

Itinerari della giurisprudenza. Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni.

di Leonardo Suraci

Introduzione generale.

Il tema delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni è tra i più delicati e complessi della procedura penale, trattandosi di un mezzo di ricerca della prova in relazione al quale la disciplina processuale – ed i limiti di essa – si misura con gli effetti del progresso tecnologico, inarrestabilmente prolifico sul terreno degli strumenti e delle metodologie di captazione ma, prima ancora, sul versante delle forme comunicative.

E' noto che il nuovo codice di procedura penale, allo stesso modo di quello abrogato, non abbia fornito una definizione della figura giuridica costituita dall'intercettazione, determinandosi una lacuna che, oltre a tradire la difficoltà incontrata dal legislatore nell'affrontare il tema, è in parte dovuta all'implicito rinvio alla nozione progressivamente elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. È stato rimesso all'interprete, in altre parole, il compito di individuare gli elementi costitutivi dell'atto al fine di determinare l'ambito di applicazione di una disciplina che, come ha osservato la Corte costituzionale, mira a contemperare il potenziale contrasto fra i due valori costituzionali espressi dal diritto dei singoli individui alla libertà e segretezza delle loro comunicazioni e dall'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono (C. Cost., 17 luglio 1998, n. 281, *Giur. cost.*, 1998, 2167). Il tentativo di definizione, è stato tra l'altro osservato, non costituisce un mero esercizio teorico, ma rappresenta l'espressione di un ineludibile bisogno per chi, chiamato ad applicare la relativa disciplina, si trova a fronteggiare la necessità di distinguere attività investigative differenti eppure tra loro molto simili, ad alcune delle quali solamente è riferibile la normativa codicistica in materia di mezzi di ricerca della prova. Sono stati, così, fissati alcuni caratteri che connotano la struttura minima dello strumento investigativo in questione, alla luce del significato semantico dell'espressione intercettazione – a sua volta rapportato all'evoluzione tecnologica degli strumenti di captazione – e del sottosistema normativo che ne regola i profili procedurali ed operativi. Secondo una definizione consolidata anche in giurisprudenza, le intercettazioni regolate dagli artt. 266 ss. c.p.p. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione – o, sarebbe meglio dire, di un qualsiasi comportamento comunicativo (sulla nozione e sulla diversità di trattamento rispetto alla captazione di comportamenti non comunicativi in ambito domiciliare si sono soffermate, come è noto, Cass. pen., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, *Guida al dir.*, 2006, 33, 51) – o conversazione intercorrente tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato (Cass. pen., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio e altro, *CP 2004, 2094*. Successivamente si è espressa negli stessi termini Cass. pen., Sez. VI, 29 marzo 2005, Rosi, *CED 23104*). Quanto, invece, ai concetti di "comunicazioni" e "conversazioni", essi hanno un'estensione concentrica in quanto la comunicazione riguarda qualsiasi scambio di informazioni o notizie, mentre le conversazioni rappresentano una specifica forma di

comunicazione perché relativa allo scambio di dati informativi che si attua mediante l'uso della voce. Alla luce di siffatte precisazioni concettuali, pertanto, in materia di utilizzazione di messaggistica con il metodo *black-berry*, la Corte di cassazione ha alcuni mesi addietro ritenuto corretto e doveroso acquisirne i contenuti mediante intercettazione ex art. 266-*bis* c.p.p., atteso che le *chat*, anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni e l'intercettazione avviene con il sistema tradizionale, ossia monitorando il codice *pin* del telefono (ovvero il codice *imei*), che risulta associato in maniera univoca ad un *nickname*. Pertanto, deve essere escluso che, per acquisire siffatta messaggistica, debba procedersi mediante lo strumento del sequestro probatorio ex art. 254-*bis* c.p.p. (Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 25833, *Guida al dir.*, 2016, 33, 64).

Detto questo, i profili della disciplina normativa interessati dalle prese di posizione della Corte di cassazione sono diversi, avendo le puntualizzazioni giurisprudenziali riguardato il terreno dei presupposti, dei limiti, dei modelli operativi e del regime di utilizzabilità. L'esame degli ultimi approdi giurisprudenziali non può, per ragioni di sistematicità ed entro i limiti che il presente contributo impone, non ricordarsi al richiamo di qualche precedente di legittimità di poco risalente.

