

ORIENTAMENTI

ELVIRA N. LA ROCCA

L'art. 270 c.p.p. e la proporzionalità perduta: moniti per un recupero dalla Corte di Giustizia UE

Il nuovo regime circolatorio degli esiti delle intercettazioni ha perso le sue caratteristiche di eccezionalità: individuare un freno alla deriva securitaria e alle incidenze sul diritto individuale a comunicare liberamente e in segreto è operazione quasi impossibile. Nel mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ribadisce l'importanza della proporzionalità e della riserva di giurisdizione per le ingerenze nella vita privata finalizzate alla lotta di gravi fenomeni criminosi. Da ciò nuovi dubbi sulla legittimità della disciplina riformata nel 2020.

Article 270 c.p.p. and Lost Proportionality: Signals for a Recovery from a Judgment of the EU Court of Justice

The new circulatory system of interception results has lost its exceptional characteristics. Finding a brake on the security drift and the impact on the individual right to communicate freely and secretly is almost impossible. At the same time, the case law of the EU Court of Justice reaffirms the importance of proportionality and the reservation of jurisdiction for private interference in the fight against serious crimes. New doubts arise about the legitimacy of the reformed discipline in 2020.

SOMMARIO: 1. Contesti. - 2. La proporzionalità originaria. 3. L'anomia dell'eccezione e la proporzionalità perduta. - 4. Il peso dei concetti: rilevanza, indispensabilità, diversità procedimentale. - 5. Proporzionalità e riserva di giurisdizione: capisaldi irrinunciabili (invece) per la Corte di giustizia

1. *Contesti.* A distanza di un anno dal varo della l. 28 febbraio 2020 n. 7, risultano più solide le consapevolezze sull'opinabilità della nuova disciplina circolatoria delle intercettazioni, "un rompicapo senza fine"¹ destinato a rafforzare quel già diffuso atteggiamento culturale anacronistico rispetto ai valori di fondo, quelli irrinunciabili e destinati sempre a prevalere nel bilanciamento con le necessità "securitarie" di prevenzione e repressione di reati.

L'art. 270 c.p.p., oggi più che in passato, si colloca tra le "norme intrusive"², quelle che creano antinomie rispetto ai principi del codice e che, unitamente alle prassi devianti, sono in grado di travolgere l'effettività di altre norme. La finalità di non dispersione che vi è insita prende il sopravvento sull'istanza individuale di pregnanza costituzionale, concretando il rovesciamento della prospettiva: l'utilizzabilità di qualsiasi elemento utile allo scopo prevale sulla riserva di giurisdizione; e la riserva di legge sembra perdere il suo valore fun-

¹ In tali termini, E. VALENTINI, *Un rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2021, 279 ss.

² L'espressione è di AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 434.

zionale, con forti elusioni dei canoni che ne rappresentano l'immediato portato.

Si vedrà meglio come la nuova disciplina alimenti l'uso trasversale dei risultati delle captazioni in sedi diverse da quella in cui sono state autorizzate, alleggerendo di molto le incombenze gravanti sugli inquirenti che, sulla scorta di una prima autorizzazione del giudice, sono esonerati dall'attivarne altre qualora dall'ascolto si paventi la necessità di accertamento di uno o più fatti criminosi tra quelli elencati negli artt. 380, 266, oltre che 266 bis c.p.p. Un'economia delle forme, insomma, che apre la strada all'arbitrio inevitabile, agevolato dall'assenza del provvedimento autorizzativo del giudice, in una materia che invece reclama una diversa tutela e diverse guarentigie.

È già l'incapacità della norma a porre punti fermi per l'operare del regime eccezionale a far pensare che quell'equilibrio fra gli interessi collettivi coinvolti nel rito penale e la protezione dell'individuo sia ormai rotto dall'eccesso di deroghe al divieto circolazione degli esiti captati, mantenuto in esordio ma immediatamente smentito dai disposti restanti dell'art. 270 c.p.p., che tutto sembrano concedere e nulla sembrano vietare quando dalle captazioni emerga una delle molteplici ipotesi criminose individuabili con la tecnica dei rimandi.

