e dalla successiva convalida da parte del giudice delle indagini preliminari, risulta essersi interrotta, in quanto le modalità esecutive contemplate dal decreto di urgenza e, quindi, valutate dal giudice ai fini della convalida, sono state modificate unilateralmente - seppure per ragioni contingenti e sopravvenute -, avendo il pubblico ministero disposto in sede di esecuzione delle operazioni, ex art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., delle modalità del tutto diverse da quelle considerate dal giudice per le indagini preliminari con il decreto di convalida, ossia l'utilizzazione di impianti esterni, sulla scorta di circostanze totalmente sottratte al vaglio del giudice e, inoltre, per nulla esplicitate. In tal caso, si deve ritenere che il decreto sia affetto da inutilizzabilità patologica, come tale insanabile e radicale, estensibile, pertanto, anche al giudizio conseguente alla scelta del rito abbreviato, in quanto adottato in sostanziale elusione del controllo di legalità del provvedimento autorizzatorio emesso dal giudice, in maniera incidente direttamente sulla sfera di diritti costituzionalmente rilevanti, quali quelli tutelati dall'art. 15 Costituzione.

Pertanto, a detta conclusione può agevolmente pervenirsi anche considerando gli snodi argomentativi della stessa sentenza a Sezioni Unite Tammaro, dai quali deriva, essenzialmente, la distinzione tra inutilizzabilità patologica ed inutilizzabilità fisiologica. (...)

A ben vedere, quindi, le Sezioni Unite Tammaro non solo non indicano, tra i casi di inutilizzabilità fisiologica, la violazione dell'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., ma, al contrario, sulla scia della giurisprudenza del Giudice delle leggi, individuano un criterio nevralgico per l'inquadramento del concetto di inutilizzabilità patologica: la violazione, nella formazione o nell'acquisizione della prova, dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e, come tali, assoluti ed irrinunciabili.

Occorre, quindi, ulteriormente interrogarsi sulla possibilità che l'inosservanza dell'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., integri o meno una violazione di diritti fondamentali della persona.

In tal senso soccorre, ancora una volta, un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, ossia la sentenza n. 13426 del 2010 *'L'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione.'*

Con detta pronuncia le Sezioni Unite hanno inteso dirimere il persistente contrasto di giurisprudenza in ordine alla questione se possano o meno essere utilizzati, nell'ambito del procedimento di prevenzione, i risultati di intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di cognizione.

Ed infatti, i contrapposti orientamenti ermeneutici circa la possibilità o meno di utilizzare nel giudizio di prevenzione le intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel giudizio di cognizione, hanno riproposto la necessità di considerare nuovamente la distinzione tra la inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni che abbiano violato le regole ed i presupposti previsti direttamente dall'art. 15 Cost., sicuramente applicabili anche nel processo di prevenzione, e la inutilizzabilità dipendente dalla mancanza di motivazione del provvedimento con il quale viene autorizzato l'impiego di impianti diversi da quelli installati presso la Procura della Repubblica, che, invece, non precluderebbe l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni ai fini del processo di prevenzione.

In tale ultimo caso, infatti, secondo un orientamento, ci si troverebbe in presenza *"di una inutilizzabilità che, ai fini dell'acquisizione nel giudizio di prevenzione, non rileva, in quanto riguarda una regola interna al processo penale, che non è in grado di proiettare i suoi effetti nell'ambito delle regole probatorie del regime della prevenzione. Con termine atecnico, si è puntualizzato, potrebbe parlarsi di una inutilizzabilità specifica del processo penale, nel senso che si tratta di un vizio relativo che non intacca in maniera sostanziale la validità della prova che è stata disposta e che per questa ragione può essere acquisita nel giudizio di prevenzione per essere valutata sulla base del diverso regime probatorio"* (in tal senso, Sez. 6, sentenza n. 1161 del 25 ottobre 2007, Cicino, Rv. 238837 - 01; Sez. 6, sentenza 30 settembre 2005, n. 39953, Nicastro, Rv. 236596 - 01).