Presupposti e forme del provvedimento di autorizzazione: Fonti confidenziali, intercettazioni nei casi di urgenza e decreto di proroga tardivo.

Le problematiche relative all'efficacia indiziaria delle informazioni confidenziali scaturiscono dal richiamo, contenuto nell'art. 267 c.p.p., all'art. 203 c.p.p. in sede di valutazione dei gravi indizi di reato. Come è noto, nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica, precisa l'art. 267, comma 1-*bis* c.p.p. – aggiunto dall'art. 10 l. 1 marzo 2001 n. 63 – l'art. 203 c.p.p., concernente il regime di utilizzabilità delle informazioni rese dagli informatori di polizia. Pertanto, non possono essere acquisite e sono comunque inutilizzabili, ai fini dell'autorizzazione all'intercettazione, le notizie confidenziali riferite da ufficiali, agenti di p.g. e personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica se gli informatori non sono stati interrogati, né assunti a sommarie informazioni. La Corte Suprema, ribadendo ancora una volta un orientamento che può ritenersi consolidato, ha stabilito che le informazioni confidenziali acquisite dagli organi di polizia giudiziaria determinano l'inutilizzabilità delle intercettazioni, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 267, comma 1-*bis* e 203, comma 1-*bis* c.p.p. soltanto quando esse abbiano costituito l'unico elemento oggetto di valutazione ai fini degli indizi di reità. Il divieto di utilizzazione della fonte confidenziale, invece, non è esteso ai dati utili per individuare i soggetti da intercettare, sempre che risulti l'elemento obiettivo dell'esistenza del reato e sia indicato il collegamento tra l'indagine in corso e la persona da sottoporre a captazione (Cass. pen., Sez. II, 23 ottobre 2015, n. 42763, *DPP*, 2016, 1348).

Passando all'altro profilo trattato dalla Suprema Corte di recente, è noto che in tema di provvedimenti autorizzativi ed in deroga alla regola generale secondo cui le operazioni di intercettazione devono essere autorizzate dal g.i.p., l'art. 267, comma 2 c.p.p. stabilisce che, nei "casi di urgenza", quando vi è "fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini", il pubblico ministero può disporre l'intercettazione con decreto motivato. La necessità di una tempestiva verifica in ordine alla legittimità dell'operato dell'inquirente impone a quest'ultimo,

tuttavia, di comunicare il proprio decreto, immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore, al g.i.p., il quale, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. La Suprema Corte ha da diverso tempo chiarito – in relazione, tra l'altro, ad una fattispecie in cui sono state ritenuti utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte dal pubblico ministero che, per inerzia, non aveva provveduto a richiedere tempestivamente la proroga di quelle autorizzate dal g.i.p. – che il presupposto dell'urgenza legittima l'intercettazione d'iniziativa del pubblico ministero a prescindere dalla ragione che l'abbia determinata (Cass. pen., Sez. I, 25 gennaio 2001, Sansone, *CED 217805*). In linea con un orientamento già manifestatosi in passato, la Corte di cassazione ha da ultimo precisato che ai fini dell'esercizio, da parte del pubblico ministero, della facoltà di disporre, nel concorso di grave pregiudizio per le indagini, intercettazioni in via d'urgenza l'arco cronologico in riferimento al quale va apprezzata l'eventualità di tale pregiudizio si identifica con lo stesso lasso di tempo – quarantotto ore – riservato al giudice per la convalida del decreto dell'organo inquirente, senza che eventuali ritardi nell'attivazione delle intercettazioni possano influire sulla validità e utilizzabilità dei risultati delle operazioni, inficiando ex post il requisito dell'urgenza, ritenuto al momento dell'autorizzazione (Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 2015, n. 49843, *CP, 2016, 2157*). Sotto un diverso profilo, la Corte di cassazione ha altresì ribadito l'orientamento, oramai consolidato, secondo il quale in tema di intercettazioni telefoniche o ambientali, il decreto formalmente qualificato "di proroga", intervenuto dopo la scadenza del termine originario o già prorogato, può avere natura di autonomo provvedimento di autorizzazione all'effettuazione delle operazioni captative allorché sia dotato di un autonomo apparato argomentativo il quale dia conto della ritenuta sussistenza delle condizioni legittimanti l'intromissione nella altrui sfera di riservatezza (Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 4572, *CP, 2016, 2941*). Soltanto una pronuncia rimasta isolata ha enunciato il principio secondo cui i decreti di proroga intervenuti tardivamente non possono essere considerati come decreti di autorizzazione originari anche se risultano motivati con autonomi apparati argomentativi, con la conseguenza che le operazioni di intercettazione eseguite sono inutilizzabili (Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2005, Colantonio, *CED 233200*).

