

# **Antologia**



CLAUDIA LARINNI

## INTERCETTAZIONI “A STRASCICO” E GARANZIE COSTITUZIONALI, ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’art. 15 Cost.: l’*inviolabilità* della libertà di comunicazione e la riserva di legge e di giurisdizione. – 3. Il testo originario dell’art. 270 c.p.p. e il dibattito giurisprudenziale circa la nozione di “*diverso procedimento*”. – 4. Le modifiche apportate dalla riforma Orlando (d.lgs. n. 216/2017). – 5. L’“argine” innalzato dalle Unite Cavallo rispetto alle intercettazioni “a strascico” (Cass., Sez. Un., n. 51/2019). – 5.1. La definizione della nozione di “*procedimento diverso*”. – 5.2. L’operatività dei limiti di ammissibilità *ex art.* 266 c.p.p. – 6. Le novità introdotte dalla recente riforma (d.l. n. 161/2019, conv. in l. n. 7/2020). – 6.1. L’ampliamento dell’utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni operate con captatore informatico (art. 270, c. 1-*bis* c.p.p.). – 6.2. La riduzione dell’ambito applicativo del divieto di utilizzazione *ex art.* 270, c. 1 c.p.p. – 7. L’“*approdo*” dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale: l’attuale perimetro dell’utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. – 8. Rilievi conclusivi: la limitazione dei diritti individuali come *eccezione*.

### 1. Introduzione

La questione problematica relativa ai presupposti ed ai limiti di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi è tornata al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, a seguito delle modifiche apportate al testo dell’art. 270 c.p.p., dapprima, dalla riforma Orlando (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216) e, in tempi più recenti, dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, nonché dalla relativa legge di conversione (l. 28 febbraio 2020, n. 7).

Sebbene il ricorso alle intercettazioni c.d. “*a strascico*” ponga non pochi problemi di compatibilità con la garanzia di cui all’art. 15 Cost., che sancisce l’*inviolabilità* della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione, gli interventi normativi succedutesi negli ultimi anni hanno notevolmente attenuato l’originario rigore del divieto previsto dall’art. 270, c. 1 c.p.p., consentendo un più ampio ed agevole utilizzo a fini probatori dei risultati dell’attività captativa in procedimenti diversi rispetto a quello nell’ambito del quale le attività captative sono state autorizzate.

Le modifiche introdotte, da ultimo, dalla novella del 2019, comportano il sostanziale superamento dell’argine che di recente era stato innalzato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per contenere l’ampliamento, operato da una parte

della giurisprudenza di legittimità, dell'utilizzabilità dei risultati captativi in procedimenti diversi rispetto a quello originario, privilegiando una lettura maggiormente restrittiva della nozione di "diverso procedimento" di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p.<sup>1</sup>.

Al fine di valutare la compatibilità della nuova normativa con il dettato costituzionale, si procederà alla previa analisi della portata dei vincoli che esso impone all'effettuazione di attività di captazione, e, in seguito, all'approfondimento dell'evoluzione, tanto normativa quanto giurisprudenziale, della disciplina dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi.

## 2. *L'art. 15 Cost.: l'inviolabilità della libertà di comunicazione e la riserva di legge e di giurisdizione*

La garanzia di cui all'art. 15 Cost. presenta un rilievo centrale nell'ambito della riforma operata con d.l. n. 161/2019 (conv. in l. n. 7/2020), che mira, tra gli altri obiettivi, ad assicurare una maggiore tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nelle captazioni, impedendo la conoscenza da parte di terzi di informazioni di carattere personale, quando queste non siano rilevanti ai fini delle indagini<sup>2</sup>. Viene, in questo caso, in considerazione quella componente della tutela della riservatezza delle comunicazioni che attiene alla protezione di dati ed informazioni di carattere strettamente personale e privi di rilevanza ai fini probatori e/o della prosecuzione delle indagini, la cui diffusione comporterebbe un'indebita lesione della sfera privata e della reputazione dei singoli, comprendenti tanto soggetti terzi, estranei al procedimento e solo occasionalmente coinvolti dall'attività di ascolto, quanto lo stesso indagato<sup>3</sup>.

Il divieto probatorio previsto dall'art. 270 c.p.p. in materia di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, anch'esso oggetto di modifica nell'ambito della recente novella, chiama invece in causa un differente profilo

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51, *Cavallo*.

<sup>2</sup> V., in particolare, le previsioni di cui agli artt.: 268, c. 2-*bis* c.p.p., in base al quale il p.m. vigila affinché nei verbali delle intercettazioni non siano riportate espressioni lesive della reputazione o relative a dati sensibili, salvo che siano rilevanti ai fini delle indagini; 268, c. 6 c.p.p., che impone al giudice di procedere allo stralcio delle registrazioni e dei verbali relativi a categorie particolari di dati personali e che siano irrilevanti a fini investigativi; 114, c. 2-*bis* c.p.p., che vieta la pubblicazione del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268 e 415-*bis* c.p.p.

<sup>3</sup> V., con riferimento alle relative disposizioni del d.l. n. 161/2019, D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sistema penale*, fasc. 2, 2020, pp. 87 ss. Con riguardo alla declinazione del medesimo profilo dell'art. 15 Cost. nel precedente d.lgs. n. 216/2017, v. G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2018, pp. 521 ss.

della disposizione costituzionale in esame<sup>4</sup>, relativo alla protezione della sfera personale del singolo avverso indebite interferenze pubbliche, specialmente laddove queste siano espressione dell'interesse pubblico alla repressione dei reati. È proprio al fine di garantire l'inviolabilità delle comunicazioni rispetto ad eventuali atti limitativi di tale libertà, posti in essere dai pubblici poteri, che la Carta costituzionale sancisce una doppia riserva, di legge e di giurisdizione, alla quale sono soggette anche le attività di intercettazione<sup>5</sup>.

A dispetto della qualificazione della libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni come diritto "inviolabile", in quanto «diritto dell'individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali»<sup>6</sup>, la previsione della possibilità di una sua limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e «con le garanzie stabilite dalla legge» (art. 15 Cost.) indica che essa è suscettibile di *bilanciamento* con altri interessi di pari rango costituzionale e, segnatamente, con l'interesse alla persecuzione penale, qualificato dalla giurisprudenza costituzionale come «interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile»<sup>7</sup>.

La riserva di legge e di giurisdizione costituisce, rispettivamente, il *presupposto* ed il *mezzo* (*rectius*, l'organo deputato alla realizzazione) della valutazione comparativa prevista dall'art. 15 Cost.

La *riserva di legge*, sancita anche dall'art. 8 Cedu<sup>8</sup> nonché, indirettamente, dall'art. 6, par. 1 Cedu in materia di giusto processo<sup>9</sup>, rappresenta la premessa logica (ancor prima che giuridica) rispetto alla riserva di giurisdizione, in quanto i requisiti prescritti dalla legge e, in particolar modo, la previsione dei reati rispetto ai

<sup>4</sup> Per un'analisi dell'art. 15 Cost., v.: P. BARILE-E. CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pp. 743 ss.; P. CARETTI, voce *Comunicazione e informazione*, in *Enc. dir.*, Annali, I, 2007, pp. 225 ss. V. anche A. PACE, *sub* Art. 15, in *Commentario della Costituzione, Vol. Rapporti civili. Art. 13-20*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, pp. 100 ss.

<sup>5</sup> V. in proposito: V. GREVI, *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 724 ss. Con riguardo al più ampio diritto alla riservatezza, v. S. FURFARO, *Il diritto alla riservatezza*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, a cura di A. Gaito, Aracne, Roma, 2011, pp. 21 ss. V. anche, nella manualistica: V. GREVI-G. ILLUMINATI, *Capitolo III. Prove*, in *Compendio di Procedura penale*, a cura di M. Bargis, Cedam, Padova, 2020, pp. 314 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 383 ss.

<sup>6</sup> Corte cost., 11 luglio 1991, n. 366, punto 3 del *Considerato in diritto*. V. anche Corte cost., 12 gennaio 1993, n. 10, nonché, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, *Sala*.

<sup>7</sup> Corte cost., n. 366/1991, punto 3 del *Considerato in diritto*. Nello stesso senso, v.: Corte cost., sentt. nn. 223/1987, 98/1976, 120/1975, 34/1973.

<sup>8</sup> V. G. LO FORTE, *Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa*, in *Criminalia*, 2006, pp. 356 ss.

<sup>9</sup> A. GAITO, *Intercettazioni illecite, illegali e illegittime*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, a cura di A. Gaito, Aracne, Roma, 2011, p. 263.

quali l'attività captativa è ammissibile (art. 266 c.p.p.) «definiscono il *perimetro legale* all'interno del quale il giudice deve operare le valutazioni relative alla sussistenza, nella fattispecie concreta, dei presupposti dell'autorizzazione»<sup>10</sup>. Tali requisiti discendono dal contemperamento del diritto dei *singoli* alla libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione (art. 15 Cost.), da una parte, e dell'interesse *pubblico* all'efficace repressione dei reati, ricondotto al principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.)<sup>11</sup>.

La *riserva di giurisdizione* impone, invece, che la ponderazione degli interessi appena descritti sia rinnovata dal giudice, tenendo conto delle peculiarità del caso concreto: nel verificare se sussistano i presupposti per l'adozione del provvedimento autorizzativo previsti dall'art. 267 c.p.p., l'organo giurisdizionale è chiamato a valutare se il bilanciamento possa essere risolto a favore dell'interesse alla persecuzione penale e ad «impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche venga ad essere *sproporzionatamente* sacrificato»<sup>12</sup>. La discrezionalità di questo apprezzamento, cui contribuisce la difficoltà di definire in maniera univoca il criterio di proporzionalità-ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.<sup>13</sup>, può essere circoscritta soltanto attraverso la stretta osservanza della disciplina legale ed una «adeguata e specifica motivazione»<sup>14</sup> del provvedimento autorizzatorio in ordine alla sussistenza dei limiti di ammissibilità ed ai presupposti dell'intercettazione (artt. 266 e 267 c.p.p.), al fine di verificare la correttezza dell'esercizio del potere attribuito al giudice<sup>15</sup>.

Rispetto all'ipotesi dell'impiego dei risultati delle intercettazioni in un procedimento diverso rispetto a quello in cui queste sono state disposte (art. 270 c.p.p.), l'adozione di un approccio restrittivo nell'interpretazione della disciplina legislativa è ancor più necessaria, vista l'attenuazione della riserva di giurisdizione che la circolazione delle prove comporta. Consentendo l'utilizzo delle intercettazioni effettuate in un diverso procedimento, infatti, si ammette che la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni avvenga senza che nel procedimento di destinazione sia stato assunto un apposito provvedimento autorizzativo. In tal modo, la previsione dell'art. 15 Cost., seppure formalmente rispettata, viene di

<sup>10</sup> Cass., Sez. Un., n. 51/2019, punto 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>11</sup> Corte cost., n. 366/1991.

<sup>12</sup> Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34, punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> V. F. CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*, in *Giurisprudenza penale web*, fasc. 6, 2020, p. 6.

<sup>14</sup> Corte cost., sentt. nn. 81/1993, 366/1991, 223/1987, 98/1976, 34/1973.