Secondo un diverso orientamento, le intercettazioni dichiarate inutilizzabili, anche nella ipotesi in cui la inutilizzabilità sia stata pronunciata per difetto di adeguata motivazione sull'indisponibilità degli impianti interni, non possono essere utilizzate neanche nel procedimento di prevenzione, trattandosi di prove illegali, assunte in violazione dei diritti dei cittadini garantiti dai principi costituzionali: *"Le intercettazioni che non rispettano le regole poste a garanzia della libertà e segretezza delle comunicazioni, secondo le previsioni dettate dall'art. 15 Cost., vanno infatti ritenute illegali 'al di là della sanzione che il legislatore denomina inutilizzabilità', e pertanto i relativi risultati non sono suscettibili di apprezzamento, anche al di fuori del processo penale."* (Sez. 1, sentenza 15/06/2007, n. 29688, Muscolino, Rv. 236670 - 01).

Si è, altresì, osservato che la distinzione tra inutilizzabilità patologica, limitata alle ipotesi di intercettazione effettuata in violazione dell'art. 15 Cost., perché priva della autorizzazione legale, ed inutilizzabilità non patologica, che caratterizzerebbe la ipotesi di assenza di motivazione del decreto del pubblico ministero circa la utilizzazione di impianti esterni, in quanto concernente un aspetto meramente esecutivo delle operazioni, risulterebbe una distinzione "gratuita", poiché *"il sacrificio della sfera privata altrui è consentito dall'art. 15 Cost., soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge. Ne consegue, si è aggiunto, che le disposizioni del codice procedurale apprestano la garanzia di legge richiesta dalla Costituzione. Ed il divieto di utilizzabilità dei risultati di intercettazione per questa ragione ha la stessa insuperabile ratio anche nel procedimento di prevenzione"* (Sez. 5, sentenza n. 8538 del 05/02/2009, Calabrese ed altri, Rv. 243418 - 01).

Nel dirimere il contrasto, le Sezioni Unite hanno accuratamente analizzato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, partendo dall'esame della *"fondamentale sentenza n. 34 del 1973, con la quale il giudice delle leggi tracciò i confini costituzionalmente compatibili delle intercettazioni delle comunicazioni - all'epoca telefoniche - nel quadro del necessario bilanciamento tra le esigenze di prevenzione e repressione dei reati, da un lato, e del fondamentale diritto alla sfera della riservatezza presidiato, come valore fondamentale della persona, dall'art. 15 della Carta costituzionale. La Corte, infatti, ebbe a sottolineare come nel sistema processuale all'epoca vigente, per come novellato ad opera della legge 18 giugno 1955, n. 517, intesa proprio ad armonizzare il potere di intercettazione della polizia giudiziaria al dettato costituzionale, 'la compressione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche, che l'intercettazione innegabilmente comporta, non resta(va) affidata all'organo di polizia, ma si attua(va) sotto il diretto controllo del giudice', al quale competeva di adottare il relativo provvedimento autorizzatorio, debitamente motivato, quanto a presupposti e durata delle operazioni. Ma il rispetto del parametro di costituzionalità - sottolineò la Corte - non trova soddisfazione solo nell'obbligo della puntuale motivazione del decreto dell'autorità giudiziaria. Altre garanzie sono richieste: a) garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche, 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; b) garanzie di ordine giuridico che attengono al controllo sulla legittimità del decreto di autorizzazione ed ai limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni sia utilizzabile nel processo'. Formulandosi, al tempo stesso, 'l'auspicio che si realizzino opportuni interventi legislativi idonei ad attuare anche sul piano tecnico le condizioni necessarie all'effettivo controllo di cui innanzi si è detto'. La Corte, però - ed il punto assume non poco significato ai fini che qui interessano - non mancò di porre in risalto quelle che dovevano essere le conseguenze, per così dire 'sanzionatorie', che dovevano scaturire dal sistema processuale, ove fossero state eluse le garanzie che dovevano assistere le attività di intercettazione, enunciando, a tal proposito, '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'. Ebbene, evocando a comparazione la disciplina, all'epoca di 'recente formulazione', enunciata nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 304 cod.*

proc. pen. 1930, ove si escludeva la 'utilizzabilità' delle dichiarazioni rese dall'imputato prima della nomina del difensore di fiducia, la Corte sottolineò come l'identico epilogo potesse configurarsi quale specifica garanzia, che l'indicato principio legittimava e che il sistema non precludeva. Un assunto, questo, ribadito anche nella successiva sentenza n. 120 del 1975, ove si sottolineò come le intercettazioni illegittime 'sono assolutamente inidonee a produrre alcun effetto, anche se raccolte prima della entrata in vigore della legge 8 aprile 1974, n. 98, adottata proprio per adeguare la disciplina codicistica dell'epoca ai principi enunciati dalla Corte nella richiamata sentenza n. 34 del 1973."

