

Corte di Cassazione, sez. VI Penale, ordinanza 10 marzo – 6 aprile 2016, n. 13884

Presidente Carcano – Relatore Fidelbo

Ritenuto in fatto

1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe il Tribunale di Palermo, in funzione di giudice del riesame, ha confermato il provvedimento del 19 dicembre 2015 con cui il G.i.p. dello stesso Tribunale aveva applicato la misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di S.L. in relazione alla partecipazione all'associazione di tipo mafioso denominata "cosa nostra" (capo a) e ad un episodio di tentativo di estorsione aggravata ai danni di A.F. , titolare della ditta di costruzioni "Eureka Studio", impegnata nella ristrutturazione di un immobile (capo c).

I giudici del riesame hanno ritenuto sussistenti i gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato sulla base di una serie di intercettazioni, anche ambientali, e delle dichiarazioni accusatorie di due collaboratori di giustizia, C.F. e d.G.D. , dalle quali è emerso che l'indagato, molto vicino a C.P. - divenuto reggente del mandamento di Porta Nuova dopo l'arresto di L.P.T. -, si occupava della gestione delle estorsioni e del traffico di stupefacenti, spesso facendo da intermediario tra lo stesso C. e T.M. , moglie del L.P. .

Per quanto riguarda l'altro reato, il Tribunale, dopo avere dichiarato l'inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate mediante apparecchio body phone, perché in uso a persona diversa rispetto a quella indicata nel decreto, ha tuttavia ritenuto sussistenti gli elementi indiziari in merito al concorso dello S. nell'estorsione gestita dal coindagato G.F.P. , giudicato separatamente, ai danni di A.F. .

2. L'avvocato Di Marco Maurizio, nell'interesse dell'indagato, ha proposto ricorso per cassazione, deducendo un unico articolato motivo.

L'ordinanza impugnata viene innanzitutto censurata per vizio di motivazione ed erronea applicazione dell'art. 273 cod. proc. pen. con riferimento alla ritenuta sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato associativo, desunti unicamente in base ai risultati delle intercettazioni telefoniche e ambientali, peraltro non suffragate dalle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia.

Inoltre, viene dedotta l'illegittimità del decreto n. 315/14, con cui il G.i.p. ha autorizzato "le operazioni di intercettazione di tipo ambientale tra presenti che avverranno nei luoghi in cui si trova il dispositivo elettronico in uso a L.P.T. ", nonché l'inutilizzabilità dei risultati relativi a tali captazioni per violazione degli artt. 15 Cost., 8 CEDU, 266, comma 2, e 271 cod. proc. pen. In particolare, il ricorrente dopo aver premesso che l'intercettazione è avvenuta per mezzo di un "virus auto-istallante" attivato su un apparecchio elettronico portatile in uso a

L.P.T. , ovunque lo stesso si trovasse, ha rilevato come nella specie sia stato eluso il divieto posto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. di effettuare intercettazioni all'interno di abitazioni private, a meno che all'interno di esse non si stia svolgendo un'attività criminosa, dal momento che la captazione di conversazioni sarebbe avvenuta anche all'interno dell'abitazione di T.M. , coniuge di L.P.T. . A questo proposito nel ricorso si sottolinea come lo stesso G.i.p. avesse respinto un'ulteriore richiesta di autorizzazione alla ripresa audio-video all'interno dell'abitazione di L.P. , ritenendola non consentita.

Sotto un diverso profilo, l'intercettazione del dispositivo elettronico portatile sarebbe stata autorizzata in violazione degli artt. 15 Cost. e 8 CEDU in quanto non risulta siano stati indicati i luoghi in cui tale captazione doveva essere effettuata, aggirando, anche in questo caso, i limiti posti dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen.: nel ricorso si sostiene che l'articolo da ultimo citato, attuazione dell'art. 15 Cost., non consente un'applicazione talmente ampia da legittimare forme di intercettazioni, come quella in questione, in grado di seguire il soggetto "ovunque si sposti", in quanto l'intercettazione ambientale per essere legittima deve avvenire in luoghi "ben circoscritti e individuati ab origine" nel decreto autorizzativo. Nella specie, invece, le intercettazioni non sono state soggette ad alcuna restrizione spaziale con la conseguenza che i relativi risultati devono ritenersi inutilizzabili.

