

04119-20



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da:

Stefano Mogini - Presidente -

Mirella Agliastro

Ersilia Calvanese

Ercole Aprile

Pietro Silvestri -Relatore-

Sent. n. sez. 786

C.C. 30/04/2019

R.G.N. 9590/2019

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso proposto da (omissis) s.p.a.

avverso l'ordinanza emessa il 31/01/2019 dal Tribunale della Libertà di Roma

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere, Pietro Silvestri;

udito il Sostituto Procuratore Generale, dott. Sante Spinaci, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

uditi gli avv.ti (omissis) e (omissis), difensori della società ricorrente, che hanno concluso chiedendo l'accoglimento dei motivi di ricorso ovvero, in subordine, la rimessione alle Sezioni unite della Corte di cassazione della questione oggetto del primo motivo;

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale della libertà di Napoli, in sede di appello cautelare, ha confermato la misura interdittiva del divieto di contrattare con la Pubblica Amministrazione, disposta ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nei confronti della società (omissis) s.p.a.

Alla società indicata è contestato l'illecito di cui all'art. 25, commi 1-2, d. lgs. citato, in relazione all'art. 321 cod. pen., perchè (omissis), "dominus" e organo apicale di fatto della società,

avrebbe commesso nell'interesse della medesima persona giuridica- priva di modelli organizzativi- ed al fine di farle conseguire vantaggi competitivi illegittimi (anticipazioni dei contenuti di bandi di gara, notizie riservate, indicazioni delle modalità con le quali rispondere alle osservazioni ed ai chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, elaborazione di bandi di gara conformi ai desiderata del board amministrativo della società) – i reati previsti dagli artt. 318- 319 cod. pen.; (omissis), nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica gestite da (omissis) s.p.a., avrebbe corrotto (omissis) (omissis), organo apicale di (omissis), corrispondendogli utilità continuative, in cambio dell'asservimento della funzione e del compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio.

Nel processo di merito è stato emesso il decreto che dispone il giudizio sia nei confronti di (omissis) che della società.

1.1.Sul piano della ricostruzione del procedimento cautelare in esame, è utile evidenziare che, a seguito della fissazione della udienza camerale prevista dall'art 47 d. lgs. n. 231 del 2001, il Giudice per le indagini preliminari dispose la misura interdittiva richiesta ma ne sospese la efficacia "alle condizioni del deposito, entro sette giorni dalla notifica dell'ordinanza, di una cauzione pari ad euro 309.800, assieme ad un piano strategico di intervento sugli obiettivi considerati, nonché della prova dell'adempimento del piano strategico formato dall'ente entro 60 giorni dalla notifica".

Lo stesso Giudice, a seguito dell'adempimento indicato, confermò la sospensione della misura cautelare.

La (omissis) s.p.a. propose appello ai sensi dell'art. 52 d. lgs n. 231 del 2001, chiedendo l'annullamento della ordinanza anche per l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza dell'illecito amministrativo dell'ente e del pericolo di recidiva, in ragione, quanto a quest'ultimo profilo, dell'intervenuto risarcimento del "massimo danno ipotizzabile per (omissis) pari all'importo di 3.045.000,00 di euro, delle cauzioni prestate per i lotti della gara, nonché per essersi la società dotata del modello 231 ed avendo dimostrato di non aver ricevuto alcun profitto o vantaggio dall'illecito".

Nelle more della fissazione dell'udienza dell'appello cautelare, il Tribunale di Roma dispose la revoca della misura, considerata la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 17 d. lgs n. 231 del 2001 e, conseguentemente, ordinò la restituzione della cauzione pari ad euro 309.800 euro; ritenne il Tribunale che il versamento della somma di 3.045.000 di euro fosse idoneo ad elidere le conseguenze dannose o pericolose del reato e, quindi, a giustificare la mancata inflizione di misure cautelari interdittive.

Il Tribunale, tuttavia, non si pronunciò sulla questione relativa alla sussistenza dei gravi inizi di colpevolezza dell'illecito dell'ente.

Il Tribunale dell'appello cautelare, in ragione della intervenuta revoca della misura, dichiarò a sua volta, senza fissare l'udienza camerale, l'inammissibilità dell'impugnazione per sopravvenuta carenza di interesse.