Tanto premesso, le Sezioni Unite hanno osservato quanto segue: "Già da tutto ciò possono trarsi alcuni significativi corollari. Nella prospettiva additata dalla Corte, nella più volte citata sentenza n. 34 del 1973 e poi ribadita in altre numerose pronunce (v. le ordinanze n. 304 del 2000, n. 259 del 2001, 209 del 2004 e n. 443 del 2004), la previsione normativa che privilegia, ai fini della effettuazione delle operazioni di intercettazione, la utilizzazione degli impianti esistenti presso la procura della Repubblica, non rappresenta un elemento estraneo alla sfera delle garanzie di 'legalità' che l'ordinamento deve approntare secondo il dettato costituzionale. Se, infatti, l'art. 15 della Carta fondamentale prevede che la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione rappresentano un diritto inviolabile della persona, sancendo che qualsiasi limitazione possa avvenire soltanto per atto motivato della autorità giudiziaria e 'con le garanzie stabilite dalla legge', ciò significa che, ove il legislatore abbia individuato un determinato perimetro entro il quale quelle garanzie devono trovare soddisfacimento, non potranno essere arbitrariamente resecate, nel quadro della prospettiva costituzionale, previsioni normative che, proprio perché specificamente destinate a concretare il parametro di costituzionalità, coinvolgono non soltanto il provvedimento autorizzatorio, ma anche le modalità esecutive delle operazioni di un mezzo destinato a 'limitare' un diritto fondamentale. L'avere il legislatore, tanto nel vecchio codice che nel nuovo, 'privilegiato, per l'effettuazione delle operazioni di intercettazione, l'impiego degli apparati esistenti negli uffici giudiziari - dettando una disciplina volta a circoscrivere, con apposite garanzie, l'uso di impianti esterni - non può qualificarsi, in sé, come scelta arbitraria, avuto riguardo anche alla particolare invasività del mezzo nella sfera della segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiate: e ciò proprio perché si tratta di scelta finalizzata ad evitare che gli organi deputati alla esecuzione delle operazioni di intercettazione ed al relativo ascolto possano operare controlli sul traffico telefonico, al di fuori di una specifica e puntuale verifica da parte della autorità giudiziaria' (v., da ultimo, la citata ordinanza della Corte costituzionale n. 443 del 2004). Se è, dunque, la legge a dover prevedere le 'garanzie' cui è subordinata la legittimità delle intercettazioni; e se, ancora, le scelte a tal fine operate si collocano nel quadro del ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa, saldandosi, anzi, ad una esigenza (controllo della esecuzione delle operazioni da parte della autorità giudiziaria) sottolineata dalla stessa Corte costituzionale, ne deriva che una interpretazione 'riduttiva' del complesso di tali garanzie - quale è quello che la Sezione rimettente implicitamente propugna, svalutando il momento esecutivo rispetto a quello autorizzatorio - si porrebbe in termini sostanzialmente 'abrogativi' rispetto a scelte chiare nella loro ormai lontana genesi (di conformazione costituzionale del sistema) e nella stessa perdurante attualità."

Alla luce degli snodi motivazionali citati, appare di tutta evidenza come – a prescindere dall'individuazione delle situazioni in cui siano ravvisabili casi di inutilizzabilità relativa - **la violazione della disposizione di cui all'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., non possa che ascriversi alla categoria dell'inutilizzabilità patologica, come, peraltro, si evince testualmente dalla disposizione di cui all'art. 271 cod. proc. pen., il cui tenore non consente affatto di individuare una species di inutilizzabilità di minore spessore in riferimento agli interessi fondamentali coinvolti.**

Peraltro, la stessa Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale, in riferimento alla previsione dell'art. 191, comma 1, ove si è introdotto il principio generale secondo cui le "prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate", ha sottolineato come nella dottrina processualistica fosse da tempo particolarmente avvertita "una profonda insoddisfazione circa il modo di operare della nullità in rapporto a divieti probatori che il regime delle sanatorie costringe a ritenere come non scritti, quando è acquisita una prova contra legem [...] ed il vizio non venga tempestivamente eccepito". Da qui la scelta di delineare "un regime normativo che esclude in via generale l'utilizzabilità delle prove acquisite in violazione di uno specifico divieto probatorio. Anche quando le norme di parte speciale non prevedono espressamente alcuna sanzione, l'inutilizzabilità può desumersi dall'art. 191 comma 1 là dove siano configurabili veri e propri divieti probatori".