<sup>15</sup> Sul ruolo della motivazione nel provvedimento di autorizzazione all'intercettazione, v.: A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 115 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 108 ss.

fatto disattesa, in quanto richiede una *valutazione ex ante*<sup>16</sup>, da parte dell'organo giurisdizionale, circa la proporzionalità dell'interferenza nella vita privata dei soggetti coinvolti rispetto alle esigenze di persecuzione penale<sup>17</sup>. L'utilizzazione delle intercettazioni in un diverso procedimento, inoltre, determinerebbe la sostanziale elusione dell'obbligo di *motivazione* imposto dall'art. 111, c. 6 Cost.<sup>18</sup>, nonché la violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.), il cui esercizio implica il controllo del rispetto della disciplina legislativa in ordine ai presupposti della captazione<sup>19</sup>.

La ponderazione, effettuata dal legislatore, tra la libertà e segretezza delle comunicazioni e l'interesse alla repressione dei reati conduce quindi, in via *generale*, a limitare l'utilizzabilità dei risultati captativi al medesimo procedimento: in tal caso, il provvedimento autorizzatorio (espressione della riserva di giurisdizione *ex art. 15 Cost.*) costituisce non soltanto il *presupposto* di legittimazione, ma anche il *limite* di utilizzazione delle intercettazioni<sup>20</sup>.

Anche la Corte costituzionale ha sottolineato come il ricorso a questo strumento non possa non essere sottoposto a condizioni di validità particolarmente rigorose, in considerazione della natura «indubbiamente *eccezionale* dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni» e della «formidabile capacità intrusiva» delle intercettazioni<sup>21</sup>. Ciò vale, ed in misura ancora maggiore, anche per l'impiego dei risultati captativi in procedimenti diversi.

È tuttavia possibile ammettere tale impiego, in via *eccezionale*, qualora l'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, quale quello espresso dall'art. 112 Cost., sia ritenuto prevalente. A tal fine, si richiede la sussistenza di due condizioni. In primo luogo, i casi eccezionali di utilizzazione dei risultati in procedimenti diversi devono essere «tassativamente indicati dalla legge» (in conformità con la riserva di cui all'art. 15 Cost.) e

<sup>16</sup> V. Corte cost. n. 34/1973, punto 2 del *Considerato in diritto*, secondo la quale il principio enunciato dall'art. 15, c. 1 Cost. «sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza *previa*, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria».

<sup>17</sup> V. in tal senso G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni Unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 30 gennaio 2020. V. anche F. RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 103.

<sup>18</sup> V. in proposito G. TABASCO, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2020, pp. 6 ss.

<sup>19</sup> V. L. KALB, *Relazione*, in *Atti del convegno "Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti"*, Milano, 5-7 ottobre 2007, a cura di R.E. Kostoris, Giuffrè, Milano, 2009, p. 321.

<sup>20</sup> V. in tal senso Cass., Sez. Un., n. 51/2019, punto 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> Corte cost., n. 366/1991, punto 3 del *Considerato in diritto*.

finalizzati «all'accertamento di una categoria predeterminata di reati *presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale*» e, come tali, «di *maggior gravità*». In secondo luogo, l'impiego dei risultati, implicando una restrizione della libertà di comunicazione, deve essere «ciroscritto alle operazioni *strettamente necessarie*» alla tutela dell'interesse alla persecuzione penale, ossia all'ipotesi in cui «gli elementi raccolti con le intercettazioni risultino *indispensabili* per l'accertamento di alcuno dei delitti indicati dall'art. 380 c.p.p.»<sup>22</sup>, richiedendosi, dunque, che la limitazione del diritto del soggetto intercettato sia *proporzionata* rispetto al soddisfacimento dell'interesse pubblico espresso dall'art. 112 Cost.

La Consulta ha giudicato la disciplina codicistica dell'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi (art. 270, c.1 c.p.p.) non irragionevole ed in linea con la garanzia apprestata alla libertà e segretezza delle comunicazioni dall'art. 15 Cost.<sup>23</sup>.

Si tratta, nondimeno, di un equilibrio precario, la cui sopravvivenza dipende strettamente dall'esistenza di presupposti e limiti tassativi all'utilizzazione dei risultati captativi in procedimenti diversi. Il bilanciamento tra i diversi interessi, che il codice mira a garantire, rischia di essere compromesso laddove la circolazione dei risultati sia estesa oltre misura: in tal caso, dietro all'apparente riferibilità all'originario provvedimento di autorizzazione dei reati emersi durante le intercettazioni (e, dunque, al formale rispetto della riserva di giurisdizione *ex art. 15 Cost.*) si celerebbe una «*autorizzazione in bianco*» ad effettuare intercettazioni, vietata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>24</sup>.

Il problema riguarda, innanzitutto, l'ampiezza della nozione di «*procedimento diverso*», la cui riduzione, operata in sede interpretativa dalla giurisprudenza maggioritaria, ha determinato il ridimensionamento dell'ambito applicativo del divieto probatorio *ex art. 270, c. 1 c.p.p.* In secondo luogo, viene in considerazione l'ampliamento, da parte del legislatore, delle ipotesi nelle quali i risultati captativi possono essere impiegati per l'accertamento di reati non contemplati dall'autorizzazione giudiziale (d.l. n. 161/2019 e l. di conv. n. 7/2020).

### 3. *Il testo originario dell'art. 270 c.p.p. e il dibattito giurisprudenziale circa la nozione di "diverso procedimento"*

L'esame dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale relativa alle intercettazioni «a strascico» non può non partire dall'analisi del testo originario dell'art.

<sup>22</sup> Corte cost., 10 febbraio 1994, n. 63, punti 1 e 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>23</sup> Corte cost., n. 63/1994, punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> Corte cost., nn. 63/1994, 366/1991.



270 c.p.p., nella versione risalente all'entrata in vigore del vigente codice di procedura penale e rimasta imm modificata fino alla riforma Orlando (d.lgs. n. 216/2017), della quale si tratterà in seguito.

Occorre precisare fin d'ora che inizialmente il codice non contemplava l'ipotesi dell'utilizzo in un diverso procedimento delle intercettazioni effettuate mediante captatore informatico, in quanto la prima disciplina legislativa dell'impiego di tale strumento investigativo è stata introdotta dal d.lgs. n. 216/2017 (artt. 266, c. 2 e 267, c. 1 e 1-*bis* e c.p.p.), venendo in precedenza disposto quale prova atipica (art. 189 c.p.p.)<sup>25</sup>. Quanto, invece, alle intercettazioni di comunicazioni telefoniche e tra presenti (c.d. ambientali) che siano effettuate con mezzi tradizionali, ossia diversi dall'inoculazione di un virus *trojan* nel dispositivo informatico o telematico, l'art. 270, c. 1 c.p.p. prevedeva (fino all'intervento della l. n. 7/2020, di conversione del d.l. n. 161/2019), quale regola generale, il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte.

L'unica deroga prevista era rappresentata (prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 161/2019, conv. in l. n. 7/2020) dall'ipotesi in cui il risultato captativo conseguito in un diverso procedimento risultasse «*indispensabile* per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza», tassativamente indicati dall'art. 380 c.p.p.

Il requisito dell'«*indispensabilità*» è volto ad impedire che la libertà garantita dall'art. 15 Cost. non sia limitata in modo sproporzionato, in quanto la deroga prevista al divieto di utilizzazione di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p. è ammessa soltanto fin quando si mantenga «entro i precisi confini della *stretta necessità* della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico primario che la giustifica»<sup>26</sup>. Per tale ragione, il presupposto dell'indispensabilità è richiesto anche ai fini dell'autorizzazione delle intercettazioni, ai sensi dell'art. 267, c. 1 c.p.p., nell'ambito del quale, tuttavia, è riferito alla prosecuzione delle indagini.

Sul piano probatorio, esso indica uno standard superiore rispetto alla *non manifesta superfluità* (richiesta ai fini dell'ammissione del mezzo di prova, dall'art. 190, c. 1 c.p.p.), nonché all'*utilità* della prova, prescrivendo che i risultati intercettivi siano i soli elementi di prova sulla base dei quali è possibile accertare il

<sup>25</sup> V. in proposito Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, *Scurato*, con nota di P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 5, 2016, pp. 21 ss. V. anche L. GIORDANO, *La disciplina del "captatore informatico"*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Cacucci, Bari, 2018, pp. 252 ss.

<sup>26</sup> Corte cost., n. 63/1994, punto 3 del *Considerato in diritto*.

reato nel diverso procedimento<sup>27</sup>. Ciò nonostante, la giurisprudenza di legittimità ha adottato, in alcune pronunce, un'interpretazione estensiva della nozione, riferendo l'indispensabilità dell'accertamento non soltanto al fatto-reato, ma anche all'intera imputazione, comprensiva dei profili relativi alla punibilità, alla determinazione della pena ed alla qualificazione del reato, nonché alla sussistenza di circostanze attenuanti o aggravanti<sup>28</sup>.

L'elemento maggiormente divisivo, nel dibattito tanto dottrinale, quanto giurisprudenziale, della disciplina di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p. è rappresentato dall'individuazione del contenuto della locuzione "*procedimento diverso*" e, conseguentemente, dall'ampiezza del divieto probatorio: in altre parole, ci si domanda se sia possibile ricondurre il diverso reato, che si intenda accertare sulla base dei risultati intercettivi, al "*medesimo*" procedimento, e, di conseguenza, escludere l'operatività del divieto *ex art. 270, c. 1 c.p.p.*, consentendo in tal modo l'utilizzo delle captazioni effettuate per fini di prova. Inoltre, in caso di risposta affermativa a quest'ultimo quesito, occorre stabilire se il reato accertato grazie ai risultati delle intercettazioni debba essere necessariamente ricompreso tra le fattispecie incriminatrici di cui all'art. 266 c.p.p., per le quali sole è ammesso lo svolgimento di attività captative.

La medesima questione ermeneutica si era posta durante la vigenza del Codice di procedura penale del 1930, nell'ambito del quale l'art. 226-*quater*, la cui formulazione era pressoché identica a quella dell'art. 270, c. 1 c.p.p. 1988, vietava in modo assoluto l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello in cui erano state disposte<sup>29</sup>. Il divieto è stato in seguito ridimensionato dal d.l. 21 marzo 1978, n. 59 (conv. in l. 18 maggio 1978, n. 191), che, modificando l'art. 226-*quater* c.p.p. 1930, ha previsto l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nei procedimenti relativi ai reati per i quali era obbligatorio il mandato di cattura. Il problema della determinazione della nozione di "*procedimento diverso*" si è poi posto con forza ancora maggiore dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, in ragione del rilievo attribuito alla libertà e segretezza delle comunicazioni, quale fondamentale diritto della personalità.

<sup>27</sup> V. in tal senso P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 177. V., in senso contrario, R. CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in «procedimenti diversi»*, in *Cass. pen.*, 1997, 5, pp. 1436 ss.

<sup>28</sup> Cass., sez. VI, 26 marzo 1996, *Sollecito*. V. E. APRILE-F. SPEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 195. V. anche, in senso critico, P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, cit., p. 177.

<sup>29</sup> V. in proposito V. GREVI, *Intercettazioni telefoniche e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 1064 ss.

È necessario precisare che il contrasto interpretativo relativo al perimetro del divieto di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p. ha ad oggetto soltanto l'utilizzabilità dei risultati captativi come elementi di prova. È, infatti, pacificamente ammesso il loro impiego per l'iscrizione di ulteriori *notitiae criminis* e dare avvio, quindi, a nuove indagini<sup>30</sup>, nonché il loro utilizzo, anche a fini probatori, nell'ipotesi in cui la conversazione intercettata costituisca corpo del reato (artt. 271, c. 3 e 431, c. 1, lett. h) c.p.p.)<sup>31</sup>.