Sotto un ulteriore aspetto si evidenzia un vizio di motivazione con riferimento al riconosciuto ruolo di intermediario dello S. tra Sc.Ag. e L.P.T. , desunto da alcune intercettazioni telefoniche che però sono ritenute del tutto inidonee a giustificare la ricostruzione contenuta nell'ordinanza.

In relazione alle dichiarazioni rese dai due collaboratori C.F. e G.D. , il ricorrente rileva la mancanza di elementi da cui desumere l'intraneità dello S. nell'associazione mafiosa.

Di natura neutra anche le altre intercettazioni, non in grado di giustificare la ritenuta sussistenza di gravi indizi in ordine alla partecipazione all'associazione, ma semmai di consentire di ipotizzare il meno grave reato di favoreggiamento personale.

Con riferimento al reato di tentata estorsione, si contesta la motivazione dell'ordinanza che ha riconosciuto la sussistenza dei gravi indizi in ordine alla partecipazione dello S. solo per aver accompagnato G.F.P. in una trattativa riguardante il pagamento del "pizzo".

Considerato in diritto

1. Deve rilevarsi che l'ordinanza impugnata desume la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico dello S. per il reato associativo soprattutto in base ai risultati delle intercettazioni, tra cui quelle effettuate sul dispositivo elettronico in

uso a L.P.T. tramite l'installazione del virus auto-istallante; le dichiarazioni dei due collaboratori di giustizia, C.F. e G.D. , sono considerate dagli stessi giudici del riesame quali elementi indiziari non dotati di autonoma consistenza, ma in grado semmai di completare il quadro indiziario emergente dall'attività investigativa, che si è appunto concretizzata nell'attività di intercettazione.

Ciò premesso acquista rilevanza prioritaria la questione posta nel ricorso, riguardante la legittimità delle intercettazioni disposte attraverso l'installazione di virus informatici attivati su computer o smartphone e i limiti di utilizzabilità di tali modalità di captazione. Infatti, se fossero fondate le censure che il ricorso muove alla ritenuta utilizzabilità delle intercettazioni eseguite sul dispositivo elettronico in uso a L.P.T. potrebbe rendersi necessario, mediante la c.d. prova di resistenza, verificare se i residui elementi probatori agli atti siano ancora in grado di fondare un giudizio di gravità del quadro indiziario a carico dello S. per la sua partecipazione all'associazione mafiosa.

2. La tesi sostenuta dal ricorrente trova riscontro in una recente sentenza di questa Corte, in un caso analogo a quello in esame, relativo proprio a una intercettazione eseguita tramite un programma spia installato su un dispositivo elettronico portatile (Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015, Musumeci).

In questa decisione la Corte di cassazione ha sostenuto che l'intercettazione da remoto delle conversazioni tra presenti con l'attivazione, tramite il c.d. agente intrusore informatico, del microfono di un apparecchio telefonico smartphone, dia luogo ad una intercettazione ambientale, da ritenere legittima solo se il relativo decreto autorizzativo individui con precisione i luoghi in cui eseguire tale attività captativa. In questi casi non si tratterebbe di "una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova", ma di una tecnica di captazione con specifiche peculiarità in grado di attribuire maggiore potenzialità all'intercettazione, dal momento che consente la possibilità di "captare conversazioni tra presenti non solo in una pluralità di luoghi, a seconda degli spostamenti del soggetto, ma... senza limitazione di luogo". Ed è questa caratteristica che, secondo la sentenza, costituisce il "fulcro problematico della questione", in quanto si assume che non è giuridicamente ammissibile una intercettazione ambientale che avvenga "ovunque". Una corretta lettura delle implicazioni derivanti dall'art. 15 Cost. impedisce di riconoscere all'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. una "latitudine operativa così ampia da ricomprendere intercettazioni ambientali effettuate in qualunque luogo": dal principio costituzionale sulla inviolabilità della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione deriva, secondo la decisione in esame, che le norme sulle intercettazioni, soprattutto quelle tra presenti, siano di stretta interpretazione, sicché deve escludersi che possa attribuirsi all'art. 266, comma 2, cit. "una