Pertanto, nel dirimere il contrasto circa l'estensione delle inutilizzabilità anche al procedimento in tema di misure di prevenzione, le Sezioni Unite hanno affermato come la logica che presiede alla garanzia dell'inutilizzabilità non possa essere considerata interna al solo processo penale, ricordando che "la giurisprudenza di questa Corte ha in più occasioni teso a distinguere tra una inutilizzabilità 'patologica', quale è quella che deriva dalla violazione di divieti probatori, ed una inutilizzabilità definita 'fisiologica', in quanto correlata alle caratteristiche del processo ed alla distinzione tra atti delle indagini e prove dibattimentali (v. tra le tante, specie in tema di giudizio abbreviato, Sez. II, 7 novembre 2007, n. 46023; Sez. V, 9 maggio 2006, n. 19388; Sez. V, 23 marzo 2005, n. 34686). È evidente che per quest'ultima non si pongono problemi di sorta circa la possibilità di 'utilizzare', come elementi di valutazione e di giudizio, anche gli atti delle indagini ai fini del processo di prevenzione, posto che i 'limiti' sono soltanto interni ed esclusivi al procedimento penale. Ma, a ben guardare, anche in ipotesi riconducibili alla cosiddetta inutilizzabilità patologica possono residuare spazi non 'coperti' da questa peculiare sanzione processuale. Così, ad esempio, il mancato avvertimento di cui all'art. 64, comma 3, lettera c), cod. proc. pen., rende inutilizzabili le dichiarazioni eventualmente rese erga alios, ma non quelle contra se, consentendo di reputare dunque più pertinente, semmai, una distinzione tra inutilizzabilità 'assoluta' rispetto ad altra, per così dire, 'relativa'. Ciò che però rileva è che la prova vietata - e tale deve ritenersi la intercettazione inutilizzabile a norma dell'art. 271 cod. proc. pen. - è

'inutilizzabile' tout court, senza aggettivi, limiti o deroghe di sorta, che ne consentano un qualsivoglia 'recupero', sia pure in ambiti ed a fini diversi da quelli del processo penale."

Ne discende che la carenza di motivazione del provvedimento che autorizza l'uso di impianti esterni a quelli in dotazione alla Procura della Repubblica non possa essere considerato afferente ad un profilo meramente esecutivo delle operazioni di intercettazione, involgendo, al contrario, direttamente la sfera protetta dall'art. 15 Costituzione.

In conclusione, secondo quanto si legge nella motivazione offerta dalle Sezioni Unite con la sentenza Cagnazzo, citata, *"Avendo quindi il legislatore stabilito, accanto alla inutilizzabilità dei risultati, la distruzione delle intercettazioni nei casi previsti dal richiamato art. 271 cod. proc. pen., se ne deve dedurre - secondo la più plastica delle evidenze - che nelle ipotesi normativamente indicate, la volontà perseguita dalla legge è stata quella di escludere, non soltanto sul piano giuridico, ma financo su quello della 'materialità' degli atti, qualsiasi possibilità di legittima fruizione di quelle acquisizioni: dunque, non soltanto ai fini del processo, nel cui ambito le intercettazioni sono state effettuate, ma in qualsiasi altro procedimento, penale, civile, amministrativo o disciplinare che sia, posto che un diverso regime non potrebbe logicamente sostenersi, se non facendo leva sulla del tutto casuale 'non distruzione' di quegli atti e supporti. Tutto ciò non esclude, peraltro, la sussistenza di un diffuso 'disagio' per il particolare rigore con il quale il legislatore ha accomunato, fra loro, sotto la medesima sanzione della inutilizzabilità, ipotesi obiettivamente diverse per 'gravità', quali, da un lato, la illegittimità del provvedimento autorizzatorio delle intercettazioni o, addirittura, la sua inesistenza, e, dall'altro, il 'semplice' difetto di motivazione del provvedimento del pubblico ministero che autorizza l'espletamento delle intercettazioni extra moenia. Un 'disagio', quello di cui si è fatto cenno, attestato dai vari contrasti di giurisprudenza che hanno più volte richiesto l'intervento di queste Sezioni Unite, e da una nutrita serie di questioni di legittimità costituzionale, tutte disattese dalla Corte costituzionale. In particolare, si è in varie circostanze sottolineato la 'inattualità' delle ragioni - a suo tempo evidenziate nella più volte richiamata sentenza n. 34 del 1973 della Corte costituzionale - che avevano suggerito di circondare di garanzie anche la fase esecutiva, per impedire possibili abusi da parte della polizia giudiziaria. Ciò, sia in funzione dei ritrovati della tecnica (v., ad es., in tema di legittimità dell'ascolto 'remotizzato', Sez. un., 26 giugno 2008, n. 36359, Carli), sia in considerazione del diverso spettro di garanzie che sono invece previste, ad esempio, proprio in tema di intercettazioni eseguite a fini di prevenzione, dall'art. 16 della legge n. 646 del 1982. Si tratta di rilievi non privi di suggestione, ma ai quali non può che replicarsi negli stessi termini con i quali la Corte costituzionale ha respinto le censure di legittimità delle linee di sistema che vengono qui in discorso. A proposito, infatti, del carattere in assunto 'anacronistico' della disciplina dettata dall'art. 268, comma 3, cod. proc. pen., la Corte ha replicato come non fosse proprio compito - così come non lo è di nessun giudice - quello di 'inseguire' il progresso tecnologico, valutando se esso renda necessario od opportuno un adeguamento, o addirittura il superamento delle originarie regole di cautela: trattandosi, al contrario, di valutazione istituzionalmente rimessa al legislatore". Allo stesso modo, ha soggiunto la Corte, rientra in un ragionevole ambito di discrezionalità legislativa - tenuto conto della pregnanza dei valori in gioco - stabilire se la violazione delle regole in questione debba essere o meno equiparata, sul piano della sanzione processuale, alla carenza dell'autorizzazione e all'esecuzione delle intercettazioni al di fuori dei casi consentiti dalla legge"*.