Quanto all'utilizzabilità delle intercettazioni nel diverso procedimento per fini probatori (al di fuori dell'ipotesi in cui la conversazione captata costituisca essa stessa corpo del reato), sono riscontrabili tre diverse soluzioni all'interno della giurisprudenza di legittimità.

Occorre, innanzitutto, operare una prima distinzione tra quell'indirizzo, maggioritario in dottrina<sup>32</sup>, ma decisamente minoritario in giurisprudenza, secondo il quale la nozione di "diverso procedimento" dovrebbe essere considerata equivalente a quella di "diverso reato" (ossia di "diverso fatto storico"), non consentendo, dunque, la circolazione del materiale intercettivo (se non nei casi espressamente previsti), e quelle tesi secondo le quali anche un fatto storicamente diverso può essere ricondotto al medesimo procedimento, determinando, di conseguenza, l'utilizzabilità dei risultati captativi a fini probatori.

Il primo dei predetti orientamenti opera, dunque, una lettura particolarmente rigorosa del divieto di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p., limitando l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in un procedimento diverso alle sole ipotesi, di carattere eccezionale, dell'accertamento di delitti per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (in base alla versione vigente fino all'intervento della l. n. 7/2020). Pertanto, non assumerebbero alcun rilievo eventuali nessi di connessione o di collegamento, sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, tra il reato rispetto al quale l'intercettazione è stata disposta ed il reato che si intende accertare, in quanto l'operatività del divieto probatorio si fonda sulla non coincidenza dei due

<sup>30</sup> V. in tal senso, *ex multis*: Cass., sez. II, 13 dicembre 2016, n. 17759; Cass., sez. II, 23 aprile 2010, n. 19699; Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, n. 2596; Cass., sez. V, 2 maggio 2003, n. 23894; Cass., sez. VI, 26 novembre 2002, n. 31. V. anche Corte cost., n. 366/1991, punto 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 32697, *Floris*. V. sul punto E. LORENZETTO, *L'intercettazione-corpo di reato e la breccia nel recinto dell'utilizzabilità*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 22 settembre 2014.

<sup>32</sup> V. in tal senso: G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 164; P. FELICIONI, *L'utilizzazione delle prove acquisite in altro procedimento penale: problema interpretativo o necessità di intervento legislativo?*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1820 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 181; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., p. 105; C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 3638 ss.; F. CASIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.*, cit., p. 5.

fatti-reato presi in esame: valorizzare il rapporto di connessione o collegamento tra i procedimenti comporterebbe, in altre parole, la sostanziale elusione del divieto<sup>33</sup>. A sostegno dell'equazione "procedimento – reato" viene richiamata anche la disposizione di cui all'art. 335 c.p.p., in base alla quale l'emersione di un nuovo fatto di reato comporta l'obbligo, per il pubblico ministero, di iscrivere la relativa *notitia criminis* nell'apposito registro.

L'accoglimento della tesi appena esposta fa sì che l'ulteriore questione interpretativa, relativa alla necessaria appartenenza del reato, che sia stato ricondotto al medesimo procedimento, al catalogo di cui all'art. 266 c.p.p., possa essere esclusa in radice. Invero, se si ritiene che un diverso fatto storico configuri, in ogni caso, un diverso procedimento, il problema non si pone: i risultati delle intercettazioni potranno essere impiegati per accertare quel reato soltanto se per esso sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza (o, come da ultimo previsto dalla l. n. 7/2020, se si tratti di uno dei delitti di cui all'art. 266, c. 1 c.p.p.), ricorrendo, in questo caso, l'ipotesi derogatoria prevista dalla seconda parte dell'art. 270, c. 1 c.p.p.

Dalla natura eccezionale delle intrusioni del potere pubblico nella sfera costituzionalmente protetta dei diritti fondamentali discende, quindi, il principio secondo cui le disposizioni legislative che legittimano tale limitazione devono essere interpretate in senso restrittivo e comunque, in caso di dubbio, in senso favorevole ai soggetti i cui diritti sono limitati<sup>34</sup>.

Al contrario, le altre due opzioni interpretative, meno restrittive e maggiormente condivise in giurisprudenza, escludono che la nozione di "procedimento" possa essere considerata equivalente a quella di "reato" (*rectius*, di "fatto storico di reato") e, conseguentemente, riconoscono al divieto probatorio *ex art. 270, c. 1 c.p.p.* un ambito applicativo più ridotto, ben potendo fatti di reato storicamente differenti essere ricondotti al "medesimo" procedimento. Mediante la riconduzione di entrambi i reati ad un procedimento unitario, il fatto di reato che si intende accertare mediante le intercettazioni disposte con riferimento ad un diverso fatto viene ascritto all'originario provvedimento autorizzativo delle attività di captazione e, conseguentemente, la riserva di giurisdizione risulta, quantomeno *prima facie*, rispettata. È però evidente come di fatto manchi, rispetto al secondo reato, una specifica valutazione *ex ante* in ordine alla sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 267 c.p.p.

<sup>33</sup> V. *ex multis*: Cass., sez. II, 11 dicembre 2012, n. 49930; Cass., sez. IV, 11 dicembre 2008, n. 4169.

<sup>34</sup> V. sul punto F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., pp. 68 s.

Si riscontra, in questo caso, un'applicazione meno rigorosa del vincolo imposto dalla riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., con la conseguente prevalenza delle esigenze investigative e probatorie sulla tutela della riservatezza delle comunicazioni. I due indirizzi in esame, tuttavia, si distinguono in ragione della loro lettura del termine "procedimento", rispettivamente *formale* e *sostanziale*.

In base al primo filone interpretativo, il procedimento sarebbe identificato dal numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato. Per tale ragione, se le *notitiae criminis*, riferite a diversi fatti storici di reato, hanno origine nel medesimo procedimento (ossia il procedimento è *ab origine* identico), ancorché diano luogo, in un momento successivo, alla germinazione di diversi procedimenti, il divieto probatorio *ex art. 270, c. 1 c.p.p.* non potrà trovare applicazione. Viceversa, laddove vengano in considerazione reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione è consentita, in via eccezionale, soltanto laddove risulti indispensabile per l'accertamento di un delitto per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza<sup>35</sup>.

Il secondo orientamento, che risultava essere maggioritario nella giurisprudenza di legittimità fino al recente arresto delle Sezioni Unite (sent. n. 51/2019), fonda, al contrario, la nozione di "procedimento" su un criterio di natura sostanzialistica. In particolare, si dubita della coincidenza del termine in esame con quello di "reato" (o meglio, di fatto storico di reato), non essendo impiegato in modo univoco nella disciplina codicistica: esso è infatti riferito, in alcuni casi, al reato, mentre in altri contesti assume un contenuto più ampio. Allo stesso modo, il procedimento non può essere identificato sulla scorta del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, trattandosi di un dato di carattere meramente formale. Occorre, al contrario, valorizzare il legame sussistente tra il reato rispetto al quale le intercettazioni sono state autorizzate ed il reato che si intende accertare per mezzo dei medesimi risultati captativi: in presenza di un nesso di carattere non meramente fattuale ed occasionale, bensì configurante un'ipotesi di connessione (art. 12 c.p.p.) o di collegamento oggettivo, probatorio o finalistico (art. 371, c. 2, lett. b) e c) c.p.p.), il procedimento deve ritenersi il "*medesimo*" e, conseguentemente, deve essere esclusa l'operatività del divieto di utilizzazione *ex art. 270, c. 1 c.p.p.*<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> V. in tal senso, *ex multis*: Cass., sez. II, 23 febbraio 2016, n. 9500; Cass., sez. VI, 15 luglio 2015, n. 41317; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6702; Cass., sez. VI, 4 ottobre 2012, n. 49745.

<sup>36</sup> *Ex plurimis*: Cass., sez. III, 24 aprile 2018, n. 29856; Cass., sez. III, 8 aprile 2015, n. 33598; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6702; Cass., sez. I, 17 dicembre 2002, n. 2930; Cass., sez. VI, 25 febbraio 1997, n. 5192.

Tale soluzione interpretativa è stata sostenuta anche dalle Sezioni Unite nella sentenza *Floris*<sup>37</sup>, determinando una significativa riduzione dell'ambito applicativo del divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi e legittimando, dunque, la prassi del ricorso alle intercettazioni "a strascico".

La possibilità, affermata da entrambi gli orientamenti appena esaminati, di ricondurre un diverso reato, non contemplato dal provvedimento di autorizzazione delle intercettazioni, al "medesimo procedimento", e di inibire, per tale via, l'applicazione del divieto *ex art. 270, c. 1 c.p.p.*, fa sì che sia necessario stabilire se, ai fini dell'utilizzo dei risultati captativi in sede probatoria, tale reato debba rientrare necessariamente tra le figure incriminatrici per le quali, ai sensi dell'art. 266 c.p.p., l'intercettazione è ammessa.

In base ad un primo indirizzo, maggiormente garantista, le risultanze possono essere utilizzate per l'accertamento di un diverso reato, emerso nel corso delle intercettazioni, soltanto se questo rientri nei limiti di ammissibilità dettati dall'art. 266 c.p.p., ossia se la captazione avrebbe potuto essere autonomamente disposta per tale reato<sup>38</sup>. Al contrario, in altre pronunce la Suprema Corte ha sostenuto che, una volta ottenuta l'autorizzazione allo svolgimento delle attività captative per uno dei delitti di cui all'art. 266 c.p.p., i relativi risultati possono essere impiegati anche per accertare ulteriori reati, sebbene rispetto ad essi le intercettazioni non sarebbero consentite<sup>39</sup>.

Le diverse soluzioni interpretative alle quali pervengono i giudici di legittimità testimoniano come le due riserve sancite dall'art. 15 Cost., di legge e di giurisdizione, siano strettamente connesse. Stabilire se i risultati delle intercettazioni possano essere o meno impiegati per l'accertamento di reati diversi, non contemplati dal provvedimento autorizzatorio, pur in assenza delle condizioni eccezionali previste dalla seconda parte dell'art. 270, c. 1 c.p.p., e, dunque, ridurre i confini del divieto probatorio, significa determinare se l'autorizzazione del giudice (oltre a legittimare l'esecuzione della captazione) costituisca o meno il limite all'utilizzabilità delle intercettazioni. Equivale, in altre parole, a riconoscere una portata più o meno vincolante alla *riserva di giurisdizione* di cui all'art. 15 Cost.

<sup>37</sup> Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 32697, *Floris*, con nota di A. INNOCENTI, *Le Sezioni Unite aprono all'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in "diverso procedimento"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 1048 ss.

<sup>38</sup> V. nell'ambito dell'orientamento che adotta una nozione di "medesimo procedimento" di natura formalistica: Cass., sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1924; Cass., sez. VI, 4 novembre 2014, n. 53418. V., tra le pronunce che optano per una nozione sostanzialista di "medesimo reato": Cass., sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 4942; Cass., sez. I, 17 novembre 1999, n. 14595.

<sup>39</sup> V., con riferimento all'indirizzo che sostiene la natura formalistica della nozione di "medesimo procedimento": Cass., sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 19496; Cass., sez. V, 9 febbraio 2018, n. 15288; Cass., sez. VI, 5 aprile 2012, n. 22276; Cass., sez. III, 22 settembre 2010, n. 39761.