Intercettazioni e utenze mobili estere.

La Corte di cassazione si è occupata della questione specificando che non è necessario esperire una rogatoria internazionale allorquando l'attività di captazione e di registrazione del flusso comunicativo avvenga in Italia e ciò sia nel caso di utenza mobile italiana in uso all'estero sia nel caso di utenza mobile straniera in uso in Italia, richiedendosi il ricorso alla rogatoria solo nell'ipotesi i cui l'attività captativa sia diretta a percepire contenuti di comunicazioni o conversazioni transitati unicamente su territorio straniero (Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 25833, *Guida al dir., 2016, 33, 64*). Poco prima, in relazione all'attività acquisitiva di messaggistica con il metodo *black-berry*, la Corte aveva stabilito il principio secondo cui il convogliamento delle comunicazioni – telefoniche o messaggistiche – in un nodo situato in Italia rende l'acquisizione pienamente legittima, senza la necessità di dover procedere mediante rogatoria internazionale (Cass. pen., Sez. III, 23 dicembre 2015, n. 50452, *Guida al dir., 2016, 8, 99*). In ogni caso, già da tempo la Corte aveva sostenuto, in

termini generali, che sono pienamente utilizzabili le intercettazioni, autorizzate dall'autorità giudiziaria nazionale, anche nei casi in cui le stesse abbiano avuto ad oggetto conversazioni con utenti che si trovino all'estero, allorché siano state effettuate avvalendosi della tecnica del c.d. "istradamento", la quale consente la captazione delle telefonate che transitano dalle centrali collocate nel territorio italiano (ponti telefonici). In questo caso, infatti, l'attività di intercettazione viene eseguita esclusivamente se la telefonata, pur avendo ad oggetto un'utenza straniera, o essendo compiuta all'estero, si avvale di una delle centrali collocate in Italia per collegarsi con altra utenza, ovvero nel caso inverso che altra utenza si colleghi a quella estera usufruendo dei ponti telefonici siti in Italia. La conseguenza è che trattasi di metodica la quale, rispettando la sovranità di ogni singolo Stato – tutta l'attività di intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate viene compiuta nel territorio italiano – non necessita del ricorso alla procedura della rogatoria di cui all'art. 727 c.p.p.

La fase esecutiva: il procedimento cautelare.

Come è noto, l'art. 268 c.p.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa 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, in quanto l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario dalla difesa dell'indagato per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse e per esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali (C. Cost., 10 ottobre 2008, n. 336, *GP 2009, I, 44*).

L'applicazione concreta del principio introdotto dalla Corte costituzionale è stata, ovviamente, rimessa alla giurisprudenza, la quale, fin da subito, ha chiarito che la richiesta volta ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, non deve essere presentata al tribunale del riesame, ma al pubblico ministero, sulla base del rilievo che la Corte costituzionale, con la sentenza sopra richiamata, non è intervenuta sulla disciplina della procedura incidentale del riesame dettando una regola che possa invalidare l'epilogo della richiesta cautelare e ritardare i tempi di definizione della procedura stessa, essendo comunque la difesa, una volta ottenuta la copia del supporto magnetico, abilitata, in relazione *al novum*, a proporre ogni ulteriore rimedio incidentale previsto dal codice di rito (Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2009, Gullo, *CED 244392*. Di poco successiva è l'analoga presa di posizione contenuta in Cass. pen., Sez. III, 30 settembre 2009, Kasa, *CP, 2010, 3546*). Sul tema delle conseguenze derivanti dalla materiale indisponibilità delle registrazioni da parte del difensore era sorto un contrasto giurisprudenziale che le Sezioni unite hanno risolto chiarendo che l'ingiustificato ritardo da parte del p.m. di consegnare al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni poste a base della misura cautelare non inficia l'attività di ricerca della prova ed il risultato probatorio, in sé considerati, ma determina – a causa dell'illegittima compressione del diritto di difesa – una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178 lett. c c.p.p., pertanto soggetta alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt.