In realtà, se si analizza la giurisprudenza di legittimità anche delle Sezioni semplici, non può che convenirsi sulla costante qualificazione come inutilizzabilità patologica delle ipotesi in cui il decreto ex art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., sia del tutto privo di motivazione - come nel caso in esame - ovvero presenti vizi radicali tali da inficiarne la legittimità.

In tal senso, ad esempio, si è ritenuto che la situazione di obiettiva incertezza sul luogo di effettivo svolgimento delle operazioni di registrazione, nonché sugli impianti concretamente utilizzati, integra gli estremi della inutilizzabilità patologica, come tale deducibile dall'imputato anche nel giudizio abbreviato. (Sez. 3, sentenza n. 40209 del 13/05/2014, Militello ed altri, Rv. 260424 - 01, in un caso in cui la inutilizzabilità discendeva dalla mancanza dei verbali di inizio delle operazioni e dal contrasto tra i verbali di chiusura delle medesime operazioni, nei quali si dava atto della avvenuta registrazione delle conversazioni presso la caserma dei Carabinieri, e la certificazione del funzionario responsabile nella quale si attestava che le attività di captazione erano state eseguite presso la Procura della Repubblica).

Peraltro, la radicale mancanza di motivazione del decreto ex art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., era stata anche precedentemente, nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, qualificata come inutilizzabilità patologica, come tale rilevabile anche nel giudizio abbreviato (ad esempio, Sez. 6, sentenza n. 14099 del 30/01/2007, Caruso ed altri, Rv. 236211 - 01, in un caso in cui il decreto risultava privo della motivazione sia sull'inidoneità degli impianti che sulle ragioni di assoluta urgenza).

Né con detta impostazione contrasta la giurisprudenza delineatasi in tema di inutilizzabilità "fisiologica" in cui, da un'attenta analisi dei casi presi in esame, appare chiaro come alla detta categoria siano ascrivibili motivazioni insufficienti, ma mai radicalmente inesistenti o assolutamente illogiche.

Ad esempio, è stato affermato che **non costituisce inutilizzabilità "patologica"** quella riguardante il decreto del pubblico ministero con il quale si dispone l'intercettazione telefonica mediante impianti in dotazione alla polizia giudiziaria e derivante dalla mancata attestazione allegata al decreto o dalla certificazione attestante l'inidoneità o insufficienza degli impianti le cui ragioni sono richiamate *per relationem* (Sez. 3, sentenza n. 882 del 09/06/2017, dep. 12/01/2018, Bellissimo ed altro, Rv. 272258, la quale, peraltro, in motivazione, richiama l'assunto secondo cui il decreto del pubblico ministero che dispone l'utilizzazione di impianti diversi da quelli in dotazione all'ufficio di Procura non assolve pienamente all'obbligo di motivazione col semplice riferimento alla 'insufficienza o inidoneità' degli impianti stessi - che ripete il conclusivo giudizio racchiuso nella formula di legge -, ma richiede la specificazione delle ragioni di tale carenza che in concreto depongono per

la ritenuta 'insufficienza o inidoneità, secondo quanto affermato dalle Sez. U, sentenza n. 30347 del 12/07/2007, Aguneche, Rv. 236754).