portata applicativa così ampia da includere la possibilità di una captazione esperibile ovunque il soggetto si sposti". L'unica interpretazione compatibile con la Costituzione è quella che consente l'intercettazione ambientale purché sia autorizzata con riferimento a luoghi individuati ab origine e ben circoscritti, con la conseguenza che la mancanza nel decreto autorizzativo di tali indicazioni determina l'illegittimità del provvedimento e quindi l'inutilizzabilità delle captazioni tra presenti.

3. Nella specie il decreto n. 315/2014, oggetto delle censure da parte del ricorrente, è stato disposto nell'ambito del diverso procedimento n. 762/2012 nei confronti di D.A. ed altri, sospettati di appartenenza a "cosa nostra", in particolare alla famiglia mafiosa del Borgo Vecchio, e riguarda l'intercettazione di un dispositivo elettronico non meglio specificato - comunque riferibile ad un *personal computer*, ovvero ad un *tablet* o ad uno *smartphone* - in uso a L.P.T. , personaggio ritenuto ai vertici dell'organizzazione dopo l'arresto di D.A. ; dal provvedimento risulta che sono state autorizzate "operazioni di intercettazione di tipo ambientale delle conversazioni tra presenti che avverranno nei luoghi in cui si trova il dispositivo elettronico in uso a L.P.T. " e nella parte motiva viene precisato che si intende intercettare non il flusso telematico - peraltro già sottoposto a controllo - bensì le conversazioni tra L.P. e gli eventuali altri soggetti presenti nel luogo in cui sia "ubicato in quel momento l'apparecchio portatile". Sebbene il decreto non appaia del tutto esplicito sulle modalità tecniche dell'intercettazione, risulta evidente dalla lettura complessiva del provvedimento che è stato autorizzato il ricorso alla tecnica del virus informatico applicato al dispositivo elettronico. Più precisamente, attraverso l'installazione da remoto di un captatore informatico, ossia di un software collocato all'interno del dispositivo elettronico, è stata autorizzata una vera e propria intercettazione ambientale attraverso il controllo occulto del microfono che si trasforma in una "cimice informatica".

Nessuna indicazione specifica è stata fatta con riguardo ai luoghi - ad eccezione dell'abitazione privata di L.P. per respingere la richiesta di video riprese, non effettuabili nel domicilio -, ma solo un riferimento generico ai luoghi in cui si trova il dispositivo elettronico. Né può ritenersi che il riferimento contenuto nel decreto alla "stanza in cui è ubicato in quel momento l'apparecchio portatile" costituisca l'indicazione del limite spaziale in cui avrebbe dovuto operare la captazione, in quanto si tratta di una semplice specificazione che è preceduta dall'indicazione secondo cui l'intercettazione ambientale avverrà all'interno "dei luoghi in cui si trova il *personal computer* e/o il *tablet* e/o lo *smartphone* in uso allo stesso L.P. ", il cui significato non sembra dare adito a dubbi, nel senso di autorizzare l'intercettazione "ovunque" si trovi il dispositivo elettronico.

Ebbene, in base alla citata sentenza n. 27100/2015 di questa Corte, la mancanza di ogni indicazione circa i luoghi interessati dall'intercettazione o meglio la mancanza di limitazioni spaziali alle captazioni ambientali determinerebbe l'illegittimità del decreto autorizzativo e l'inutilizzabilità delle conversazioni captate.

