

**Accesso alle conversazioni intercettate e appello cautelare. Notarella a Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio-17 luglio 2018, n. 33046.**

*di Leonardo Suraci*

**1. Il sistema cautelare dopo C. cost., 8 ottobre 2008, n. 336.**

La sentenza che si annota esamina un profilo della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni affatto peculiare, collocandosi nel punto di intersezione tra il diritto di accesso dell'indagato alle registrazioni dei colloqui rilevanti ai fini cautelari e la procedura che si instaura a seguito della proposizione, da parte del pubblico ministero, dell'appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p. Come è noto, con specifico riferimento alla fase cautelare, la S.C. ha ribadito più volte che l'omesso deposito dei brogliacci di ascolto e dei *files* audio delle registrazioni di conversazioni oggetto di intercettazione non determina alcuna conseguenza sotto il profilo sanzionatorio processuale, essendo sufficiente al fine di ottenere l'emissione di un provvedimento cautelare la trasmissione da parte del p.m. di una documentazione anche sommaria ed informale, che dia sinteticamente conto del contenuto delle conversazioni riferite negli atti di p.g. [Cass. pen., Sez. VI, 23 settembre 2010, Della Giovanpalola, *CED* 248747. Poco prima, nello stesso senso in relazione ai supporti relativi alle intercettazioni, Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2008, Vottari, *CP* 2010, 1071].

Ferma rimanendo l'attualità del principio di diritto appena richiamato, il quadro normativo è stato profondamente modificato allorché 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., 8 ottobre 2008, n. 336, *GP* 2009, I, 44].

La Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla p.g., le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, co. 2 c.p.p.), anche sommarie: la qualità delle registrazioni – soggiunge la Corte – può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di "interpretazione" delle parole e delle frasi

registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere. Inoltre, risultano spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione.

È altresì evidente che in assenza della trascrizione effettuata dal perito – la quale costituisce una modalità di valutazione della prova più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia ed, a maggior ragione, la sintesi che può essere contenuta nei brogliacci, poiché il perito è un esperto, dotato di apparecchiature specifiche, ed opera nel contraddittorio tra le parti, eventualmente per il tramite di consulenti – l'interesse difensivo si appunta sull'accesso diretto, tutte le volte in cui la difesa ritiene di dover verificare la genuinità delle trascrizioni operate dalla polizia giudiziaria ed utilizzate dal pubblico ministero per formulare al giudice le sue richieste.

La possibilità per il pubblico ministero di depositare solo i brogliacci a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell'indagato, se giustificata dall'esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può limitare il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale.

Tra l'altro, chiosa conclusivamente la Corte, in caso di richiesta ed applicazione di misura cautelare personale le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria.

## **2. Gli aggiustamenti ad opera della Corte di cassazione.**

L'applicazione concreta del principio generale 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'analogia 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, co. 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].

### **3. Il recentissimo intervento giurisprudenziale.**

La vicenda presa in esame da Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio-17 luglio 2018, n. 33046 prende le mosse da un provvedimento di rigetto della domanda cautelare da parte del g.i.p., seguita da una decisione di accoglimento – e, dunque, dall'emissione della misura invocata – ad opera del tribunale del riesame investito della questione dal p.m. mediante la proposizione dell'appello ex art. 310 c.p.p.

La decisione del tribunale del riesame, invero, aveva nell'occasione dichiarato inammissibile l'eccezione di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in ragione di una interpretazione ancorata ad una rigidissima lettura del dispositivo della sentenza costituzionale sopra richiamata e per la quale l'intervento additivo – ed il diritto di cui esso era portatore – era circoscritto all'ipotesi di accoglimento della domanda cautelare da parte del g.i.p. e di conseguente emissione dell'ordinanza cautelare.

Approccio completamente sbagliato in quanto fondato su una lettura del sistema normativo rivisto dalla Corte costituzionale non sorretta da un'applicazione convincente dei principi generali in tema di interpretazione.

Ma, ancora prima, assolutamente distonica rispetto alla posizione ed alla forza delle sentenze (soprattutto, ma non soltanto!) di accoglimento della Corte costituzionale.

Ed infatti, è ben vero che la sentenza costituzionale del 2008 fa riferimento alla notificazione o esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, ma è altrettanto vero che essa declina un principio generale che si colloca nell'alveo delle garanzie di effettività del diritto di difesa all'interno della complessiva dinamica cautelare ed è chiaro che, una volta posto il principio, il "concreto" (nel senso di effettivo e sistematizzato) ed "inderogabile" (trattandosi di principio grazie al quale il sistema vede ripristinata la propria armonia con i parametri costituzionali) agire di esso deve plasmarsi alla luce delle connotazioni che gli sviluppi procedurali imprimono alla vicenda cautelare medesima.

Le sentenze della Corte costituzionale, invero, si caratterizzano in ragione di una "forza normativa" che, muovendosi dall'esame della situazione (anche, essa, appunto) normativa che costituisce oggetto della questione di legittimità costituzionale, si sprigiona all'interno del sistema ed nell'ambito di esso trova collocazione definitiva in ragione di operazioni a tutto tondo interpretative.