L'esito di questa valutazione, come si è visto, dipende strettamente dall'approccio seguito in sede di interpretazione del concetto di "procedimento diverso": la scelta di una soluzione ermeneutica meno restrittiva, e volta a riempire l'espressione in esame di contenuti non espressamente enunciati dalla disposizione normativa, rischia di allontanarsi eccessivamente dalla lettera della norma, compromettendo la piena operatività della *riserva di legge*, in base alla quale soltanto la legge è ammessa a determinare i casi in cui la libertà di comunicazione può essere limitata.

L'acceso dibattito interpretativo è proseguito anche a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite del 2014 (sent. 32697/2014, *Floris*): si è così reso necessario, in tempi recenti, un nuovo intervento delle stesse Sezioni Unite (sent. n. 51/2019, *Cavallo*), che tuttavia, come si vedrà, sembra essere stato in gran parte superato dalla successiva emanazione della l. n. 7/2020 (di conversione del d.l. n. 161/2019).

#### 4. Le modifiche apportate dalla riforma Orlando (d.lgs. n. 216/2017)

Sul quadro normativo in precedenza descritto è in seguito intervenuta la riforma Orlando (d.lgs. n. 216/2017)<sup>40</sup>, che ha introdotto la prima disciplina legislativa dello svolgimento di attività di intercettazione operate mediante captatore informatico, ossia attraverso l'inoculazione di un virus *trojan* su un dispositivo informatico o telematico (artt. 266, c. 2 e 2-*bis*; 267, c. 1 e 2-*bis*; 268, c. 3-*bis*; 270, c. 1-*bis*; 271, c. 1 c.p.p.)<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Recante "Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni", in attuazione della delega prevista dalla l. 23 giugno 2017, n. 103. Con riferimento ai contenuti della delega in materia di intercettazioni, v.: G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1, 2016, pp. 98 ss.; T. BENE, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 289 ss.; L. FILIPPI, *La delega in materia di uso del captatore informatico*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pacini, Pisa, 2017, pp. 151 ss.; A. SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale*, cit., pp. 10 ss.; A. ZAMPAGLIONE, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in *La riforma Orlando*, cit., pp. 111 ss.

<sup>41</sup> V. sul punto: P. BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 235 ss.; F. CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni tra "archivio riservato" e "captatore informatico"*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 163 ss.; P. DELL'ANNO-A. ZAMPAGLIONE, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. Spangher, Pacini, Pisa, 2018, pp. 19 ss.

Con specifico riferimento all'utilizzo delle intercettazioni effettuate con captatore informatico in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, il d.lgs. n. 216/2017 aveva inserito nell'art. 270 c.p.p. un nuovo comma 1-*bis*, il quale prevedeva, con una disposizione speculare a quella del comma 1, un generale divieto di utilizzazione dei risultati captativi. L'unica deroga ammessa era rappresentata dall'ipotesi in cui tali risultati fossero valutati dal giudice come «*indispensabili* per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

È opportuno sottolineare che, diversamente dal comma 1 dell'art. 270 c.p.p., avente ad oggetto la circolazione dei risultati delle intercettazioni effettuate con strumenti ordinari, il comma 1-*bis* non faceva (e non fa tuttora, non essendo stato tale profilo oggetto di modifica nei successivi interventi normativi) riferimento a “*procedimenti*” diversi, bensì a “*reati*” diversi. È oggetto di discussione, sia in dottrina che in giurisprudenza, la possibilità che il divieto probatorio presenti, a seguito della riforma, una diversa ampiezza a seconda che la captazione venga effettuata con o senza captatore informatico. Poiché la questione interpretativa coinvolge anche l'attuale formulazione dell'art. 270, c. 1-*bis* c.p.p., essa sarà esaminata nel paragrafo dedicato alle novità introdotte dal d.l. n. 161/2019<sup>42</sup>.

L'entrata in vigore delle disposizioni della riforma Orlando relative alla disciplina delle intercettazioni mediante captatore informatico è stata oggetto di numerose proroghe: per effetto dell'ultimo rinvio, disposto dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70)<sup>43</sup>, la disciplina prevista dal d.lgs. n. 216/2017 avrebbe dovuto trovare applicazione ai procedimenti penali iscritti in data successiva al 31 agosto 2020, a fronte dell'originario riferimento (da parte dello stesso d.lgs. n. 216/2020) ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 26 luglio 2018<sup>44</sup>.

Ciò nonostante, poiché nel periodo intercorrente tra l'emanazione del d.lgs. n. 216/2017 e l'entrata in vigore delle relative disposizioni la norma di cui all'art. 270, c. 1-*bis* c.p.p. è stata oggetto di ulteriori modifiche, la versione prevista dalla riforma Orlando non è mai entrata in vigore. Il testo attualmente vigente, appli-

<sup>42</sup> V. par. 6.1.

<sup>43</sup> V. sul punto M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1 maggio 2020.

<sup>44</sup> L'entrata in vigore del d.lgs. n. 216/2017 è stata posticipata, dapprima, dal 26 luglio 2018 (data di entrata in vigore prevista dal testo originario dell'art. 9 d.lgs. n. 216/2017) all'1 aprile 2019 (d.l. 25 luglio 2018, n. 91, conv. in l. 21 settembre 2018, n. 108), poi nuovamente all'1 agosto 2019 (l. 30 dicembre 2018, n. 145). In seguito, è stata rinviata all'1 gennaio 2020 (d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. in l. 8 agosto 2019, n. 77), al 29 febbraio 2020 (d.l. 30 dicembre 2019, n. 161), al 30 aprile 2020 (l. 28 febbraio 2020, n. 7) e, infine, al 31 agosto 2020 (d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70).



cabile ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020, è infatti il risultato delle modifiche apportate al comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. (introdotto nel 2017) dal d.l. n. 161/2019 e dalla relativa legge di conversione (l. n. 7/2020).

5. L'“argine” innalzato dalle *Unite Cavallo* rispetto alle intercettazioni “a strascico” (Cass., Sez. Un., n. 51/2019)

Il contrasto giurisprudenziale in ordine all'ambito applicativo del divieto probatorio di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p., tutt'altro che sopito dall'arresto delle Sezioni Unite del 2014, ha reso necessario un nuovo intervento della Suprema Corte (Sez. Un., n. 51/2019, *Cavallo*).

Preme precisare che la pronuncia in esame interviene su un quadro normativo immutato rispetto all'entrata in vigore del codice di rito, in quanto, come detto poc'anzi, le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 216/2017 non erano ancora entrate in vigore al tempo della decisione. Peraltro, quest'ultima è stata pronunciata in data 28 novembre 2019, pochi giorni prima dell'emanazione del d.l. n. 161/2019 (30 dicembre 2019). La conversione in legge del decreto (28 febbraio 2020) è invece intervenuta a breve distanza dal deposito delle motivazioni della sentenza *Cavallo* (2 gennaio 2020).

Il rilievo non è privo di importanza: se il d.l. n. 161/2019 non apporta sostanziali modifiche alla disciplina dell'utilizzo delle intercettazioni in un diverso procedimento, la legge di conversione, al contrario, muta profondamente il quadro complessivo della disciplina, riducendo l'ampiezza del divieto di utilizzazione, a fronte di un intervento della Suprema Corte volto, invece, a rafforzarlo.

5.1. La definizione della nozione di “procedimento diverso”

La Cassazione si è espressa in ordine ad entrambe le questioni problematiche relative al divieto di utilizzo dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi.

Con riguardo alla definizione della nozione di “procedimento”, le Sezioni Unite hanno mostrato di non condividere né la tesi che lo ritiene coincidente con il singolo fatto storico di reato, né quella che lo individua, secondo un approccio formalistico, sulla base del mero dato formale del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Ad avviso della Suprema Corte, il primo dei predetti orientamenti non prende in debita considerazione il fatto che il termine “procedimento” presenta un «carattere tutt'altro che univoco (...) nel lessico generale del codice di rito», in ragione della sua «*plurivocità semantica*». La nozione in esame, dunque, non può

essere ritenuta equivalente a quella di fatto storico di reato, ma deve, piuttosto, essere ricercata «sul terreno dell'interpretazione sistematica, e guardando alla *ratio* del divieto e ai principi costituzionali di cui è espressione».

Neppure il disposto all'art. 335 c.p.p., secondo l'avviso delle Sezioni Unite, risulta decisivo, in quanto, correlando strettamente il "procedimento" all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, «dovrebbe essere considerato "diverso procedimento" quello iscritto nei confronti di una persona nota per un certo reato a seguito delle intercettazioni disposte in un procedimento contro ignoti per quel medesimo fatto-reato». Se così fosse, sarebbe «irrazionale una disciplina che consentisse il ricorso all'intercettazione in un procedimento contro ignoti e ne precludesse poi l'utilizzabilità nei confronti dell'autore del reato scoperto grazie all'intercettazione stessa»<sup>45</sup>. Un altro argomento contro l'equivalenza "procedimento – reato" è costituito dal raffronto dei commi 1 e 1-*bis* (quest'ultimo introdotto, come detto, dalla riforma Orlando) dell'art. 270 c.p.p., i quali si riferiscono, rispettivamente, a "*procedimenti diversi*" ed a "*reati diversi*". Secondo la Suprema Corte, l'utilizzo di una differente terminologia sarebbe volto a differenziare il regime di utilizzabilità dei risultati della captazione: soltanto per le intercettazioni effettuate mediante captatore informatico, e non anche per quelle "tradizionali", la disciplina viene delineata con riferimento al reato per il quale è stato adottato il provvedimento autorizzatorio.

Una parte della dottrina, al contrario, ha evidenziato che la contrapposizione tra "reato" e "procedimento" è soltanto apparente e non trova riscontro nel lessico del codice: «lo si ricava proprio dall'art. 12 c.p.p., che parla di connessione di procedimenti, ma per definirla non può che fare riferimento ai reati: ad ogni reato infatti corrisponde teoricamente un diverso procedimento (...), a prescindere dal fatto che poi in sede processuale vengano trattati congiuntamente o separatamente»<sup>46</sup>. In ragione dell'equivalenza "procedimento – reato", si dovrebbe quindi propendere per l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento di nuovi fatti che emergano nel corso delle attività di captazione, salvo che ricorra l'ipotesi derogatoria prevista dall'art. 270, c. 1, seconda parte c.p.p.

Le Sezioni Unite hanno reputato parimenti non condivisibile la soluzione interpretativa che identifica il procedimento sulla base del dato formale del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato. Secondo la Corte, «la formale unità dei procedimenti, sotto un unico numero di registro generale, non può fungere da schermo per l'utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra loro procedimenti privi di collegamento reale». L'assenza di un nesso di carattere sostanziale tra il reato per il quale l'intercettazione è stata autorizzata e

<sup>45</sup> Cass., Sez. Un., n. 51/2019, punto 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>46</sup> G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi*, cit.

l'ulteriore reato, emerso durante la captazione, trasformerebbe il provvedimento autorizzatorio in una «autorizzazione in bianco», contravvenendo ai principi espressi dalla Corte costituzionale, e renderebbe ineffettivo il divieto probatorio di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p. La soluzione in esame sarebbe, inoltre, violativa del principio di uguaglianza, in quanto l'utilizzabilità dei risultati captativi sarebbe condizionata dalla sede procedimentale e, come tale, «del tutto casuale»<sup>47</sup>.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, le Sezioni Unite hanno avallato, seppure soltanto in parte, il terzo indirizzo della giurisprudenza di legittimità, che sostiene l'identità dei procedimenti e, conseguentemente, l'inoperatività del divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni, laddove tra i due reati sussista un «legame sostanziale», tale da rendere il reato emerso durante le attività di captazione riconducibile al provvedimento autorizzatorio e, dunque, conforme alla riserva di giurisdizione ex art. 15 Cost. Più precisamente, la Cassazione ha adottato una soluzione mediana, rinvenendo questo nesso di carattere sostanziale esclusivamente nel rapporto di *connessione* disciplinato dall'art. 12 c.p.p., e non anche nel collegamento ex art. 371, c. 2, lett. b) e c) c.p.p., come invece sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità e dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza *Floris* del 2014.