4. In via preliminare deve osservarsi che con riferimento alla tecnica dell'agente intrusore la pretesa di indicare con precisione e anticipatamente i luoghi interessati dall'attività captativa è incompatibile con questo tipo di intercettazione, che per ragioni tecniche prescinde dal riferimento al luogo, in quanto è collegata al dispositivo elettronico, sia esso *smartphone* o *tablet* ovvero *computer portatile*, sicché l'attività di captazione segue tutti gli spostamenti nello spazio dell'utilizzatore. Ovviamente questo comporta l'oggettiva impossibilità per il giudice di conoscere preventivamente gli spostamenti della persona che ha in uso il dispositivo elettronico sottoposto ad intercettazione e, quindi, di non poter dare indicazioni sui luoghi.

Occorre quindi accertare se la disciplina sulle intercettazioni consente di poter prescindere dall'indicazione del luogo ovvero se, come ritenuto dalla sentenza suindicata, l'omessa indicazione determina l'illegittimità del decreto o quanto meno l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione.

4.1. Questo tipo di intercettazione, nonostante le peculiari caratteristiche tecniche, può essere ricompresa nell'ambito di quelle c.d. ambientali: si tratta, infatti, di una captazione occulta e contestuale di colloqui tra due o più persone attuata da un soggetto estraneo mediante uno strumento tecnico di percezione in grado di vanificare le cautele poste a protezione del carattere riservato di tali comunicazioni, che però non avvengono tramite telefono o altre forme di telecomunicazioni; in questo caso, il dispositivo elettronico (ad esempio uno *smartphone*) rappresenta solo il mezzo attraverso cui viene posizionato, da remoto, l'intrusore informatico che funge da microspia e consente l'ascolto delle conversazioni "tra presenti" al soggetto captante, estraneo alla conversazione e che opera in modo clandestino.

Riconosciuta la collocabilità di tali tecniche di intercettazione nell'ambito della disciplina dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., si deve rilevare che per l'intercettazione tra presenti il riferimento al luogo acquista rilievo solo quando l'operazione di captazione deve avvenire in abitazioni o luoghi privati. Infatti, questa Corte ha espressamente sostenuto che nelle intercettazioni di comunicazioni tra presenti è richiesta l'indicazione dell'ambiente nel quale deve avvenire l'operazione solo quando si tratti di abitazioni o luoghi privati (Sez. 6, n. 3541 del 05/11/1999, Bembì; Sez. 1, n. 11506 del 25/02/2009, Molè), per i quali l'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. consente la captazione in ambiente solo se vi

è fondato motivo di ritenere che sia in atto un'attività criminosa. L'inviolabilità del domicilio e in genere dei luoghi di privata dimora prevista dall'art. 14 Cost. ha imposto al legislatore di innalzare il grado di tutela di questi luoghi, prevedendo appunto l'ulteriore presupposto che vi sia un'attività criminosa in corso. È solo in questo caso che nel decreto acquista effettivo rilievo l'indicazione dei luoghi, dal momento che il giudice deve motivare in ordine all'attività criminosa in atto.