La Società propose ricorso per cassazione avverso l'ordinanza dichiarativa della inammissibilità dell'appello cautelare, rappresentando la sussistenza di un interesse all'annullamento "ex tunc"

dell'ordinanza impugnata, atteso che, se fosse stata riconosciuta la insussistenza delle originarie condizioni applicative, sarebbe dovuta conseguire la restituzione delle somme versate e si sarebbero paralizzate altre numerose conseguenze, tutte indicate nel ricorso.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, cui il procedimento era stato rimesso, hanno annullato l'ordinanza impugnata, ritenendo che la dichiarazione di inammissibilità non potesse essere emessa "de plano", senza contraddittorio.

Fissata l'udienza, il Tribunale dell'appello ha rigettato l'impugnazione con l'ordinanza oggi impugnata.

2. Hanno proposto ricorso per cassazione i difensori della società, articolando quattro motivi di ricorso.

2.1. Con il primo si deduce inosservanza di legge penale e di norma processuale, in relazione alla ritenuta sussistenza della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio in capo al funzionario (omissis), (omissis), rilevante ai fini della configurazione del reato presupposto di corruzione.

Si ritiene viziato il provvedimento impugnato che ha rigettato il motivo di appello, recependo la sentenza della Sesta sezione di questa Corte che, giudicando sul ricorso proposto da (omissis) avverso la misura cautelare personale a lui applicata per la stessa vicenda oggetto del presente procedimento, aveva ritenuto sussistente la qualifica soggettiva in capo a (omissis).

L'assunto costitutivo della società ricorrente è che la qualifica soggettiva non possa farsi discendere automaticamente della natura pubblica dell'ente cui appartiene il funzionario, quanto, piuttosto, dall'attività in concreto da questi compiuta; in tal senso, quanto all'attività contrattuale di (omissis), si assume che detta attività avrebbe carattere pubblicistico nella fase antecedente alla aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, mentre sarebbe di carattere privatistico in quella successiva, relativa cioè alla esecuzione del rapporto contrattuale e che riguarderebbe le singole amministrazioni ed il contraente aggiudicatario.

Anche la fase prodromica e preliminare al progetto di gara - relativa alla rilevazione dei fabbisogni di beni e servizi della P.A., alla definizione delle caratteristiche tecniche, merceologiche da inserire nel Capitolato, agli studi di fattibilità - sarebbe di diritto privato.

Dunque, l'attività compiuta da (omissis) non avrebbe carattere pubblicistico perché questi non avrebbe partecipato a nessuna fase del procedimento di gara, a nessun progetto di gara, non sarebbe stato membro di commissione, non avrebbe fatto esercizio di nessuna pubblica funzione e si sarebbe limitato nella fase ante - gara ad assemblare gli atti redatti da altre direzioni; ne deriverebbe che, non potendo essere riconosciuta la qualifica pubblicistica a (omissis), non sarebbe configurabile la fattispecie di corruzione.

Sotto tale profilo, si sostiene, sarebbe tecnicamente errata la sentenza emessa da questa Corte di cassazione - intervenuta, come detto, nella vicenda cautelare personale di (omissis) - che, secondo la società ricorrente, al fine della verifica della sussistenza della qualifica soggettiva in capo a (omissis), avrebbe proceduto ad una valutazione unitaria dell'attività di (omissis) e non avrebbe

invece fatto riferimento ai singoli segmenti di attività in concreto compiuti (si fa riferimento al parere del Prof. Giuseppe Tesaurò del 9/01/2018, di cui si riporta parte del testo).

2.2. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta violazione di legge penale ed inosservanza di norme processuali di numerose disposizioni del d. lgs n. 231 del 2001 e degli artt. 318- 319 cod. pen.

Il tema attiene alla valutazione compiuta dal Tribunale in ordine alla sussistenza dei gravi indizi del reato presupposto di corruzione ed, in particolare, delle dichiarazioni accusatorie del correo, cioè dello stesso (omissis).