La Consulta, in una delle sue prime prese di posizione sul tema, aveva ricordato come il legislatore goda di un ampio margine di discrezionalità nell'organizzazione del servizio di intercettazione, sentendo già all'epoca il dovere di formulare l'auspicio che si realizzassero opportuni interventi legislativi idonei ad attuare anche sul piano tecnico le condizioni necessarie all'effettivo controllo giurisdizionale necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione³. È al giudice che la legge riconosce il potere di disporre l'intercettazione - si era detto⁴ - e dalla legge stessa sono e devono essere desumibili i limiti di siffatto potere. Al contrario, quando l'autorizzazione previa del giudice manca e la legge consente troppo, limiti e divieti perdono consistenza. Tale perdita di consistenza della regola di esclusione traspare già dalla lettura, anche superficiale, dei contenuti dell'art. 270 c.p.p., riformulati in un contesto politico non certo attento alle istanze promosse dalla Costituzione repubblicana.

Dinnanzi alle disgregazioni e scomposizioni del sistema processuale, con i suoi valori e i suoi ideali, perpetrate, oltre che dalla prassi, proprio dal legislatore, ci si potrebbe - ad un certo punto- rassegnare all'idea che la complessità

³ Corte cost., n. 34 del 1973.

⁴ In Corte cost., n. 34 del 1973.

del diritto lo renda non governabile tramite gli strumenti tradizionali della riserva di legge e del principio di legalità nel processo, sovrapponendo di fatto il piano dell'essere con quello del dover essere⁵.

Ma il dovere del giurista, come è stato ben posto in luce, è ancora quello “di non farsi cullare dall'irrazionale e di impegnarsi a ricreare l'ordine [...] per evitare il rischio di una procedura penale che scivoli nel baratro del processo penale minimo”⁶.

2. *La proporzionalità originaria.* Proprio la necessità di ripristinare un “ordine nel disordine” che fisiologicamente si crea quando gli esiti delle captazioni possano in qualche modo “fruttare” all'investigatore in procedimenti diversi da quello che ne ha giustificato l'acquisizione, aveva indotto i codificatori all'introduzione di una regolamentazione eccezionale, derogatoria della disciplina generale, in virtù della forte potenzialità a compromettere una serie di basilari principi del sistema accusatorio.

In realtà già sotto la vigenza della codificazione abrogata l'art. 226-quater, comma 8 c.p.p. abr., inserito con la legge 8 aprile 1974, n. 98 –vietava l'impiego delle «notizie contenute nelle registrazioni e nei verbali» in procedimenti diversi da quelli nei quali le captazioni erano state raccolte, fintantoché con una successiva emenda si predispose la possibilità di una circolazione probatoria anche in «procedimenti diversi» da quelli in cui fossero state autorizzare le intercettazioni, a condizione che si trattasse di procedure concernenti delitti per i quali il mandato di cattura fosse obbligatorio (art. 226-quater c.p.p. abr. comma 6). Eredità, questa, raccolta dal legislatore del codice vigente, trasposta con piccole emende nell'art. 270 c.p.p.⁷

La tenuta costituzionale della disciplina circolatoria degli esiti delle captazioni è stata vagliata, come è noto, sotto l'egida di un controllo finalizzato ad appurare che la sfera dei diritti individuali non sia intaccata oltre lo stretto necessario sia dal legislatore, sia dagli organi chiamati ad applicare le norme⁸.

La via percorsa dalla Corte delle leggi per lo scrutinio della scelta di consentire l'uso delle captazioni al di fuori del procedimento *a quo*, è stata quella del-

⁵ Per le considerazioni sul decomporsi del sistema v. SBRICCOLI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 79-80; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, passim.

⁶ AMODIO, *Crisi della legalità processuale*, cit., 438-439.

⁷ V. sui profili storici E. VALENTINI, *Un rompicapo*, cit., 278 ss.