4.2. Peraltro, la giurisprudenza considera legittime le intercettazioni tra presenti in cui, nel corso dell'esecuzione delle operazioni, intervenga una variazione dei luoghi in cui l'attività di captazione deve svolgersi: in tali ipotesi l'utilizzabilità delle conversazioni captate viene giustificata purché il luogo "diverso" rientri nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata (così, Sez. 6, n. 15396 del 11/12/2007, Sitzia; Sez. 5, n. 5956, del 06/10/2011, Ciancitto; Sez. 2, n. 4178 del 15/12/2010, Fontana; Sez. 2, n. 17894 del 08/04/2014, Alvaro). In altre parole, si vuole sottolineare come nell'intercettazione tra presenti di tipo "tradizionale" il riferimento al luogo rileva limitatamente e in relazione alla motivazione del decreto, in cui il giudice deve indicare le situazioni ambientali oggetto della captazione e ciò è funzionale alle modalità esecutive dell'intercettazione, che avviene per mezzo della collocazione fisica di microspie. Un'esigenza di questo tipo è del tutto estranea all'intercettazione per mezzo del c.d. virus informatico, in quanto la caratteristica tecnica di tale modalità di captazione prescinde dal riferimento al luogo, trattandosi di una intercettazione ambientale per sua natura itinerante. In realtà, ciò che rileva nelle intercettazioni di questo genere è che il decreto autorizzativo sia adeguatamente motivato per giustificare le ragioni per le quali si ritiene debba utilizzarsi la metodica dell'installazione da remoto, consentendo così una captazione dinamica.

4.3. Invero, sebbene debba riconoscersi la formidabile invadenza di questo genere di intercettazioni, allo stesso modo si può rilevare che il principio secondo cui il decreto deve individuare con precisione i luoghi in cui dovrà essere eseguita l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti non solo non è desumibile dalla legge, ma, come si è visto, non risulta essere stato mai affermato dalla giurisprudenza e, inoltre, non sembra costituire un requisito significativo funzionale alla tutela dei diritti in gioco (artt. 14, 15 Cost. e 8 Cedu), dal momento che la stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo non ne fa menzione.

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo le garanzie minime che la legge nazionale deve apprestare nella materia delle intercettazioni riguardano la predeterminazione della tipologia delle comunicazioni oggetto di intercettazione, la ricognizione dei reati che giustificano tale mezzo di intrusione

nella privacy, l'attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni con la previsione del controllo del giudice, la definizione delle categorie di persone che possono essere interessate, i limiti di durata delle intercettazioni, la procedura da osservare per l'esame, l'utilizzazione e la conservazione dei risultati ottenuti, la individuazione dei casi in cui le registrazioni devono essere distrutte (cfr., Corte EDU, 31 maggio 2005, Vetter c. Francia; Corte EDU, 18 maggio 2010, Kennedy c. Regno Unito). Nessun riferimento alla indicazione del luogo della captazione.

5. Il problema delle intercettazioni per mezzo del c.d. "captatore informatico" riguarda esclusivamente il domicilio e i luoghi di privata dimora considerati dall'art. 614 cod. pen. espressamente richiamato dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. Infatti, il carattere itinerante della captazione può consentire l'acquisizione di registrazioni di conversazioni avvenute nel domicilio o comunque in ambienti privati, che neppure l'espressa esclusione di tali luoghi nel decreto di autorizzazione può di fatto impedire, in quanto una volta installato il "virus informatico" la captazione audio avviene seguendo indistintamente tutti gli spostamenti del possessore del dispositivo elettronico. In questi casi, se si ammette la possibilità di utilizzare l'intercettazione per virus informatico, in mancanza della possibilità concreta di sospensione o interruzione della registrazione, il controllo non potrà che essere successivo e riguardare il regime dell'inutilizzabilità delle conversazioni captate in uno dei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen.. È evidente che la fase dello stralcio di cui all'art. 268, comma 6, cod. proc. pen. potrebbe costituire il primo momento in cui verificare che le intercettazioni non abbiano riguardato colloqui effettuati nel domicilio: il giudice, d'ufficio ovvero su indicazione delle parti, dovrà immediatamente stralciare le registrazioni delle conversazioni avvenute nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen., trattandosi di intercettazione non consentita e quindi inutilizzabile; inoltre, al di fuori di questa fase sarà sempre consentito eccepire l'inutilizzabilità delle conversazioni intercettate in un luogo privato. In ogni caso, deve riconoscersi che non sempre sarà immediatamente evidente che si tratti di intercettazione eseguita in uno dei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen., sicché appare essenziale l'apporto della difesa nell'indicare le conversazioni inutilizzabili.