Il Tribunale avrebbe fatto ampio riferimento alla sentenza emessa dalla Corte di cassazione nel procedimento relativo alla misura cautelare personale applicata a (omissis), ma non avrebbe valutato correttamente le dichiarazioni rese da (omissis) in sede di incidente probatorio, fortemente modificative di quelle precedenti; (omissis) avrebbe "smentito", e comunque rimodulato, le precedenti dichiarazioni: egli, si assume, non avrebbe rivelato a (omissis) nessuna notizia riservata, non avrebbe dato apporti alla predisposizione di un'offerta per la gara FM4, non avrebbe fornito apporti per la gara FM3, avrebbe fornito solo consigli generici, non avrebbe visto la relazione di chiarimenti, avrebbe fornito consigli solo per la predisposizione di atti della società privata, quali il progetto tecnico o sulle modalità con cui fornire i chiarimenti; dunque, si evidenzia, profili esterni rispetto alla funzione pubblica, e, quindi, nessun atto contrario ai doveri d'ufficio sarebbe stato compiuto e le attività poste in essere da (omissis) sarebbero state realizzate solo "in occasione" dell'ufficio: quindi, nessuna corruzione propria e nessuna corruzione per la funzione (in tal senso si richiamano anche le deduzioni di (omissis) nel procedimento disciplinare a suo carico).

2.3. Con il terzo motivo si lamenta l'inosservanza di norme processuali previste a pena di inutilizzabilità e vizio di motivazione.

Il tema attiene alla invocata inutilizzabilità: a) di tutte le intercettazioni ambientali per mancanza originaria di gravi (o sufficienti) indizi dei reati contestati e, in ogni caso, per mancanza di adeguata motivazione dei decreti autorizzativi; b) delle intercettazioni ambientali effettuate con microspie tradizionali negli uffici della (omissis) spa - in via (omissis) - perché eseguite in assenza dei presupposti di legittimità di cui all'art. 266 cod. proc. pen.

La difesa aveva evidenziato in sede di appello che i riscontri alle dichiarazioni di (omissis) sarebbero stati costituiti dalle risultanze delle intercettazioni di conversazioni e che queste erano state autorizzate o prorogate sulla base di contestazioni provvisorie di reati ritenuti assertivamente aggravati dall'art. 7 della legge n. 203 del 1991, senza, tuttavia, che in realtà ve ne fossero i presupposti.

Tali notizie di reato, si sostiene, - strutturalmente non verificate- avrebbero consentito di fare ricorso all'uso di captatori informatici; solo dal 2 agosto 2016 l'attività di intercettazione sarebbe stata compiuta non più attraverso virus spia ma con microspie tradizionali presso gli uffici romani della (omissis) spa, ma ciò, tuttavia, non sulla base di un ulteriore ed autonomo provvedimento del Gip ma in ragione di un mero decreto esecutivo del Pubblico Ministero.

La difesa, si aggiunge, aveva indicato al Tribunale la successione dei decreti autorizzativi e di proroga delle indagini in rapporto alle varie iscrizioni delle notizie di reato succedutesi nel tempo e, in particolare, come non esistessero elementi effettivi per ritenere configurabile una notizia di reato per fatti di criminalità organizzata che legittimasse il ricorso alla captazione mediante virus spia su alcune utenze telefoniche.

Il Giudice per le indagini preliminari, nel disporre l'autorizzazione alle intercettazioni, non avrebbe verificato la qualificazione del fatto reato e la sua riconducibilità alla nozione di criminalità organizzata, né compiuto un effettivo vaglio della indispensabilità del mezzo di ricerca della prova (il tema attiene alle conversazioni riversate sul Rit 4238/2015, a quelle contenute sul rit. 2676/2016 ed a quelle oggetto del decreto del 18/07/2016).

Ne deriverebbe l'inutilizzabilità di tutte le conversazioni intercettate in via conseguente anche per effetto di decreti di proroga.

Il Tribunale su tutti questi profili avrebbe ommesso di motivare, limitandosi a richiamare i provvedimenti emessi nella vicenda cautelare personale di ^(omissis).

2.4. Con il quarto motivo si lamenta violazione di plurime disposizioni del d. lgs n. 231 del 2001 e violazione del principio di correlazione tra domanda cautelare e misura emessa.