⁸ Lo evidenzia con convinzione NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 12.

la “proporzionalità” che si compone delle varie tappe finalizzate al vaglio di “idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto”⁹.

Ordinato e preciso, il percorso per arrivare alla soluzione costituzionalmente necessitata, si rintraccia meglio nella sentenza n. 63 del 1994, esito di un vaglio finalizzato proprio ad escludere che si derogasse al divieto d’uso trasversale dell’intercettazione oltre le circoscritte ipotesi di fattispecie ad arresto obbligatorio, pure a prescindere dalla circostanza che l’originario elenco contenuto nell’art. 380 c.p.p. ricomprendesse delitti ritenuti meno gravi di altri che erano esclusi.

Aderendo a questa logica, la Consulta ebbe a puntualizzare che il costo della violazione del diritto individuale, conseguente alla circolazione del dato captato, possa essere sì giustificato dal soddisfacimento -in astratto- dell’interesse pubblico primario dell’accertamento di reati capaci di destare particolare allarme sociale, ma non solo. È ragionevole pure pretendere che la compressione della sfera privata risulti «indispensabile», mantenendosi entro i precisi confini della «stretta necessità» rispetto alla concreta salvaguardia di quell’interesse di grado elevato¹⁰.

Sebbene la Costituzione non imponga un divieto di trasferire le captazioni in altri procedimenti in forma assoluta, essendo ben possibile, quindi, introdurre norme disciplinanti il regime circolatorio, sarebbe «di per sé contraria» alla Carta fondamentale, poiché in contrasto con «la garanzia posta dall’art. 15 Cost.», la richiesta di un giudice di merito di estendere l’eccezione al divieto d’uso di cui all’art. 270, comma 1, c.p.p. a tutti i procedimenti «rispetto ai quali, ai sensi dell’art. 266 c.p.p., è ammissibile procedere alle intercettazioni»¹¹.

La riconducibilità della disciplina dell’utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi in primis sotto l’egida dell’art. 15 Cost., ha consentito alla Corte costituzionale di sottolineare con la giusta enfasi il nesso tra la riserva di giurisdizione e il pregiudizio che sortisce la libertà di comunicazione ove non si preveda il «divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva» delle notizie

⁹ Si tratta dei tre giudizi di cui si compone lo scrutinio di proporzionalità ben messi a fuoco di recente da NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà*, cit., 3 ss. Sul tema v. anche CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 148; con riguardo alla materia dei controlli occulti v. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell’era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ Corte cost., n. 63 del 1994.

¹¹ Corte cost., n. 366 del 1991. In senso adesivo CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 282; FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 180 ss.

apprese durante l'attività autorizzata al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati. Quella metamorfosi del previo atto motivato dell'autorità giudiziaria in mera «autorizzazione in bianco»¹², paventata dalla Corte per il caso di trasmigrazione dei risultati captati, palesa ancora oggi con eloquenza le logiche retrostanti al bisogno di contenere la circolazione delle comunicazioni captate attraverso quel formidabile strumento intrusivo nella sfera privata. Nella duplice dimensione di diritto inviolabile che incorpora un valore della personalità (art. 2 Cost.)¹³ e di valore che non può subire compressioni se non strettamente necessarie per la salvaguardia di interessi pubblici primari (art. 15 Cost.), il diritto a comunicare liberamente e in segreto, conferma la regola che esclude l'utilizzo delle captazioni in procedimenti diversi.

È quell'autorizzazione necessaria, idonea a circoscrivere l'intrusione nella sfera individuale e i limiti d'uso degli esiti della stessa, a rappresentare immediata attuazione in via legislativa degli artt. 2 e 15 Cost. Verrebbe quasi da affermare che fuori da questo paradigma e dalla predilezione, quindi, per un impiego selettivo dei risultati dell'attività intrusiva occulta, la trasmigrazione per la prova di fatti diversi da quelli su cui si basa il provvedimento giurisdizionale, si ponga oltre il perimetro di legittimità costituzionale. D'altronde, «in sede processuale può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute»¹⁴, fermo restando che, «in linea con la giurisprudenza consolidata formatasi sotto il codice precedente, il divieto disposto dall'art. 270 c.p.p. non operi sulla possibilità di dedurre "notizie di reato" dalle intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di altro procedimento»¹⁵.