180, 182 e 183 c.p.p.. Di conseguenza, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame – ed il tribunale non abbia potuto acquisire d'ufficio il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, comma 9 c.p.p. – il giudice non può utilizzare le suddette registrazioni come prova. La Corte ha altresì precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni indicate, non preclude al pubblico ministero la possibilità di reiterare la richiesta ed al g.i.p. di accogliere la nuova richiesta, se corredata dal relativo supporto fonico (Cass. pen., Sez. un., 22 aprile 2010, Della Sala, *GD 2010*, 28, 61). Poco più tardi la Corte ha, sempre nell'ambito dell'orientamento in questione, specificato che la nullità di ordine generale a regime intermedio conseguente alla mancata disponibilità, in capo alla difesa, dei supporti che siano stati oggetto di tempestiva richiesta sussiste anche laddove detta indisponibilità sia conseguita ad inerzia o ritardo, non già del pubblico ministero, bensì degli uffici deputati a dare esecuzione al provvedimento (Cass. pen., Sez. V, 12 maggio 2011, Lin, *CED 250006*. Nello stesso senso v., successivamente, Cass. pen., Sez. V, 24 febbraio 2012, n. 8921, *CP, 2013*, 252). La Suprema corte ha applicato i principi appena esaminati anche alla materia delle video riprese, chiarendo che, sempre in tema di misure cautelari, sussiste il diritto del difensore di chiedere ed ottenere dal pubblico ministero copia dei supporti magnetici o informatici delle registrazioni di video riprese utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, poiché la prova dei fatti dalle stesse rappresentati non deriva dal riassunto effettuato negli atti di polizia giudiziaria, ma dal contenuto stesso delle registrazioni documentate nei relativi supporti, irrilevante dovendosi ritenere la circostanza che la relativa disciplina non sia rinvenibile negli artt. 266 ss. c.p.p. (Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45984, *CP 2012*, 4192). Da ultimo, con una puntualizzazione della quale non costano precedenti e che si caratterizza per l'introduzione di un principio generale di leale collaborazione dell'imputato, la Corte di cassazione ha stabilito che, nel procedimento d'appello ex art. 310 c.p.p., la nullità o l'inutilizzabilità delle risultanze delle video riprese di cui il difensore non abbia ottenuto il rilascio di copia in tempo utile per la discussione del giudizio presuppone che l'istanza sia stata non soltanto ritualmente e tempestivamente presentata al pubblico ministero, ma anche corredata dal materiale tecnico necessario su cui riversare le registrazioni (Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53425, *CP, 2015*, 4560). Nell'occasione la Corte ha escluso l'applicazione di sanzioni processuali per il mancato rilascio in tempo utile di copie di registrazioni audio e video conseguente al ritardo imputabile a colpevole inerzia dell'imputato il quale, sebbene tempestivamente informato, non aveva prodotto il necessario *hard disk* esterno. Deve comunque essere richiamato, per l'importanza degli effetti che possono conseguirne, l'arresto secondo cui non grava sul pubblico ministero alcun obbligo di comunicazione al difensore dell'indagato del provvedimento con cui ha deciso sull'istanza di accesso alle registrazioni delle intercettazioni telefoniche utilizzate per l'adozione di una misura cautelare, essendo onere dello stesso difensore informarsi dell'eventuale accoglimento ovvero del rigetto della suddetta istanza o anche solo della sua mancata considerazione (Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 38673, *CP, 2012*, 3824).

La fase esecutiva: le indicazioni contenute nei verbali delle operazioni.

L'art. 268, commi 1 e 2 c.p.p., prescrive la registrazione delle comunicazioni

intercettate e la verbalizzazione delle operazioni compiute. Nel verbale deve inoltre essere trascritto "anche sommariamente" il loro contenuto. Si tratta perciò di un duplice obbligo imposto all'organo procedente di talché, pure in assenza di prescrizioni nel decreto di delega alla p.g., sia la registrazione sia la verbalizzazione devono sempre avere luogo. Trattando di modalità operative, la regola deve essere integrata dalla disciplina di dettaglio contenuta nell'art. 89 disp. att. c.p.p., secondo la quale il verbale delle operazioni previsto dall'art. 268, comma 1 c.p.p. deve contenere l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni.