Le ipotesi formalizzate dall'art. 12 c.p.p. sono infatti espressive di un «legame oggettivo tra due o più reati», di carattere «originario» e del tutto indipendente dalla vicenda procedimentale<sup>48</sup>, il quale si fonda sull'identità, totale o parziale, della regiudicanda oggetto di ciascuno di essi, riflettendo la connessione dei reati sul piano sostanziale. In tali casi, pertanto, il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata emessa non può essere reputato «diverso» rispetto a quello relativo all'ulteriore illecito emerso durante le intercettazioni. Per tale ragione, non operando il divieto probatorio di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p., rispetto a tali reati non sarà necessaria la verifica della indispensabilità dei risultati captativi ai fini dell'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato.

Non è possibile, al contrario, giungere alle medesime conclusioni con riguardo alle ipotesi di collegamento di cui all'art. 371, c. 2, lett. b) e c) c.p.p., in cui il nesso è di carattere meramente «occasionale», intercorrendo «non già tra il reato in riferimento al quale è stata emessa l'autorizzazione e quello messo in luce dall'intercettazione, ma tra le «conseguenze» del primo e il secondo». Rispetto a tali ipotesi, pertanto, i risultati delle intercettazioni potranno essere impiegati soltanto al fine di desumere notizie di reato e di procedere alla raccolta di nuovi ed

<sup>47</sup> Cass., Sez. Un., n. 51/2019, punto 9.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2017, n. 53390, citata dalle Sezioni Unite nella pronuncia in esame.

autonomi elementi di prova da porre a fondamento dell'azione penale, a meno che non ricorrano le condizioni previste dall'art. 270, c. 1, seconda parte c.p.p.<sup>49</sup>.

L'intensità del contrasto giurisprudenziale in ordine alla nozione di "procedimento diverso" testimonia quanto l'individuazione dei *criteri ermeneutici delle norme processuali penali* possa assumere una valenza centrale ai fini della concreta operatività di un istituto (sostanziale o processuale)<sup>50</sup>. Il problema si pone tanto con riferimento alla determinazione dell'ampiezza del concetto di "procedimento diverso", quanto con riguardo alla necessità che, qualora il diverso reato sia ritenuto riconducibile al medesimo procedimento, questo rientri nei limiti di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p. In entrambi i suddetti casi, infatti, le letture interpretative formulate in seno alla giurisprudenza di legittimità non risultano strettamente aderenti alla lettera dell'art. 270, c. 1 c.p.p., richiedendo la sussistenza di requisiti (quale il nesso di connessione o di collegamento) non contemplati dalla norma.

Anche le Sezioni Unite, pur individuando, nella sentenza *Cavallo*, una soluzione maggiormente garantista rispetto a quella in precedenza promossa dalla giurisprudenza maggioritaria, fondano la loro scelta non tanto sul dato linguistico, quanto, come detto, sull'interpretazione *sistematica*, sulla *ratio* del divieto probatorio *ex art. 270, c. 1 c.p.p.*, nonché sui *principi costituzionali* ai quali quest'ultimo dà attuazione, tanto che il principio di diritto da esse espresso è stato definito da alcuni commentatori come il frutto di una «interpretazione creativa»<sup>51</sup>.

I tre criteri interpretativi appena citati non risultano essere risolutivi nel caso in esame, così come rispetto a molte altre disposizioni normative prive di univocità semantica, prestandosi lo stesso parametro (o, per meglio dire, l'elemento sul quale si fonda) a letture diverse. Tanto la *ratio* di una norma processuale, quanto, ed in modo ancor più accentuato, i principi costituzionali (nel caso di specie, quello di cui all'art. 15 Cost.) costituiscono il frutto di un'operazione di bilanciamento il cui esito può mutare in base alla sensibilità dell'interprete, poiché quella interpretativa è un'attività priva di «neutralità assiologica»<sup>52</sup>.

A ciò si aggiunge, soprattutto in presenza di concetti (quale quello di "procedimento diverso") che, per quanto apparentemente chiari nella loro portata letterale, finiscono per prestarsi a plurime letture, la difficoltà di individuare nel testo

<sup>49</sup> Cass., Sez. Un., n. 51/2019, punto 11.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>50</sup> V., sul tema della legalità processuale (111, c. 1 Cost.), O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2013, pp. 5 ss.

<sup>51</sup> G. TABASCO, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, cit., p. 17. Sul tema della "interpretazione creativa", v. F. GIUNTA, *Nota introduttiva al dibattito "Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale"*, in *Criminalia*, 2016, pp. 157 ss.

<sup>52</sup> V. D. PULITANO, *Tra jus facere e jus dicere*, in *Criminalia*, 2016, pp. 208 ss.

della norma un sicuro “*argine*” a possibili derive interpretative, un punto fermo nel disegno cangiante dell’interpretazione<sup>53</sup>.

#### 5.2. L’operatività dei limiti di ammissibilità ex art. 266 c.p.p.

Una volta esclusa, con riferimento all’ipotesi di connessione ex art. 12 c.p.p., l’operatività del divieto probatorio ex art. 270, c. 1 c.p.p., occorre domandarsi se anche il reato connesso, che si intende accertare per mezzo dei risultati della captazione e che non è stato oggetto dell’autorizzazione, debba rientrare nei limiti di ammissibilità di cui all’art. 266 c.p.p.

Le Sezioni Unite hanno aderito all’orientamento maggiormente garantista della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale è necessario che il diverso reato configuri uno dei delitti per i quali l’intercettazione è ammessa, ovvero che la captazione possa essere autonomamente disposta per tale reato. La Suprema Corte ha evidenziato che l’elencazione dell’art. 266 c.p.p., di carattere *tassativo* ed *inderogabile*, è «espressione diretta ed indefettibile della *riserva assoluta di legge* ex art. 15 Cost.»<sup>54</sup>, costituendo il perimetro legale all’interno del quale il giudice valuta la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti previsti dall’art. 267 c.p.p.

L’utilizzazione dei risultati captativi per l’accertamento di reati non rientranti nei limiti di cui all’art. 266 c.p.p., di conseguenza, comporterebbe un «surrettizio, inevitabile *aggiramento* di tali limiti», incrinando il «bilanciamento tra i valori costituzionali contrastanti (...) che è assicurato dall’art. 270» c.p.p.

La soluzione interpretativa adottata nella sentenza *Cavallo* riafferma, dunque, il legame intercorrente tra il divieto probatorio di cui all’art. 270, c. 1 c.p.p. e le condizioni generali di ammissibilità della captazione ex art. 266 c.p.p.: in mancanza di un’espressa previsione normativa, che regoli l’utilizzo a fini probatori delle risultanze delle intercettazioni nel “medesimo” procedimento (in quanto i requisiti prescritti dall’art. 270, c. 1, seconda parte c.p.p. si riferiscono esclusivamente all’utilizzo dei risultati captativi in un procedimento “diverso”), dovrebbe trovare applicazione la previsione di cui all’art. 266 c.p.p. Quest’ultima, in ragione della sua portata generale, si presta infatti a regolare non soltanto l’autorizzazione *ex ante* delle intercettazioni, ma anche l’impiego *ex post* dei relativi risultati per l’accertamento di un diverso reato, non contemplato dal provvedimento autorizzatorio, ma emerso durante le attività di captazione.

<sup>53</sup> V. su questo tema V. VELLUZZI, *Due (brevi) note sul giudice penale e l’interpretazione*, in *Criminalia*, 2012, p. 305 ss. Con specifico riferimento all’interpretazione delle norme processuali penali, v. C. VALENTINI, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. pen.*, fasc. 9, 2019, pp. 3392 ss.

<sup>54</sup> Cass., Sez. Un., n. 51/2019, punto 8 del *Considerato in diritto*.

6. *Le novità introdotte dalla recente riforma (d.l. n. 161/2019, conv. in l. n. 7/2020)*

Il d.l. n. 161/2019, intervenuto nel periodo intercorrente tra la decisione delle Sezioni Unite, appena esaminata, ed il deposito delle relative motivazioni, ha modificato in misura significativa la disciplina dell'utilizzo in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni effettuate con captatore informatico (art. 270, c. 1-*bis* c.p.p.), introdotta dalla riforma Orlando.

Il raggio d'azione della riforma è stato in seguito ampliato dalla legge di conversione (n. 7/2020), la quale non soltanto ha apportato alcuni importanti correttivi alle previsioni del decreto-legge relative all'art. 270, c. 1-*bis* c.p.p., ma ha anche rimodellato la disciplina dell'utilizzo in un procedimento diverso delle intercettazioni (telefoniche ed ambientali) eseguite con strumenti "tradizionali" (art. 270, c. 1 c.p.p.). La rilevanza dell'intervento normativo risulta evidente, se solo si considera che la disposizione in esame non aveva subito alcuna modifica dalla sua introduzione, trenta anni addietro, nel codice di rito.

6.1. *L'ampliamento dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni operate con captatore informatico (art. 270, c. 1-*bis* c.p.p.)*

Il d.l. n. 161/2019 è intervenuto, in larga parte, su quelle norme del codice che erano state oggetto di modifica da parte del d.lgs. n. 216/2017, ripristinando il testo vigente prima della novella o modificandone le previsioni ed operando, dunque, una vera e propria *controriforma* in materia di intercettazioni<sup>55</sup>. Giova precisare che, come in precedenza accennato, alla data di emanazione del decreto-legge in commento la riforma Orlando non era ancora vigente, essendone stata differita più volte l'entrata in vigore.

Con riferimento all'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, il d.l. n. 161/2019 modifica esclusivamente la disciplina relativa alle intercettazioni effettuate mediante l'inoculazione di virus *trojan* in un dispositivo elettronico, riscrivendo interamente il comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p.

Prima di esaminare le novità introdotte dal decreto-legge in commento, sembra opportuno soffermarsi sull'unico profilo di continuità rispetto alla riforma Orlando, ovvero il riferimento del comma 1-*bis* non a «*procedimenti diversi*» (come previsto dal comma 1), bensì a «*reati diversi*».

<sup>55</sup> Sul tema, v. F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2020, pp. 1384 ss. Sia consentito rinviare, altresì, a C. LARINNI, *La (contro)riforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in *di-Crimen*, 21 gennaio 2020.

La differente formulazione dei commi 1 ed 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., oltre ad essere valorizzata da una parte della giurisprudenza quale argomento per negare la coincidenza tra i termini “reato” (*rectius* “fatto di reato”) e “procedimento” e ridurre, per tale via, l'ambito applicativo del divieto probatorio *ex* art. 270, c. 1 c.p.p., ha dato adito a dubbi interpretativi in ordine all'ambito di applicazione del comma 1-*bis*. Come segnalato dal CSM<sup>56</sup> e da una parte della dottrina<sup>57</sup>, non risulta chiaro se questa disposizione abbia ad oggetto l'utilizzo a fini probatori dei risultati delle intercettazioni in un *diverso* (analogamente a quanto previsto dal comma 1) o nello *stesso* procedimento.