La Corte, in altri termini, interviene sul sistema "momentaneamente" incostituzionale attraverso un'azione che si dispiega secondo una duplice direttrice: in senso ascendente essa muove dal fatto per individuare la norma e, alla luce del sistema complessivo, generare la situazione normativa oggetto di verifica; in senso discendente, essa esamina la situazione normativa alla luce dei parametri costituzionali e, intravisto un profilo di illegittimità costituzionale, genera la situazione normativa conforme ai principi costituzionali.

La nuova situazione normativa – quale fenomeno non già fattuale ma, appunto, normativo – vive nel sistema ed in esso esplica la propria forza attraverso (altrimenti attraverso cosa?) le regole dell'interpretazione.

Ciò che il Tribunale del riesame ha trascurato sono proprio la dimensione normativa e le dinamiche operative del principio di diritto (*rectius*: situazione normativa!) introdotto dalla Corte costituzionale, la considerazione delle quali avrebbe imposto di sistematizzare entrambi alla luce delle peculiarità che la vicenda cautelare presenta allorquando la domanda cautelare si esplica attraverso la proposizione, ad opera del p.m., dell'appello ex art. 310 c.p.p. avverso il provvedimento di rigetto da parte del g.i.p.

In questa evenienza, difatti, l'itinerario applicativo della misura cautelare si caratterizza per l'apertura di una fase connotata da un contraddittorio anticipato che sostituisce, nell'ambito

dell'udienza ex art. 310, co. 2 c.p.p. ed alla luce della piena accessibilità agli atti d'indagine assicurata dalla medesima disposizione [atti costituiti, e fatta salva la possibilità di integrazioni, da quelli di cui ebbe a tenere conto il g.i.p. nel provvedimento impugnato. V., in questi termini, Cass. pen., Sez. VI, 19 febbraio 1996, Gerardi, *CED* 204009], il contraddittorio posticipato che, nell'ipotesi di emissione della richiesta misura da parte del g.i.p., si articola nei segmenti costituiti dall'interrogatorio ex art. 274 c.p.p. e nella procedura ex art. 309 c.p.p.

Si assiste, in altri termini, ad un fenomeno traspositivo assimilabile a quello della figura geometrica, il quale fa sì che la domanda si trasferisca dalla sede della richiesta ex art. 391 c.p.p. a quella della dichiarazione d'appello ex art. 310 c.p.p., norma in cui trovano altresì sistemazione la procedura applicativa e l'itinerario valutativo ordinariamente ospitati nell'art. 292 c.p.p. con conseguente e coerente elisione delle fasi di verifica successiva.

In caso di appello del p.m. avverso il rigetto della richiesta cautelare – fa coerentemente notare la Corte nella sentenza che si annota – il contraddittorio sostitutivo ed anticipato, per essere effettivo, deve avere lo stesso contenuto, la stessa portata, lo stesso ambito di quello che avrebbe avuto allorché la misura fosse stata adottata dal g.i.p. e la parte avesse proposto riesame, soprattutto alla luce degli amplissimi poteri valutativi che spettano al tribunale del riesame quale giudice funzionalmente competente all'adozione della misura cautelare [V., sul punto e tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 3 agosto 2006, Badoni, *ANPP* 2007, 397; Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 2001, Patti, *CED* 220310].

Ed allora – in questo si manifesta, come è evidente, la forza normativa della pronuncia costituzionale che il tribunale del riesame ha, nell'occasione, ommesso di considerare – è pienamente conforme ai principi stabiliti da C. cost., 8 ottobre 2008, n. 336 la previsione di un diritto della difesa di richiedere ed ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate i cui contenuti sono posti a fondamento della domanda cautelare attraverso le trascrizioni effettuate dalla p.g.

Ricostruito in termini costituzionalmente corretti il sistema normativo, la Corte di cassazione si preoccupa anche di profilare le modalità di esercizio del diritto di accesso, ma la trattazione "giurisprudenziale" di siffatto profilo "normativo" della questione non lasciava spazio a discussioni di sorta, dal momento che, come già detto, in un'ottica di leale collaborazione dell'imputato con gli organi dell'investigazione, la Corte di cassazione aveva già stabilito che, proprio in riferimento al procedimento d'appello ex art. 310 c.p.p., la nullità o l'inutilizzabilità delle risultanze di video riprese (ma lo stesso discorso vale, ovviamente, per le intercettazioni di

diversa natura) di cui il difensore non avesse ottenuto il rilascio di copia in tempo utile per la discussione del giudizio presupponesse che l'istanza fosse stata non soltanto ritualmente e tempestivamente presentata al p.m., ma anche corredata dal materiale tecnico necessario su cui riversare le registrazioni [Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53425, CP, 2015, 4560].

Ed allora, è stato facile per la sentenza annotata ribadire, sul piano metodologico, che l'indagato, ricevuta la comunicazione della proposizione dell'appello e della fissazione dell'udienza camerale, deve "tempestivamente" richiedere al p.m. l'accesso ai *files* su cui sono state registrate le registrazioni e deve farlo in modo che il p.m. possa adempiere al proprio dovere prima della celebrazione dell'udienza.

Infatti, proprio il carattere intempestivo della richiesta – formulata per la prima volta nel corso dell'udienza camerale – ha determinato, nel caso preso in esame dalla Corte di cassazione, il giudizio di infondatezza del motivo di ricorso.