Dalla richiesta di applicazione della misura interdittiva emergerebbe che la contestazione cautelare avrebbe fatto riferimento all'art. 25, comma 1, d. lgs n. 231 del 2001, mentre invece il comma 5 dello stesso articolo limiterebbe la possibilità di applicare la misura interdittiva solo per i delitti indicati nei commi 2-3- della stessa norma.

Il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto meramente formale e, dunque, irrilevante, il richiamo all'art. 25, comma 1, in quanto la contestazione sarebbe comunque formulata rispetto ad un reato presupposto - quello di corruzione propria - che consentirebbe l'applicazione della misura interdittiva.

3. Il 19 aprile 2019 è stata presentata una memoria nell'interesse della società ricorrente con cui si sviluppano ulteriormente gli argomenti posti a fondamento del primo e del secondo motivo di ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato.

2. È infondato il primo motivo di ricorso.

2.1. Con la riformulazione degli artt. 357 e 358 cod. pen. ad opera della legge 26 aprile 1990, n. 86, è stato definitivamente positivizzato il superamento della concezione soggettiva delle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, che privilegiava il rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico, con l'adozione di una prospettiva funzionale-oggettiva, secondo il criterio della disciplina pubblicistica dell'attività svolta e del suo contenuto.



Ciò che è necessario accertare, ai fini dell'assunzione della qualifica di pubblico ufficiale, è l'esercizio di una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Tale ultima funzione è stata specificamente definita al secondo comma dell'art. 357 cod. pen., introdotto dalla legge 7 febbraio 1992, n. 181, attraverso specifici indici di carattere oggettivo che consentono di delimitare la funzione pubblica, verso l'esterno, da quella privata e, verso l'interno, dalla nozione di pubblico servizio.

Si definisce, infatti, pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico (Sez. U, n. 10086 del 13/07/1998, Citaristi, definisce tali quelle attinenti all'organizzazione generale dello Stato) e da atti autoritativi e caratterizzata, nell'oggetto, dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o, nelle modalità di esercizio, dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi (Sez. U, n. 7958 del 27/03/1992, Delogu).

Come emerge dall'impiego nel testo della norma della disgiuntiva "o", in luogo della congiunzione "e", i suddetti criteri normativi di identificazione della pubblica funzione non sono tra loro cumulativi, ma alternativi.

E' stato, inoltre, precisato che nel concetto di poteri "autoritativi" rientrano non soltanto i poteri coercitivi, ma tutte quelle attività che sono esplicazione di un potere pubblico discrezionale nei confronti di un soggetto che viene a trovarsi su un piano non paritetico - di diritto privato - rispetto all'autorità che tale potere esercita; rientrano, invece, nel concetto di "poteri certificativi" tutte quelle attività di documentazione cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, quale che ne sia il grado (Sez. U, Delogu).

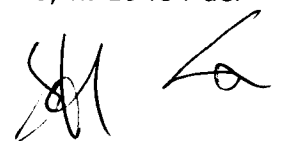
La giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, attribuito rilevanza anche all'esercizio di fatto della pubblica funzione, purchè questo non sia usurpato, ma accompagnato dall'acquiescenza, dalla tolleranza o dal consenso, anche tacito, dell'amministrazione (Sez. 6, n. 19217 del 13/01/2017, Como, Rv. 270151).

L'attività dell'incaricato di pubblico servizio, secondo la definizione contenuta al successivo art. 358 cod. pen., è ugualmente disciplinata da norme di diritto pubblico, ma presenta due requisiti negativi in quanto manca dei poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione, con la quale è in rapporto di accessorietà e complementarietà, e non ricomprende le attività che si risolvono nello svolgimento di mansioni di ordine o in prestazioni d'opera meramente materiale.

Si tratta, dunque, di un'attività di carattere intellettuale, caratterizzata, quanto al contenuto, dallo svolgimento di compiti di rango intermedio tra le pubbliche funzioni e le mansioni di ordine o materiale.