Al riguardo, quindi, può ricordarsi come la direttrice ermeneutica delineatasi si è orientata nel senso che nella categoria della inutilizzabilità patologica debbano essere compresi solo quegli atti probatori il cui impiego è vietato in modo assoluto, per essere la relativa assunzione avvenuta in contrasto radicale con la normativa che li disciplina, ponendo i termini della distinzione tra le due categorie di inutilizzabilità in relazione all'entità e al grado della violazione, nonché all'incidenza che questa ha avuto sul diritto di difesa dell'indagato o dell'imputato (Sez. 3, sentenza n. 6757 del 24/01/2006, Gatti, Rv. 233106 - 01).

Coerentemente con detto orientamento, quindi, si è affermato che *"In tema di intercettazioni ambientali di colloqui in carcere, il decreto del pubblico ministero che autorizza l'uso di apparecchiature esterne rispetto a quelle in dotazione alla Procura della Repubblica è sufficientemente motivato mediante il richiamo alla necessità di programmare, assicurare ed effettuare prontamente servizi di osservazione, pedinamento e controllo dei soggetti intercettati, nonché di ogni altra opportuna attività, con conseguente imprescindibilità di un raccordo immediato tra gli addetti all'ascolto e le rispettive centrali operative ed unità investigative territoriali"* (Sez. 1, sentenza n. 39769 del 16/05/2018, P.G. in proc. Serrago ed altro, Rv. 273850 - 01, in cui si è osservato che detta motivazione è assorbente rispetto a quella relativa ai profili tecnici di inidoneità funzionale degli impianti della Procura, la cui mancanza non è causa di nullità o inutilizzabilità delle intercettazioni).

(...)

Quindi, per la rilevanza costituzionale degli interessi protetti e *"la formidabile capacità intrusiva del mezzo di ricerca della prova nella sfera della segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata"*, su cui diffusamente si sono soffermate molte decisioni del Giudice delle leggi, non possono ammettersi scorciatoie interpretative della disciplina dettata, in tema di intercettazioni, dagli artt. 266 - 271 cod. proc. pen.; quest'ultima, pertanto, va interpretata in coerenza con i divieti costituzionali".

5. Il controllo e la sindacabilità dei provvedimenti autorizzativi delle captazioni in sede di legittimità

Quanto al controllo e alla sindacabilità dei provvedimenti autorizzativi delle captazioni in sede di legittimità, occorre evidenziare come secondo un ormai risalente indirizzo interpretativo non si considerava deducibile per la prima volta con il ricorso per cassazione avverso il provvedimento del tribunale del riesame, confermativo dell'ordinanza cautelare basata sui risultati di intercettazioni, l'inutilizzabilità di tali intercettazioni per difetto di motivazione del decreto di autorizzazione in precedenza non denunciato (cfr. Cass. Sez. V, 16 febbraio 2000 n. 795, Mazzara; Cass. Sez. V, 1 ottobre 2008 n.- 39042, Samà; Cass. Sez. III, 27 febbraio 2015 n. 32699, Diano).

Il detto orientamento è contrastato da altro indirizzo ermeneutico, più rigoroso (che costituisce un corollario del più ampio indirizzo sopra illustrato sulla estensione della categoria della inutilizzabilità patologica e sul rilievo di questa in sede di rito abbreviato) e da considerare preferibile, in forza del quale il vizio è deducibile per la prima volta con il ricorso in cassazione, in quanto l'inosservanza dell'obbligo di motivazione dei decreti autorizzativi integra una inutilizzabilità del risultato delle intercettazioni di carattere assoluto, non sanabile, neppure in caso di accesso al rito abbreviato, perché derivante dalla violazione dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione (cfr. Cass. Sez. VI, 17 luglio 2020 n. 22808; Cass. Sez. IV, 9 ottobre 2018 n. 47803, Cass. Sez. I, 21 settembre 2016 n. 31046, dep. 2017, Pio; Cass. Sez. III, 26/11/2014, dep. 2015, n. 15828, Solano Abreu e altri).

Pietro A. Currò