L'utilizzo del termine “reato” (anziché di quello di “procedimento” di cui al comma 1) e la presenza, nel comma 1-*bis*, della clausola di riserva «fermo restando quanto previsto dal comma 1» (introdotta dal d.l. n. 161/2019), potrebbero infatti essere interpretati nel senso che, mentre il primo comma disciplina l'utilizzabilità dei risultati di ogni tipo di intercettazione (tanto ordinaria, quanto effettuata con captatore informatico) in un procedimento *diverso*, il comma 1-*bis* disciplinerebbe l'utilizzabilità dei soli elementi acquisiti mediante captatore nello *stesso* procedimento, limitandola all'accertamento dei reati *ex* art. 266, c. 2-*bis* c.p.p. Un ulteriore argomento in tal senso viene desunto dal comma 2 dell'art. 270 c.p.p., che, nel regolare le modalità di acquisizione delle intercettazioni in un diverso procedimento, richiama soltanto il comma 1, e non anche il comma 1-*bis*.

Lo stesso CSM, tuttavia, ha segnalato che questa soluzione interpretativa rischierebbe di porsi in contrasto con il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza *Cavallo*, in quanto farebbe sì che le intercettazioni siano sempre utilizzabili per l'accertamento dei delitti di cui all'art. 266, c. 2-*bis* c.p.p., anche se non connessi (*ex* art. 12 c.p.p.) a quelli per i quali l'intercettazione è stata autorizzata. Inoltre, a favore della tesi secondo cui il comma 1-*bis* avrebbe ad oggetto l'utilizzabilità dei risultati captativi in procedimenti *diversi*, delineando una disciplina speciale rispetto al comma 1, militano tanto la rubrica dell'art. 270 c.p.p. (“Utilizzazione in altri procedimenti”), quanto la clausola di riserva «fermo restando quanto previsto dal comma 1», espressivo di un rapporto di genere a specie tra le due disposizioni, quanto, ancora, i riferimenti contenuti nella relazione tecnica di accompagnamento al d.d.l. di conversione del d.l. n. 161/2019.

Quest'ultima esegesi sembra preferibile, alla luce delle considerazioni appena svolte. Nondimeno, le questioni ermeneutiche appena esaminate non hanno tro-

<sup>56</sup> Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019, delibera 13 febbraio 2020*, pp. 4 ss. Il testo della relazione è reperibile al seguente *link*: <https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+intercettazioni+13+febbraio+20-20/843e9e44-95e5-c4e7-3d18-93a5c652b573>.

<sup>57</sup> G. SPANGHER-M. ANTINUCCI, *Possibili le intercettazioni “a strascico” attraverso l'uso del captatore informatico per i reati comuni?*, in *www.penaledp.it*, 15 marzo 2020.

vato risoluzione in sede di conversione del d.l. n. 161/2019, in quanto la l. n. 7/2020 ha mantenuto il riferimento ai “procedimenti” al comma 1, ed ai “reati” al comma 1-*bis*.

Quanto agli elementi di *novità* introdotti dal decreto in commento, occorre innanzitutto sottolineare che la disposizione di cui all’art. 270, c. 1-*bis* c.p.p. non è più formulata in termini di divieto (ossia di non utilizzabilità, in via generale, dei risultati captativi per l’accertamento di reati diversi), bensì in termini positivi: si prevede, dunque, la generale utilizzabilità degli elementi raccolti mediante le intercettazioni operate con captatore informatico.

In secondo luogo, il requisito di utilizzabilità, in precedenza consistente nel fatto che i risultati fossero impiegati per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza (analogamente a quanto previsto dal comma 1 per le intercettazioni “tradizionali”), viene radicalmente modificato, prevedendosi che i risultati captativi possano essere utilizzati soltanto per la prova di uno dei reati di cui all’art. 266, comma 2-*bis* c.p.p.

Il comma 2-*bis* dell’art. 266 c.p.p., introdotto dalla riforma Orlando e relativo alle operazioni di intercettazione tra presenti (anche all’interno del domicilio e degli altri luoghi di privata dimora) mediante captatore informatico, faceva riferimento, nella sua versione originaria, esclusivamente ai reati di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ossia a delitti di criminalità organizzata o con finalità di terrorismo. Successivamente, l’ambito applicativo della norma è stato esteso, dapprima, dalla l. n. 3/2019 (c.d. legge “spazzacorrotti”) ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni e, successivamente, dal d.l. n. 161/2019 in commento ai delitti appena menzionati, di cui sia prevista la realizzazione da parte di incaricati di pubblico servizio.

L’equiparazione tra fattispecie di criminalità organizzata e delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione è stata oggetto di forti critiche, in considerazione del fatto che, «essendo in gioco una libertà fondamentale (art. 15 Cost.), appare irragionevole parificare l’incursione investigativa di fronte a due modelli criminali molto diversi per genesi, morfologia, manifestazione e beni violati»<sup>58</sup>. Si tratta di una scelta sintomatica di un più generale intento repressivo dei reati contro la pubblica amministrazione, già emerso in modo evidente con la legge “spazza-corrotti”, e che incide negativamente sulla coerenza e la razionalità del rapporto tra disciplina generale e derogatoria, ovvero tra regola ed eccezione, che dovrebbe caratterizzare la sistematica del Codice. Come è stato condivisibilmente osservato, non si comprende in-

<sup>58</sup> A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, fasc. 1, 2020, p. 2.



fatti sulla base di quale argomentazione di carattere logico (ancor prima che giuridico, *rectius* di politica criminale *lato sensu* intesa) possa essere giustificata la sottoposizione dei predetti delitti ad una disciplina volta ad agevolare le attività di indagine attenuando i profili di garanzia, a fronte del mantenimento di tipi d'illecito di gravità ben maggiore nell'ambito applicativo della regolamentazione ordinaria (si pensi, tra gli altri, ai delitti di criminalità organizzata non contemplati dall'art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., come le fattispecie di associazione per delinquere ex artt. 416, c. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 c.p.)<sup>59</sup>.

In terzo luogo, mentre il testo del comma 1-*bis* introdotto dalla riforma Orlando prevedeva, in modo speculare alla disposizione del comma 1, l'"*indispensabilità*" dell'utilizzazione dei risultati per l'accertamento del reato non contemplato dal provvedimento autorizzatorio, il d.l. n. 161/2019 ha eliminato tale requisito: sembra, quindi, sufficiente, ai fini dell'utilizzazione dei risultati, che questi siano soltanto "*necessari*" all'accertamento di uno dei delitti di cui all'art. 266, c. 2-*bis* c.p.p. Sotto quest'ultimo aspetto, la disciplina dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi risultava essere meno rigorosa e restrittiva qualora questi risultati fossero stati acquisiti attraverso l'uso del captatore informatico, rispetto all'ipotesi della loro captazione mediante strumenti ordinari.

I presupposti di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni effettuate, rispettivamente, con mezzi ordinari e con captatore informatico risultavano quindi, a seguito dell'intervento del d.l. n. 161/2019, profondamente diversi, determinando un *disallineamento* tra i regimi di utilizzabilità previsti dai due commi per gli specifici delitti contro la pubblica amministrazione previsti dall'art. 266, c. 2-*bis* c.p.p. Infatti, mentre si ammetteva l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni svolte con captatore informatico per la prova dei reati sopradetti (per espressa previsione del comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p.), il medesimo impiego a fini probatori era escluso laddove i risultati derivassero da intercettazioni "tradizionali", in quanto l'art. 380 c.p.p. non prevede, per la quasi totalità di essi, l'arresto in flagranza obbligatorio<sup>60</sup>.

Rispetto ai predetti reati contro la pubblica amministrazione, dunque, il regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni risultava più rigoroso in caso di intercettazioni (telefoniche o ambientali) ordinarie, nonostante l'impiego del virus *trojan* sia più invasivo della riservatezza delle comunicazioni.

<sup>59</sup> L. FILIPPI, *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, in *Arch. pen.*, fasc. 3, 2019, p. 42.

<sup>60</sup> V. in tal senso: Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019*, cit., pp. 5 s.; G. SPANGHER-M. ANTINUCCI, *Possibili le intercettazioni "a strascico" attraverso l'uso del captatore informatico per i reati comuni?*, cit.

La disciplina dell'utilizzazione in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico, di cui al comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., ha subito un'ulteriore, rilevante modifica in sede di conversione del d.l. n. 161/2019 da parte della l. n. 7/2020.

Rispetto alla versione prevista dal d.l. n. 161/2019, sono stati mantenuti sia l'enunciazione in termini *positivi* (prevedendosi, in via generale, l'utilizzabilità dei risultati captativi), sia il riferimento ai "reati diversi" (anziché ai "procedimenti diversi", come previsto dal comma 1), nonché la clausola di riserva «fermo restando quanto previsto dal comma 1». Il comma 1-*bis* continua, inoltre, a limitare l'utilizzabilità dei risultati captativi alla prova dei soli reati previsti dall'art. 266, c. 2-*bis* c.p.p. Rispetto a tali profili, pertanto, si rinvia alle considerazioni svolte in precedenza.

Tuttavia, mentre il decreto-legge si limitava a prevedere l'utilizzabilità dei risultati «anche per la prova di reati diversi (...), se compresi tra quelli indicati dall'art. 266, comma 2-*bis*» c.p.p., richiedendo, dunque, che i risultati fossero semplicemente "necessari" all'accertamento, in sede di conversione è stato introdotto il requisito della "indispensabilità" dell'impiego dei risultati per l'accertamento dei delitti di cui all'art. 266, c. 2-*bis* c.p.p. A ben vedere, la modifica in esame, oltre a determinare un parziale allineamento della disciplina di cui al comma 1-*bis* a quella del comma 1 dell'art. 270 c.p.p., ha anche circoscritto l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni tra presenti con captatore informatico.

## 6.2. La riduzione dell'ambito applicativo del divieto di utilizzazione ex art. 270, c. 1 c.p.p.

Come detto, la conversione in legge del d.l. n. 161/2019 (l. n. 7/2020) è intervenuta a breve distanza di tempo dal deposito delle motivazioni della sentenza *Cavallo* delle Sezioni Unite<sup>61</sup>. A fronte delle statuizioni della Suprema Corte, volte a rafforzare il divieto probatorio previsto dall'art. 270, c. 1 c.p.p., arginando la tendenza giurisprudenziale ad ampliare la nozione di "medesimo procedimento", il legislatore, al contrario, ha esteso l'utilizzabilità in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate con strumenti tradizionali, diversi dal captatore informatico.

La prima e più importante modifica attiene al novero dei reati, non contemplati dall'autorizzazione del giudice ed emersi durante le operazioni di captazio-

<sup>61</sup> Sui principali aspetti problematici della l. n. 7/2020, v.: L. FILIPPI, *Intercettazioni: "habemus legem"!*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 4, 2020, pp. 453 ss.; G. SPANGHER, *La (contro) riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Studium iuris*, fasc. 5, 2020, pp. 529 ss. Per un'analisi complessiva della disciplina vigente in materia di intercettazioni dopo l'entrata in vigore della l. n. 7/2020, v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 403 ss.

ne, che possono essere accertati per mezzo dei risultati captativi. Mentre il testo originario dell'art. 270, c. 1 c.p.p. (immutato dall'entrata in vigore del codice di rito) limitava l'utilizzabilità dei risultati alla prova dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., la l. n. 7/2020 la estende ai reati previsti dall'art. 266, c. 1 c.p.p., ovvero alle figure incriminatrici rispetto alle quali è consentita l'intercettazione di comunicazioni, telefoniche o tra presenti.