La Corte di cassazione, tuttavia, ha generalmente valorizzato il mancato richiamo della disposizione attuativa da parte dell'art. 271, comma 1 c.p.p., così come la differenza tra i verbali di cui all'art. 268 c.p.p. ed il registro di cui all'art. 267, comma 5 c.p.p., al fine di escludere che la violazione delle relative previsioni determini l'inutilizzabilità delle risultanze dell'attività captativa.

In linea con siffatto orientamento, la Corte ha, di recente, ribadito che non determina l'inutilizzabilità degli esiti delle attività di captazione la mancata indicazione, nei verbali di inizio e fine delle operazioni, dei nominativi degli agenti di p.g. che hanno preso parte alle stesse (Cass. pen., Sez. III, 18 maggio 2015, n. 20418, *CP, 2016, 313*). In motivazione ha precisato, ponendosi invece in contrasto con un orientamento precedente, che l'omessa indicazione delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni rende inutilizzabili siffatte operazioni per l'impossibilità di desumere la capacità dell'ausiliario di svolgere ed eseguire adeguatamente l'incarico affidatogli (in senso difforme v., infatti, Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 2008, El Arbaoui, *CP, 2009, 4368*). Nello stesso periodo, la Corte ha ribadito che non determina alcuna ipotesi di inutilizzabilità la irregolare indicazione di inizio e fine delle operazioni nei verbali cui fa riferimento l'art. 267, comma 5 c.p.p. (Cass. pen., Sez. VI, 28 luglio 2015, n. 33231, *CP, 2016, 1707*).

Utilizzabilità in procedimenti diversi.

In relazione al regime di utilizzabilità delle risultanze delle intercettazioni, la Corte di cassazione si è ripetutamente soffermata sul concetto di procedimento diverso, nozione come tutti sanno rilevante ai sensi dell'art. 270, comma 1 c.p.p. Il sistema processuale penale complessivo è, come è noto, ispirato al principio della circolazione probatoria. Tuttavia, in relazione al mezzo di ricerca della prova di cui si discute, vige il principio generale del divieto di utilizzazione delle relative risultanze nell'ambito di procedimenti diversi. La Corte costituzionale ha precisato che la *ratio* di siffatto divieto di utilizzazione risiede nella considerazione che sul diverso fatto manca la garanzia del previo intervento del giudice, di talché è evidente il rischio che l'autorizzazione già concessa diventi una "inammissibile autorizzazione in bianco" ad eseguire intercettazioni (C. cost., 24 febbraio 1994, n. 63, *Giur. cost., 1994, 363*).

Orbene, ribadendo sul punto un orientamento ben consolidato, la Suprema corte ha chiarito che ai fini del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 270, comma 1 c.p.p. occorre fare riferimento ad una nozione sostanziale di "diverso procedimento", secondo

cui la diversità va collegata al dato dell'insussistenza, tra i fatti di reato, di un nesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p. ovvero di tipo investigativo e, quindi, all'esistenza di un collegamento meramente fattuale ed occasionale (Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2016, n. 2608, *CED 266423*). L'impostazione si colloca lungo la linea tracciata dalle Sezioni unite poco tempo prima, avendo le stesse stabilito che la nozione di diverso procedimento va ancorata ad un criterio di valutazione sostanzialistico, che prescinde da elementi formali, come il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, considerando decisiva, ai fini della individuazione dell'identità dei procedimenti, l'esistenza di una connessione tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, per la quale sono state disposte le intercettazioni, ed i reati per i quali si procede sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico (Cass. pen., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, *CED 259776*). Nello stesso frangente, v'è da rilevare come la Suprema Corte abbia stabilito che esula dal campo di applicabilità dell'art. 270 c.p.p. l'ipotesi in cui nell'ambito del medesimo procedimento vengano disposte intercettazioni per un reato e da esse emergano gli estremi di un altro reato. Difatti – fa notare la Corte – in tale evenienza si tratta di utilizzare le intercettazioni agli effetti di prova di un reato diverso da quello per il quale la captazione è stata autorizzata e non di utilizzare i contenuti delle conversazioni intercettate in un procedimento diverso da quello nel quale l'intercettazione è stata disposta (Cass. pen., Sez. VI, 14 ottobre 2015, n. 41317, *Guida al dir., 2016, 7, 98*). Poco prima, confermando un approccio particolarmente attento alla salvaguardia dell'utilizzabilità delle risultanze investigative, la Corte aveva specificato che i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite, e ciò indipendentemente dal successivo esercizio dell'azione penale anche in relazione al primo reato (Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2014, n. 17939, *Guida al dir., 2014, 28, 83*). L'impostazione è stata autorevolmente ribadita pochi mesi più tardi, laddove la Corte di cassazione ha enunciato il principio secondo il quale, qualora le intercettazioni siano state legittimamente autorizzate all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i relativi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento, mentre nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati dall'art. 270 c.p.p. (Cass. pen., Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 34765, *Guida al dir., 2016, 37, 75*).