I maggiori problemi riguardano l'uso delle intercettazioni con virus informatico nel procedimento *de libertate*, soprattutto considerando che il giudice può pronunciarsi sulla misura cautelare richiesta sulla base del solo "brogliaccio". In questa ipotesi è difficile che dal brogliaccio emerga che un'intercettazione è avvenuta in un luogo privato, sicché diventa fondamentale che la difesa sia messa in condizione di poter contraddire sul punto: a questi fini appare rilevante

la sentenza n. 36 del 2008 della Corte costituzionale che, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 268 cod. proc. pen., ha consentito 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 intercettate e utilizzate ai fini dell'adozione della misura, anche se non depositate.

6. Nel procedimento in oggetto una serie di colloqui, utilizzati dal Tribunale per sostenere la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza dello S. (v., intercettazioni del 12.7.2014 e del 23.7.2014), risultano essere stati intercettati nell'abitazione privata in uso a T.M. , moglie di L. . Tuttavia, deve osservarsi che l'intercettazione è stata disposta ai sensi dell'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, per cui non si porrebbe neppure il problema dei luoghi di privata dimora, in quanto, come è noto, l'intercettazione tra presenti che sia disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen. si stia svolgendo l'attività criminosa.

È evidente che, in presenza di intercettazioni relative a procedimenti di criminalità organizzata, l'indicazione del luogo risulta ancor più irrilevante, anche in rapporto all'utilizzo della tecnica del virus informatico. In questi casi, gli aspetti problematici delle intercettazioni per agente intrusore che si sono evidenziati nemmeno si pongono, dal momento che le captazioni delle conversazioni nei luoghi di privata dimora non sono soggette ad alcuna disciplina in deroga rispetto agli altri luoghi.

Tuttavia, deve rilevarsi che la più volte richiamata sentenza n. 27100 del 26/05/2015, ric. Musumeci, aveva anch'essa ad oggetto un'intercettazione disposta nell'ambito di un procedimento di criminalità organizzata, ma non sembra aver attribuito alcun rilievo a tale circostanza, ritenendo comunque indispensabile che il decreto autorizzativo debba contenere una precisa individuazione dei luoghi in cui procedere ad intercettazione ambientale, mettendo in diretta correlazione tale requisito con la tutela offerta dall'art. 15 Cost. e così trasformando in requisito dell'autorizzazione quella che sembrerebbe essere una modalità di attuazione dell'intercettazione.

7. Per le ragioni sopra esposte, questo Collegio non ritiene di poter condividere le radicali conclusioni cui perviene la sentenza n. 27100/2015 citata.

Considerata la delicatezza della materia, in cui il ricorso a strumenti di sofisticata tecnica informatica, di così formidabile invadenza nella sfera della privacy e nello stesso tempo di applicazione tendenzialmente semplice, può determinare, da un lato, la compromissione di diritti costituzionali, dall'altro, assicurare una

maggior capacità investigativa finalizzata alla repressione di gravi reati, si ritiene che la questione debba essere rimessa alle Sezioni Unite, per evitare potenziali contrasti di giurisprudenza su un tema di tale rilevanza, anche tenuto conto della ormai diffusa utilizzazione delle tecniche di intercettazione con il c.d. agente intrusore.

In particolare, le questioni che possono derivare da un possibile contrasto giurisprudenziale possono essere così sintetizzate:

- *se il decreto che dispone l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni attraverso l'installazione in congegni elettronici di un virus informatico debba indicare, a pena di inutilizzabilità dei relativi risultati, i luoghi ove deve avvenire la relativa captazione;*
- *se, in mancanza di tale indicazione, la eventuale sanzione di inutilizzabilità riguardi in concreto solo le captazioni che avvengano in luoghi di privata dimora al di fuori dei presupposti indicati dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen.;*
- *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.*

8. In conclusione, visto l'art. 618 cod. proc. pen., rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni unite.