Pur a fronte dell'impiego della congiunzione copulativa "e", anziché dell'alternativa "o" («salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1»), non pare accoglibile la soluzione interpretativa secondo la quale sarebbe necessario che il diverso procedimento abbia ad oggetto un reato che rientri nel catalogo *ex art.* 266, c. 1 c.p.p. e per il quale, al contempo, l'art. 380 c.p.p. preveda l'arresto in flagranza obbligatorio<sup>62</sup>. Sembra preferibile ritenere, anche alla luce dei lavori preparatori<sup>63</sup>, che il legislatore abbia inteso introdurre due distinte deroghe al principio generale di inutilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi<sup>64</sup>.

Configurando le due deroghe previste dal comma 1 dell'art. 270 c.p.p. come alternative, risulta anche colmato il disallineamento, determinato dal d.l. n. 161/2019, tra i presupposti di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento di delitti contro la pubblica amministrazione di cui all'art. 266, c. 2-*bis* c.p.p., previsti, rispettivamente, per le intercettazioni "tradizionali" (comma 1) e per quelle effettuate con captatore informatico (comma 2). Come detto in precedenza, la limitazione, da parte del comma 1, dell'utilizzabilità dei risultati all'accertamento dei soli delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza rendeva la disciplina relativa alle intercettazioni ordinarie più restrittiva di quella prevista con riferimento alle intercettazioni effettuate con captatore informatico. Al contrario, il nuovo testo dell'art. 270, c. 1 c.p.p., richiamando l'art. 266, c. 1 c.p.p., consente l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni effettuate con mezzi tradizionali per l'accertamento dei delitti contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore a 5 anni nel massimo (previsti dall'art. 266, c. 1, lett. b) c.p.p.).

La l. n. 7/2020, peraltro, ha ampliato il novero dei reati intercettabili ai sensi dell'art. 266, c. 1 c.p.p., includendovi il delitto di atti persecutori *ex art.* 612-*bis*

<sup>62</sup> V. in tal senso L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in *Penale Diritto e procedura*, fasc. 1, 2020, p. 38.

<sup>63</sup> V. il parere della Commissione permanente Affari costituzionali del Senato del 19 febbraio 2020, con riferimento all'emendamento n. 2.219.

<sup>64</sup> V. in tal senso Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, *Relazione su novità normativa n. 35/20*, 23 marzo 2020, p. 14. V., nello stesso senso, D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7 /2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *www.sistemapenale.it*, 2 marzo 2020.

c.p. (lett. *f-quater*) ed i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal medesimo articolo (lett. *f-quinquies*).

La seconda modifica apportata al comma 1 dell'art. 270 c.p.p. consiste nell'aggiunta del requisito della "rilevanza" a quello della "indispensabilità" dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento del reato emerso nel corso delle attività di captazione. Si tratta del medesimo criterio selettivo previsto dall'art. 270, c. 2 c.p.p., che rinvia all'art. 268, c. 6, 7 e 8 c.p.p., relativo all'udienza di stralcio. Al pari dell'art. 268 c.p.p. (come modificato dal d.l. n. 161/2019), l'art. 270, c. 1 c.p.p. richiede la *piena* "rilevanza" dell'intercettazione, e non la sua "non manifesta irrilevanza".

La previsione del criterio positivo della rilevanza, sebbene sia volta ad assicurare una maggiore protezione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni, circoscrivendo il materiale intercettivo da acquisire o da utilizzare a fini probatori in procedimenti diversi, fa sorgere alcune perplessità circa la sua effettiva capacità selettiva. Come segnalato dalla stessa Corte di Cassazione, l'impiego della locuzione «rilevanti e indispensabili» «pare presupporre, ancor più di prima, una valutazione del "peso" del mezzo di prova», la quale, tuttavia, è «rimessa al giudice e di difficile circoscrivibilità»<sup>65</sup>. Si profila, pertanto, il rischio che, non essendo possibile determinare con esattezza la portata dei parametri anzidetti, il giudice adotti nei fatti il parametro della *irrilevanza non manifesta*. Le incertezze circa l'effettiva utilità dell'aggiunta del criterio selettivo della "rilevanza" sono accentuate dal fatto che il comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., relativo alle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico, non contempla tale filtro, ma soltanto quello della "indispensabilità".

Quanto al mantenimento, nel comma 1 dell'art. 270 c.p.p., del riferimento ai delitti per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, tanto il CSM quanto una parte della dottrina hanno sollevato dubbi circa la perdurante idoneità di questo criterio a circoscrivere l'impiego dei risultati captativi per fini probatori in procedimenti diversi. Più precisamente, è stato da più parti rilevato che, a seguito delle modifiche apportate nel corso degli anni all'art. 380, c. 2 c.p.p., il catalogo delle fattispecie «non risponde più al criterio della maggiore gravità delle condotte, risultando piuttosto ispirato al principio della maggiore evidenza della situazione di flagranza», non essendo ricompresi, tra i reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, delitti di particolare gravità, quali le lesioni gravi o gravissime o l'omicidio preterintenzionale, e venendo, al contrario, ricondotti all'elencazione in esame reati meno gravi. Al tempo stesso, alcuni dei delitti per i quali è previsto

<sup>65</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Servizio penale, *Relazione su novità normativa n. 35/20*, cit., p. 13.

l'arresto obbligatorio in flagranza e che possono, dunque, essere accertati sulla base dei risultati delle intercettazioni effettuate in un diverso procedimento, non rientrano tra i reati rispetto ai quali le intercettazioni sono ammesse, ai sensi dell'art. 266, c. 1 c.p.p.<sup>66</sup>.

Per effetto delle numerose proroghe disposte nel tempo (da ultimo, da parte del d.l. n. 28/2020), le previsioni del d.l. n. 161/2019, come risultanti a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione dalla l. n. 7/2020, potranno essere applicate esclusivamente ai procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020<sup>67</sup>.

Sono pertanto escluse dall'ambito di operatività della nuova regolamentazione le intercettazioni che, seppure autorizzate dopo la data di entrata in vigore della novella, siano disposte nell'ambito di procedimenti iscritti prima di tale data.

In tal caso, dunque, si dovrà fare riferimento, per le intercettazioni effettuate con strumenti tradizionali, alla disciplina normativa antecedente alla riforma<sup>68</sup>. Rispetto alle intercettazioni ambientali realizzate mediante l'impiego del captatore informatico, invece, poiché la prima disciplina normativa, introdotta dalla riforma Orlando ed in seguito modificata dalla recente novella del 2019, ha ad oggetto soltanto i procedimenti penali iscritti in data successiva al 31 agosto 2020, troveranno applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in materia e, segnatamente, dalle Sezioni Unite nella sentenza *Scurato* del 2016<sup>69</sup>.

## 7. L'approdo dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: l'attuale perimetro dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni

Dall'esame dei contenuti del recente intervento legislativo risulta evidente come la nuova disciplina comporti il sostanziale superamento di buona parte dei principi espressi dalle Sezioni Unite nella sentenza *Cavallo*.

<sup>66</sup> G. SPANGHER-M. ANTINUCCI, *Possibili le intercettazioni "a strascico" attraverso l'uso del captatore informatico per i reati comuni?*, cit. V. nello stesso senso, con riguardo al primo rilievo, le considerazioni espresse dal Consiglio Superiore della Magistratura nel *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019*, cit., pp. 6 ss.

<sup>67</sup> Inizialmente, il d.l. n. 161/2019 aveva previsto che le nuove disposizioni fossero applicabili ai procedimenti iscritti in data successiva al 29 febbraio 2020. Tale data è stata in seguito prorogata al 30 aprile 2020 (ad opera della l. n. 7/2020) e, infine, al 31 agosto 2020 (da parte del d.l. n. 28/2020).

<sup>68</sup> Sui profili di diritto transitorio, v. F. RUGGIERI, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 4, 2020, pp. 930 ss.

<sup>69</sup> Cass., Sez. Un., n. 26889/2016, *Scurato*. Sulla disciplina transitoria del captatore informatico (alla luce del d.lgs. n. 216/2017), v. M. GAMBARDELLA, *La disciplina transitoria del captatore informatico*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., pp. 277 ss.

A seguito delle modifiche apportate in sede di conversione al d.l. n. 161/2019, laddove si intenda utilizzare i risultati captativi in un procedimento “diverso”, sarà, infatti, necessario e sufficiente che tale procedimento abbia ad oggetto un reato intercettabile *ex art.* 266, c. 1 c.p.p., o che ricorra, in alternativa, il più rigoroso requisito dell’obbligo di arresto in flagranza per tale reato (*art.* 270, c. 1 c.p.p.). Non assume alcuna rilevanza, al contrario, il fatto che il procedimento “diverso” presenti un rapporto di connessione (*art.* 12 c.p.p.) o di collegamento (*art.* 371, c. 2, lett. b) e c) c.p.p.) con il reato con riferimento al quale le operazioni di intercettazione sono state disposte, o, ancora, sia privo di qualsiasi legame con tale reato: tanto nel primo caso (ricondotto dalle Sezioni Unite *Cavallo* alla nozione di “medesimo procedimento”), quanto nel secondo e nel terzo (configuranti, secondo la medesima pronuncia, un “procedimento diverso”), i risultati delle intercettazioni potranno sempre essere utilizzati a fini probatori, se il reato da accertare è contemplato dall’*art.* 380 c.p.p. o, alternativamente, dall’*art.* 266, c. 1 c.p.p.<sup>70</sup>.

Al contrario, la Suprema Corte, come detto in precedenza, aveva circoscritto la possibilità di impiegare i risultati intercettivi a fini probatori, al di fuori della stretta ipotesi derogatoria dell’accertamento (in un procedimento *diverso*) dei reati di cui all’*art.* 380 c.p.p., ai soli procedimenti connessi *ex art.* 12 c.p.p. e, come tali, riconducibili al “*medesimo*” procedimento. In quest’ultimo caso, inoltre, il reato da accertare doveva necessariamente essere suscettibile di captazione ai sensi dell’*art.* 266, c. 1 c.p.p.

Ciò nonostante, la necessità di qualificare un procedimento come “diverso” o “medesimo”, e la conseguente questione problematica relativa alla definizione delle relative nozioni, seppure considerevolmente ridimensionata dall’intervento normativo in commento, non viene del tutto meno. Non avendo la recente novella fornito alcuna definizione della nozione di “diverso procedimento” (e neppure, specularmente, di “medesimo procedimento”), permane l’esigenza di definire precisi limiti all’utilizzazione probatoria dei risultati, laddove si ritenga che il reato da accertare possa essere ricondotto allo stesso procedimento. Con riferimento a questo specifico profilo, i principi espressi dalle Sezioni Unite mantengono la loro rilevanza: il reato che si intende accertare per mezzo delle intercettazioni effettuate, per quanto riconducibile al medesimo procedimento (da definirsi tale in presenza di un rapporto di connessione *ex art.* 12 c.p.p.), deve pur sempre essere ricompreso tra i delitti di cui all’*art.* 266, c. 1 c.p.p.