Quale diretta conseguenza del criterio oggettivo-funzionale adottato dal legislatore, la qualifica pubblicistica dell'attività prescinde dunque dalla natura dell'ente in cui è inserito il soggetto e dalla natura pubblica dell'impiego.

La giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato che anche i soggetti inseriti nella struttura organizzativa di una società per azioni possono essere qualificati come pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l'attività della società sia disciplinata da norme di diritto pubblico e persegua delle finalità pubbliche, sia pure con strumenti privatistici (da ultimo, Sez. 6, n. 19484 del



23/01/2018, Bellinazzo, Rv. 273781; Sez. 6, n. 45908 del 16/10/2013, Orsi, Rv. 257384, relativa a fattispecie nella quale la Corte ha riconosciuto la qualifica di incaricato di pubblico servizio all'amministratore di una società per azioni, operante secondo le regole privatistiche, ma partecipata da un consorzio di enti pubblici ed avente ad oggetto la gestione di un servizio di pubblico interesse, quale la raccolta o lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani; conformi Sez. 6, n. 49759 del 27/11/2012, Zabatta, Rv. 254201; Sez. 6, n. 1327 del 07/07/2015, dep. 2016, Caianiello, Rv. 266265).).

Rileva l'attività dell'ente e, posto che questa abbia caratteri pubblicistici, quale sia in concreto l'attività compiuta dal soggetto.

2.2. In tale contesto, il Tribunale, sulla base degli elementi indiziari disponibili in tale fase procedimentale, ha correttamente ritenuto sussistente la qualifica soggettiva in capo a (omissis), richiamando, in modo condivisibile, le argomentazioni ed i principi già affermati da questa Sezione della Corte di cassazione con la sentenza n. 36874 del 13/06/2017 - ampiamente ripresa anche dalla società ricorrente - che si è pronunciata, come già detto, sul ricorso presentato da (omissis) (omissis) in ordine alla legittimità della misura cautelare personale, disposta nei suoi confronti per il reato di corruzione, presupposto dell'illecito poi contestato alla società.

La Corte di cassazione con la sentenza indicata ha chiarito e spiegato, con argomentazioni che questo Collegio condivide pienamente: a) il rilievo pubblicistico dell'attività della (omissis) s.p.a.; b) il rilievo pubblicistico, nell'ambito dell'attività della società in questione, dell'attività in concreto compiuta da (omissis) e dall'ufficio da questi diretto con particolare riguardo alla predisposizione dei bandi di gara; c) come i bandi di gara fossero sì predisposti con il contributo di varie articolazioni della (omissis) s.p.a., ma con la essenziale opera dell'ufficio diretto dal (omissis) che "sovrintendeva" alle operazioni ed "assemblava il documento finale"; d) il contributo fornito da (omissis) a (omissis) nella preparazione delle offerte tecniche ed economiche prima della pubblicazione dei bandi di gara ovvero nelle indicazioni tecniche per la predisposizione stessa delle offerte e per le risposte da fornire alle richieste di chiarimenti dalla (omissis).

Dunque, diversamente dagli assunti difensivi, la qualifica soggettiva non è stata fatta discendere in modo generico dall'attività complessivamente compiuta dall'ente, quanto, piuttosto, attraverso l'esame del tipo di attività in concreto compiuta dall'ente e dallo stesso (omissis) che per l'ente operava.

Ne deriva l'infondatezza del motivo di ricorso.

3. Inammissibile è il secondo motivo.

3.1. Si tratta di un motivo con cui, come detto, si deduce la violazione di legge sostanziale e processuale (art. 606, lett. b) - c) cod. proc. pen.), quanto alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza del reato presupposto dell'illecito contestato all'ente.

La violazione della legge penale sarebbe conseguente alla violazione di quella processuale e, in particolare, dell'art. 192, commi 2- 3, cod. proc. pen., applicabile anche in materia di responsabilità

da reato delle persone giuridiche, atteso il richiamo contenuto negli artt. 34- 35 d. lgs., n. 231 del 2001.

Il tema attiene alla valutazione compiuta dal Tribunale delle dichiarazioni rese da (omissis), che, in quanto rimodulate nel corso del tempo, sarebbero, soprattutto dopo l'incidente probatorio, prive di concordanza.