Esecuzione delle operazioni e ricorso all'agente intrusore (captatore informatico).

Il mezzo investigativo di cui si discute presenta caratteristiche tecniche del tutto peculiari ed una portata invasiva della sfera di riservatezza del tutto nuova e eccezionalmente penetrante.

L'intercettazione, nel caso in esame, viene effettuata mediante il ricorso ad un *software* il quale viene installato in un dispositivo del tipo *target* a distanza ed in modo occulto tramite l'invio con una *mail*, un *sms* o un'applicazione di aggiornamento. Il software è costituito da due moduli principali: il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo utilizzato dal *virus* per controllare siffatto dispositivo.

Lo strumento tecnologico in argomento consente di svolgere diverse attività, permettendo l'acquisizione di dati che, trasmessi a mezzo della rete internet ad un sistema informativo nella disponibilità degli investigatori, vengono dagli stessi acquisiti e fruiti per finalità investigative:

- captare il traffico dati dal dispositivo infettato;
- attivare il microfono e, quindi, apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo;
- mettere in funzione la *web camera* e, dunque, carpire immagini;
- perquisire l'*hard disk* e fare copia, in tutto o in parte, delle unità di memoria del sistema informatico oggetto di intrusione;
- decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo;
- sfuggire agli antivirus.

Utilizzando il programma informatico appena descritto, dunque, è possibile captare i dialoghi che si svolgono tra persone presenti e la correlata attività dà luogo ad un'intercettazione di tipo ambientale che può avvenire ovunque sia localizzato l'apparecchio interessato.

La Corte di cassazione, occupandosi della materia costituita dall'intercettazione telematica, tramite agente intrusore (virus informatico), che consenta l'apprensione delle conversazioni tra presenti mediante l'attivazione, attraverso il virus informatico, del microfono di un dispositivo elettronico (personal computer, tablet, smart-phone), ovunque le predette attività si svolgano dal momento che l'attività di captazione segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore dell'apparecchio, ha rimesso alle Sezioni unite le questioni di seguito individuate:

1. se il decreto che dispone tale metodica di intercettazione debba indicare, a pena di inammissibilità dei relativi risultati, i luoghi ove deve avvenire la relativa captazione;
2. se, in mancanza di tale indicazione, l'eventuale sanzione di inutilizzabilità riguardi in concreto soltanto le captazioni che avvengono in luoghi di privata dimora al di fuori dei presupposti indicati dall'art. 266, comma 2 c.p.p.;
3. se possa comunque prescindere da tale indicazione nel caso in cui l'intercettazione per mezzo di virus informatico sia disposta in un procedimento relativo a delitti di criminalità organizzata (Cass. pen., Sez. VI, ordinanza 6 aprile 2016, n. 13884, *Guida al dir.*, 2016, 18, 83).

La rimessione della questione alle Sezioni unite è stata determinata da una precedente presa di posizione della Suprema Corte la quale, nell'occasione, si era espressa nel senso dell'illegittimità di siffatta metodologia investigativa (Cass. pen., Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 27100, *Guida al dir.*, 2016, 34-35, 79). In particolare, la Corte aveva ritenuto che giuridicamente inammissibile la stessa in quanto, consentendo la captazione di comunicazioni in qualsiasi luogo si rechi il soggetto portando con sé l'apparecchio, permette l'apprensione di conversazioni senza limitazione di luogo e, quindi, contrasta non soltanto con la normativa codicistica, ma ancora prima con il precetto costituzionale di cui all'art. 15 Cost. dal momento che l'unica opzione interpretativa compatibile con il richiamato dettato costituzionale è quello secondo cui l'intercettazione ambientale deve avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* e non in qualunque luogo si trovi il soggetto.