Non sembra quindi possibile sostenere che le modifiche apportate dalla recente riforma alla disciplina dell’*art.* 270 c.p.p. possano, indirettamente, legittimare l’utilizzo indiscriminato dei risultati captativi per la prova di reati che, seppure

<sup>70</sup> V. in tal senso A. PASTA, *Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull’utilizzazione delle intercettazioni per l’accertamento di reati diversi*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2020, p. 25.

non suscettibili di captazione ai sensi dell'art. 266, c. 1 c.p.p., vengano ricondotti in via interpretativa al procedimento nel quale la captazione è stata originariamente autorizzata. La centralità del requisito in esame è, peraltro, desumibile anche dalle modifiche apportate dalla l. n. 7/2020 al comma 1 dell'art. 270 c.p.p., che oggi richiede, quale condizione minima ed indefettibile dell'utilizzo dei risultati in un procedimento diverso, che rispetto a tale reato le intercettazioni potessero essere autonomamente disposte.

#### 8. Rilievi conclusivi: la limitazione dei diritti individuali come eccezione

Se, da una parte, le novità introdotte dal recente intervento normativo appaiono idonee a ridimensionare il ricorso ad interpretazioni riduttive della portata del divieto probatorio *ex art. 270, c. 1 c.p.p.*, consentendo, già di per sé, un più ampio utilizzo dei risultati delle intercettazioni, dall'altra parte accentuano i problemi di compatibilità con il testo costituzionale e, segnatamente, con l'art. 15 Cost.

Viene considerata, in prima battuta, il rilievo primario riconosciuto alla libertà di comunicazione, che costituisce una delle molteplici declinazioni, espressamente previste dalla Costituzione, della fattispecie aperta di cui all'art. 2 Cost.: in quanto "diritto della personalità"<sup>71</sup>, ossia «parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana», il contenuto essenziale del diritto ad una comunicazione libera e segreta «non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente»<sup>72</sup>.

Questo primo aspetto dell'inviolabilità sancita dall'art. 15 Cost., per quanto di estrema rilevanza nell'ambito di una riflessione sui presupposti ed i limiti dell'ingerenza nella sfera privata dell'individuo per finalità investigative (o, come nel caso della disciplina *ex art. 270 c.p.p.*, probatorie), non risulta decisivo.

Si è detto in precedenza che l'appellativo di "inviolabile" non vale a sottrarre un diritto, per quanto di indiscusso rango costituzionale, al bilanciamento e, dunque, ad una sua compressione per finalità di tutela di interessi contrapposti, ma parimenti meritevoli di protezione<sup>73</sup>. Inoltre, per quanto la Corte costituzio-

<sup>71</sup> Sulla categoria dei diritti della personalità, v. S. FURFARO, *Il diritto alla riservatezza*, cit., pp. 27 ss.

<sup>72</sup> Corte cost., n. 366/1991, punto 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>73</sup> V. in proposito i principi espressi da Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85 e Corte cost., 19 novembre 2012, n. 264.

nale abbia affermato, in una celebre pronuncia in materia di intercettazioni<sup>74</sup>, la possibilità di rinvenire nelle norme costituzionali a tutela di diritti fondamentali un implicito divieto di utilizzazione delle prove assunte in violazione di tali diritti, la diretta applicabilità al processo delle disposizioni costituzionali e, nello specifico, la possibilità di qualificarle come fonti di divieti probatori (sul modello degli ordinamenti di *common law*) sono tutt'ora oggetto di discussione. Com'è stato giustamente rilevato, è difficile sostenere che in un sistema di diritto scritto come il nostro possano essere sottratte all'apprezzamento del giudice prove che siano state assunte nel rispetto della disciplina processuale (ossia in mancanza di una norma, nel codice di rito, che ne preveda espressamente l'inutilizzabilità), per quanto tale assunzione violi, al contempo, le garanzie costituzionali (prove c.d. "illecite")<sup>75</sup>.

Vista la difficoltà di far leva su questa declinazione dell'inviolabilità della libertà di comunicazione, espressa dal primo comma dell'art. 15 Cost., sembra preferibile guardare alla recente riforma da un diverso angolo prospettico, quello della seconda componente dell'inviolabilità della libertà di comunicazione: nel richiedere che eventuali limitazioni di questo diritto avvengano necessariamente «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» e «con le garanzie stabilite dalla legge», il secondo comma della medesima norma chiama il legislatore ordinario a dare concreta attuazione ai principi costituzionali, circoscrivendone, al contempo, la discrezionalità. È quindi sulla base della forza cogente che si vuole riconoscere alla norma costituzionale che si deve individuare il perimetro di discrezionalità (o, per meglio dire, di opportunità politico-criminale) concesso al Parlamento.

Il carattere normativo e, dunque, vincolante della disposizione in parola, oltre ad essere desumibile dalle espressioni impiegate, è stato confermato dalla Consulta, che ne ha riconosciuto la portata *precettiva*<sup>76</sup>. A poco, poi, servirebbe domandarsi se sia una norma precettiva ad applicazione immediata o differita<sup>77</sup>: oltre a

<sup>74</sup> Corte cost., n. 34/1973. V., in particolare, il punto 2 del *Considerato in diritto*, nel quale la Consulta afferma che «attività compiute in spregio dei diritti fondamentali del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito».

<sup>75</sup> V. F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., pp. 53 ss. e 61.

<sup>76</sup> Corte cost., n. 81/1993, punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>77</sup> La tripartizione tra norme programmatiche, precettive ad applicazione differita e precettive ad applicazione immediata è stata in passato promossa anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 7 febbraio 1948), aderendo a quell'orientamento dottrinale che contestava il carattere normativo di alcune norme della Costituzione. V. sul punto M. FIORAVANTI, *L'attuazione della Costituzione: il ruolo della cultura costituzionale, Relazione al convegno "La Costituzione della Repubblica Italiana. Le radici, il cammino"*, Bergamo, 28-29 ottobre 2005, p. 5. Il testo della relazione è reperibile al seguente link: <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Fi>



trattarsi di una distinzione particolarmente discussa in dottrina, il fatto che si richieda, nel secondo caso, un intervento attuativo del legislatore non sembra sufficiente a mettere in dubbio la sostanza normativa di questa disposizione.

Infatti, sebbene la determinazione dei casi e modi della limitazione della libertà di comunicazione sia demandata alla legge ordinaria<sup>78</sup>, alla quale soltanto compete attribuire all'autorità giudiziaria il potere di effettuare attività di captazione e definire contenuti e limiti dell'esercizio di tale potere, è la Carta costituzionale che, nel sancire la duplice riserva (di legge e di giurisdizione), definisce il *rapporto tra regola ed eccezione*. È nell'individuazione di questo equilibrio che si esprime il bilanciamento tra l'interesse statale alla repressione penale e la tutela della sfera privata dell'individuo: tale ponderazione, dovrà, poi, essere rinnovata dal legislatore ordinario, in conformità al principio di legalità processuale (111, c. 1 Cost.) e della riserva di cui all'art. 15, c. 1 Cost.

La qualificazione dello svolgimento di attività captative come *eccezione* rispetto alla *regola* del libero esercizio del diritto alla corrispondenza e ad ogni altra forma di comunicazione rappresenta l'unico, vero limite imposto alla discrezionalità politica del legislatore, che, quindi, non può sovvertire questo rapporto. Diversamente, non soltanto verrebbe ad essere pregiudicata la necessaria proporzionalità tra gli obiettivi gnoseologici del processo ed i diritti individuali, ma si profilerebbe, altresì, il rischio di un mutamento della finalità del processo, da cognitiva a preventiva<sup>79</sup>.

Le considerazioni appena svolte, valevoli per tutta la disciplina processuale in materia probatoria, assumono una particolare valenza rispetto al tema della circolazione delle prove e, specialmente, dei risultati delle intercettazioni, non essendo tale utilizzo preceduto da un provvedimento autorizzativo e mancando, soprattutto, la componente che maggiormente riflette la natura cognitiva del giudizio penale, ossia la motivazione in ordine alla sussistenza delle condizioni prescritte dalla legge<sup>80</sup>. Lo conferma anche l'attenzione riservata all'impiego dei risultati in-

or/Fioravanti-ruolo-cultura-cost\_28\_10\_.pdf. V. anche S. DE FINA, *Natura ed efficacia delle norme costituzionali*, in *Il Foro Italiano*, vol. 76, n. 2, 1953, pp. 25 ss.

<sup>78</sup> Questa affermazione presuppone che si accolga la tesi secondo cui la locuzione «con le garanzie stabilite dalla legge» di cui all'art. 15 Cost. equivale a «nei casi e modi stabiliti dalla legge» ex artt. 13 e 14 Cost. V. in tal senso: P. BARILE-E. CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, cit., p. 749; E. MARZADURI, *Relazione*, in *Atti del convegno "Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti"*, cit., p. 253, nt. 23.

<sup>79</sup> V., con specifico riferimento alla circolazione dei risultati captativi, le osservazioni di F. CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.*, cit., pp. 93 s. V. anche O. MAZZA, *La presunzione d'innocenza messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019, p. 1.

<sup>80</sup> Sul ruolo centrale della motivazione ai fini del legittimo esercizio del potere punitivo, v. F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, fasc. 10, 2011, p. 260.

tercettivi per finalità di accertamento dal codice di rito, che esplicita, nell'art. 270, c. 1 (e, oggi, 1-*bis*) c.p.p., una regola di esclusione probatoria che risulta già desumibile dall'art. 271, c. 1 c.p.p.<sup>81</sup>.

A ciò si aggiunga che gli strumenti che consentono l'acquisizione del materiale probatorio in questione (primo fra tutti, il captatore informatico) hanno ormai raggiunto un altissimo livello di pervasività<sup>82</sup>, tanto da indurre una parte della dottrina a ridefinire il perimetro della libertà tutelata dall'art. 15 Cost., anche alla luce degli sviluppi della tecnologia della comunicazione<sup>83</sup>: pertanto, se si ritiene che il loro impiego debba essere oggetto di attenta ponderazione in sede autorizzativa, a maggior ragione si dovrebbe valutare con estrema cautela l'utilizzabilità dei relativi risultati in procedimenti diversi.

A ben vedere, i diritti dei singoli costituiscono (o dovrebbero costituire) una "rete di protezione" rispetto agli obiettivi cognitivi (e, per certi aspetti, preventivi) del processo: il nucleo essenziale delle libertà costituzionalmente tutelate rappresenta il limite dell'attività processuale, non potendosi sovvertire il rapporto tra regola ed eccezione sulla base di un principio, quello di *non dispersione della prova*<sup>84</sup>, che è stato elaborato dalla giurisprudenza costituzionale nel contesto emergenziale del periodo stragista e che, a dispetto della sua denominazione di "principio", mantiene pur sempre una valenza eccezionale e derogatoria rispetto ai fondamenti del giusto processo.

La circolazione delle intercettazioni configura, al contrario, un'evenienza tutt'altro che straordinaria nella nuova disciplina normativa: allo stato attuale, dunque, il bilanciamento delineato dai Costituenti potrà essere assicurato soltanto attraverso una lettura particolarmente restrittiva e rigorosa dei requisiti della "rilevanza" e della "indispensabilità" delle intercettazioni a fini probatori.

<sup>81</sup> V. in tal senso F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., p. 106.

<sup>82</sup> V. sul punto R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2018, pp. 538 ss.

<sup>83</sup> V. G. ILLUMINATI, *Libertà e segretezza della comunicazione*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, pp. 3826 ss.

<sup>84</sup> Corte cost., 18 maggio 1992, nn. 254 e 255.