Il Tribunale avrebbe valutato dette dichiarazioni in violazione dell'art. 192 cod. proc. pen. e, dunque, da esse non avrebbe potuto inferire "l'esistenza dei fatti" e i gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di corruzione presupposto (così il ricorso).

3.2. Il motivo è inammissibile perché erroneamente strutturato.

L'erronea applicazione dell'art. 192 cod. proc. pen. non è deducibile in termini di violazione di legge: si tratta infatti di una disposizione non assimilabile ad una norma di diritto penale o ad altra norma giuridica di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale, come indicato nell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., e nemmeno ad una norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza, ai sensi del predetto art. 606, comma 1, lett. c), giacché l'inosservanza dell'art. 192 cod. proc. pen. non è in tal modo sanzionata (Sez. 1, n. 42207 del 20/10/2016, dep. 2017, Pecorelli, Rv. 271294; Sez. 3, n. 44901 del 17/10/2012, F., Rv. 253567; Sez. 6, n. 7336 del 08/01/2004, Meta, Rv. 229159; Sez. 1, n. 1088 del 26/11/1998, dep. 1999, Condello, Rv. 212248).

La dedotta violazione dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen. rileva solo come vizio di motivazione nei limiti indicati dall'art. 606, comma 1, lett. e), ossia come mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulti dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame.

In particolare, poiché la mancata osservanza di una norma processuale intanto ha rilevanza in quanto sia stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza, come espressamente disposto dall'art. 606, comma 1, lett. c) cod. proc. pen., non è ammissibile il motivo di ricorso in cui si deduca la violazione dell'art. 192 cod. proc. pen., la cui inosservanza non è in tal modo sanzionata (Sez. 4, n. 51525 del 04/10/2018, M., Rv. 274191; Sez. 3, n. 44901 del 17/10/2012, F, Rv. 253567).

Nel caso di specie, il vizio di motivazione non è stato dedotto e dunque il motivo di ricorso è inammissibile.

4. Inammissibile per genericità è anche il terzo motivo di ricorso.

4.1. La Corte di cassazione con molteplici pronunce - anche a Sezioni unite e non sempre recenti - ha stabilito principi funzionali ad attuare il percorso demolitorio intrapreso dalla parte che eccepisce la inutilizzabilità probatoria di un atto processuale.

In tema di intercettazioni telefoniche, è consolidato il principio secondo cui è necessario, a pena di inammissibilità del motivo, che il ricorrente indichi quali siano le conversazioni intercettate che sarebbero inutilizzabili e chiarisca l'incidenza degli atti specificamente affetti dal vizio sul

complessivo compendio probatorio già valutato, sì da potersene inferire la decisività ai fini del provvedimento impugnato. (Sez. U., n. 23868 del 23/04/2009, Fruci, Rv. 243416; nello stesso senso, Sez. U, n. 39061 del 16/07/2009, De Iorio, Rv. 244328; Sez. 4, n. 46478 del 21/09/2018, Gullè, non massimata).

Ulteriori approfondimenti di rilievo concernono i limiti demolitori della pronuncia di legittimità; prima infatti di annullare con rinvio la sentenza basata su di un dato dimostrativo dichiarato inutilizzabile, è necessario procedere alla c.d. prova di resistenza, valutando se la motivazione "resti in piedi", nonostante l'eliminazione dell'elemento viziato. La regola viene considerata un corollario dell'interesse all'impugnazione: se la sentenza non è basata sulla prova inutilizzabile, il ricorso, ancorché fondato nel merito, deve essere rigettato (Sez. U, n. 4265 del 25/02/1998, Gerina, in motivazione; Sez. 5, n. 37694 del 15/07/2008, Rizzo, Rv. 241299; Sez. 2, n. 30271 dell'11/05/2017, De Matteis, Rv. 270303).