L'ordinanza di rimessione si è posta in radicale dissenso con siffatte conclusioni, facendo in primo luogo osservare che l'esigenza di predeterminare le situazioni ambientali oggetto di captazione risulta estranea all'intercettazione a mezzo di virus informatico, in quanto la caratteristica tecnica di siffatta modalità di captazione prescinde dal riferimento al luogo, trattandosi in ipotesi di un'intercettazione ambientale "itinerante", di talché ciò che rileva è che il decreto autorizzativo sia adeguatamente motivato per giustificare le ragioni per le quali si ritiene debba utilizzarsi la metodica dell'istallazione da remoto, consentendo così una captazione dinamica. Sul versante normativo, poi, l'ordinanza ha evidenziato come un problema di compatibilità si sarebbe posto comunque soltanto rispetto al domicilio ed ai luoghi di privata dimora presi in considerazione dall'art. 614 c.p. e richiamati dall'art. 266, comma 2 c.p.p., per cui lo stesso sarebbe rimasto escluso dall'area operativa delineata dall'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, dal momento che l'intercettazione tra presenti che sia disposta nell'ambito di procedimenti di criminalità organizzata è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. si stia svolgendo l'attività criminosa.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass. pen., Sez. un., 1 luglio 2016, n. 26889, *Guida al dir.*, 2016, 34-35, 76), approfondendo gli spunti tratti dall'ordinanza di rimessione e dopo avere ribadito la correttezza della qualificazione giuridica dell'attività investigativa svolta tramite agente intrusore come intercettazione di tipo "ambientale", hanno affermato i seguenti principi di diritto:

- a. deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo indicato, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2 c.p.p., che in detto luogo "si stia svolgendo l'attività criminosa";
- b. è invece consentita la captazione nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

La Corte di cassazione ha colto l'occasione per ribadire l'adesione ad una interpretazione ampia della nozione di "criminalità organizzata", definizione la cui precisazione non costituisce – dicono le Sezioni unite – un mero esercizio teorico poiché da essa dipende l'applicazione delle norme processuali che si riferiscono alla categoria di reati ad essa correlata.

Ha chiarito, pertanto, che per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi non soltanto quelli elencati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere ex art. 416 c.p.p., con esclusione del mero concorso di persone nel reato.

Si tratta di una presa di posizione che desta non poche perplessità sul versante dell'effettiva protezione dei valori di rango costituzionale che la disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni si presta a ledere, dal momento che la nozione estesa del concetto di criminalità organizzata, coniugandosi con l'orientamento sopra richiamato e per il quale i risultati delle intercettazioni telefoniche

disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite, e ciò indipendentemente dal successivo esercizio dell'azione penale anche in relazione al primo reato (v., infatti, la già citata Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2014, n. 17939, *Guida al dir.*, 2014, 28, 83), rischia di rendere agevoli forzature finalizzate a configurare la ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso all'incursore informatico anche in relazione ad ipotesi solo formalmente escluse.

Il segreto professionale e l'inutilizzabilità.

Sul tema, la Corte di cassazione ha stabilito che sono utilizzabili le intercettazioni svolte nei confronti di un soggetto per il quale opera la garanzia del segreto professionale allorché le intercettazioni risultino essere state svolte con la predisposizione di cautele volte a tutelare la segretezza delle dichiarazioni protette dal segreto. La vicenda presa in esame da Cass. pen., Sez. III, 28 luglio 2016, n. 33049 (*Guida al dir.*, 2016, 41, 76) riguardava un procedimento a carico del cappellano di un carcere, in cui sono state ritenute utilizzabili le intercettazioni eseguite con le cautele necessarie per evitare di violare il momento della confessione. Il principio si pone in linea con il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui il divieto di utilizzazione stabilito dall'art. 271, comma 2 c.p.p. non sussiste quando le conversazioni o comunicazioni intercettate non siano pertinenti all'attività professionale svolta dalle persone indicate nell'art. 200, comma 1 c.p.p. e non riguardino, di conseguenza, fatti conosciuti per ragione della professione dalle stesse esercitata (v., tra le più recenti, cass. pen., Sez. VI, 5 maggio 2015, n. 18638, *CP*, 2015, 4169).