Questa Corte, con orientamento consolidato (Sez. 2, n. 7986 del 18/11/2016, dep. 2017, La Gumina, Rv. 269218; Sez. 6, n. 18764 del 05/02/2014, Barilari, Rv. 259452; Sez. 3, n. 3207 del 2/10/2014, dep. 2015, Rv. 262011) che il Collegio condivide e ribadisce, ha, infatti, osservato che, nei casi in cui con il ricorso per cassazione si lamenti l'inutilizzabilità o la nullità di una prova dalla quale siano stati desunti elementi a carico, il motivo di ricorso deve illustrare, a pena di inammissibilità per aspecificità, l'incidenza dell'eventuale eliminazione del predetto elemento ai fini della cosiddetta "prova di resistenza", essendo in ogni caso necessario valutare se le residue risultanze, nonostante l'espunzione di quella inutilizzabile, risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento; gli elementi di prova acquisiti illegittimamente diventano infatti irrilevanti ed influenti se, nonostante la loro espunzione, le residue risultanze risultino sufficienti a giustificare l'identico convincimento

Nel caso di specie, il motivo di ricorso è generico, non avendo chiarito l'imputato né quali sarebbero le specifiche conversazioni intercettate che si assumono essere inutilizzabili, né quale sarebbe la loro valenza probatoria rispetto al ragionamento sotteso alla affermazione della sussistenza della gravità indiziaria, cioè la loro incidenza e decisività rispetto alla decisione impugnata.

Il motivo di ricorso in esame, per come strutturato, esula dal percorso di una ragionata censura del percorso motivazionale del provvedimento impugnato e si risolve in una generalizzata critica difettiva ed inadeguata, che sostanzialmente non permette al giudice di percepire con certezza il contenuto delle censure.

Ne consegue, già sotto tale profilo, l'inammissibilità del motivo.

4.2. Sotto altro e non meno rilevante profilo, l'assunto costitutivo del ricorrente è che, sostanzialmente, tutte le conversazioni intercettate sarebbero inutilizzabili anche per derivazione.

Si tratta di assunti che, oltre a manifestare una genericità strutturale, di cui si è già detto, non considerano l'elaborazione della giurisprudenza della Corte di cassazione e della dottrina sull'istituto della inutilizzabilità derivata.

L'orientamento del tutto prevalente della giurisprudenza è inequivocabilmente nel senso di escludere che sia applicabile all'inutilizzabilità la regola, dettata dall'art. 185, comma 1, cod. proc. pen., per cui «la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo» (Sez. 5, n. 12697 del 20/11/2014, Strazimiri, Rv. 263031; Sez. 2, n. 44877 del 29/11/2011, Berardinetti, Rv, 251361)

È infatti diffusa sul tema l'affermazione secondo cui la prova inutilizzabile impedisce al giudice di porla a fondamento dell'argomentazione giustificativa di una decisione, con la conseguenza che, risultando invalida la motivazione eventualmente così esibita, la decisione risulterà anche nulla per difetto di motivazione (art. 125, comma 3, cod. proc. pen.), quando non vi siano altre prove idonee a giustificarla indipendentemente da quelle inutilizzabili (cosiddetta prova di resistenza, di cui si è detto).

Ciò che viene tuttavia escluso è la possibilità che l'inutilizzabilità si comunichi, a norma dell'art. 185, ad atti successivi la cui eventuale motivazione non faccia riferimento alla prova inutilizzabile; sul punto si afferma soprattutto che il riferimento contenuto nella motivazione di un provvedimento ad una prova inutilizzabile deve essere dimostrato da chi ne eccepisce l'invalidità (Sez. 4, n. 736 del 12/02/1999, Rubino, Rv. 212882, Sez. 2, n. 669 del 1/02/2000, Carloni, Rv. n. 215408, Sez. U., 23/04/2009, Fruci, cit.)

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 332 del 27/09/2001, ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 del codice di procedura penale, sollevata per contrasto con l'art. 24 della Costituzione, nella parte in cui "consente l'utilizzazione di prove che derivino, non solo in via diretta, ma anche in via mediata da un atto posto in essere in violazione di divieti, ed in particolare l'utilizzazione del risultato di una perquisizione nulla".

La Corte ha chiarito come: a) la soluzione prospettata dal giudice remittente avrebbe finito per trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema delle nullità: "l'accoglimento del quesito avrebbe comportato l'esercizio di opzioni che l'ordinamento riserva esclusivamente al legislatore, in una tematica, per di più che - quale quella dei rapporti di correlazione o dipendenza tra gli atti probatori - ammette, già sul piano logico, un'ampia varietà di possibili configurazioni e alternative"; b) siano fenomeni "tutt'altro che sovrapponibili" quelli della nullità e della inutilizzabilità, così da non potersi "trasferire nella disciplina della inutilizzabilità un concetto di vizio derivato che il sistema regola esclusivamente in relazione al tema della nullità".

La inesistenza di una generale principio di inutilizzabilità derivata degli atti è confermata attraverso il riferimento all'art. 202 cod. proc. pen., che inibisce all'autorità giudiziaria l'utilizzazione, anche indiretta, delle notizie coperte dal segreto di Stato; significativo è che in relazione a tale norma, diversamente dalle altre, la Corte costituzionale abbia chiarito che «tale divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e dei documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine» (Corte cost. n. 110 del 1998).

Acutamente si è osservato in dottrina che la Corte, con riferimento all'art. 202 cod. proc. pen. inibisce l'utilizzazione delle conoscenze coperte da segreto, non solo ai fini delle determinazioni sull'esercizio dell'azione penale e di una qualsiasi decisione giurisdizionale, ma anche a fini investigativi.


La Corte costituzionale distingue dunque un'utilizzazione probatoria, in funzione della decisione sul fatto oggetto della imputazione, e un'utilizzazione c.d. euristica, strumentale alle funzione investigativa o istruttoria, delle informazioni coperte da segreto.

Quello previsto dall'art. 202 cod, proc. pen. è un divieto più ampio che non attiene solo alla funzione probatoria delle informazioni illegittimamente acquisite.

Dunque, si osserva in maniera condivisibile, la richiesta di una prova che sarebbe inutilizzabile è una richiesta essa stessa invalida per inammissibilità ed il giudice deve rilevarlo, atteso che, diversamente, quella prova è probatoriamente inutilizzabile ai fini della decisione.

Ma se una tale prova, ammessa a dispetto della sua inammissibilità, non risulti destinata a giustificare in maniera costitutiva una qualche decisione o determinazione, la sua inutilizzabilità, pur persistente e rilevabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 191, comma 2), rimane senza ulteriori conseguenze, anche se le informazioni che possano trarsene vengano implicitamente impiegate per l'ammissione e la ricerca di altre valide prove: ciò che ne è preclusa, si osserva testualmente, è infatti solo l'utilizzazione a sostegno di una decisione o determinazione sul fatto controverso, a meno che non si tratti di informazioni di cui è preclusa qualsiasi utilizzazione, che ne comporti anche solo una comunicazione o diffusione.

Nel caso di specie, il motivo di ricorso è, da una parte, obiettivamente generico perché non indica quali sarebbero le specifiche conversazioni inutilizzabili e quale la loro valenza rispetto all'accertamento della responsabilità dell'imputato, e, dall'altra, è fondato su una indistinta e generalizzata richiesta di inutilizzabilità per derivazione di tutte le conversazioni riportate sui Rit indicati, senza tuttavia distinguere tra: a) conversazioni inutilizzabili perché direttamente derivanti dalla violazione di un divieto probatorio; b) intercettazioni espressamente disposte a seguito del decisivo apporto conoscitivo derivante dalle intercettazioni inutilizzabili, che, a loro volta, sarebbero inutilizzabili; c) intercettazioni autonome ovvero solo eventualmente collegate, solo occasionalmente connesse, solo in parte o non per nulla giustificate da elementi derivanti dal conversazioni inutilizzabili, ed i cui risultati sono utilizzabili.

5. Inammissibile è il quarto motivo di ricorso, avendo correttamente rilevato il Tribunale che, al di là di rilievi formali, la misura interdittiva è stata chiaramente disposta per un reato per il quale è prevista. 

6. All'infondatezza del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

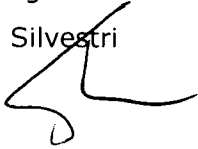


P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.
Così deciso in Roma, il 30 aprile 2019.

Il Consigliere estensore

Pietro Silvestri



Il Presidente

Stefano Mogini