La giustificazione costituzionale del congegno di trasmigrazione, in grado di scalfire la regola di esclusione, è stata rintracciata nel soddisfacimento di quell'interesse pubblico all'accertamento di reati capaci di destare particolare allarme a causa della loro gravità. E sebbene ciò non sopperisce all'assenza

¹² V. Corte cost., n. 366 del 1991; Corte cost., n. 63 del 1994.

¹³ Corte cost., n. 34 del 1974.

¹⁴ La conoscenza di fatti astrattamente qualificabili come illeciti penali che venga acquisita attraverso intercettazioni legittimamente autorizzate o, all'interno del medesimo procedimento, per altri reati, non impone al p.m. l'inizio di un procedimento, ma consente piuttosto che egli proceda ad accertamenti volti ad acquisire nuovi elementi di prova sulla cui base soltanto potrà successivamente proporre l'azione penale. Così Corte cost., n. 34 del 1973. V. a sostegno di tale linea di pensiero DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro It.*, 1992, 3260; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 164. In senso simile, più di recente, CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*, in www.giurisprudenzapenale.it, 10.

¹⁵ Corte cost., n. 366 del 1991. In senso adesivo CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 282; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 180 ss.

dell'autorizzazione giurisdizionale richiesta dall'art. 15 Cost., implica un giusto equilibrio nella distribuzione dei compiti tra legge e giudice: se sul legislatore incombe l'obbligo di escogitare tecniche di contenimento del tasso derogatorio del paradigma costituzionalizzato, il giudice è tenuto ad appurare se la prova del fatto, non ricompreso nell'originario provvedimento autorizzativo, possa essere o meno conseguita prescindendo dall'uso dei risultati di un'intercettazione autorizzata con riguardo ad una differente fattispecie criminosa in un diverso procedimento. Tale ultimo vaglio, di idoneità, necessità e proporzionalità in concreto, diventa però un "guscio vuoto" di tutela¹⁶ se a monte il legislatore concede troppo, omettendo quel preliminare vaglio di proporzionalità in astratto. Sono ancora queste le avvertenze giuste, malgrado le prese di coscienza di segno opposto che oggi inducono a dubitare della conformità del nuovo modello trasmissivo alla Carta fondamentale.

3. *L'anomia dell'eccezione e la proporzionalità perduta.* Nell'incedere disordinato e frettoloso di un legislatore poco attento ai valori costituzionali e alle basilari regole di determinatezza delle fattispecie, anche processuali, le emende sulla disciplina dell'uso *aliunde* delle intercettazioni¹⁷ denotano, invero, la

¹⁶ GIALUZ, *Premessa*, in *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020*, a cura di Gialuz, in www.dirittodinternet.it, suppl. 3, 2020, 5.

¹⁷ Attraverso la richiamata legge 28 febbraio 2020, n. 7 di "conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni". Tra i primi commenti v. ALVINO, *La circolazione probatoria delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in *Sist. Pen.*, 2020, 233; DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 90; FILIPPI, *D.l. intercettazioni: abrogata la riforma orlando, si torna all'antico*, in *Quot. Giur., online*; MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 c.p.p. al crocevia fra interpretazioni giurisprudenziali ed interventi normativi*, in *Leg. Pen.*, 2020, 1 ss; PARODI, *Il nuovo decreto intercettazioni: le indicazioni sulla riservatezza*, in ilpenalista.it, 13.1.2020; PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in www.sistemapenale.it; ID., *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, 2020, 70 ss.; V. anche 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 GIOSTRA- ORLANDI, Torino, 2018, 257 ss; NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in www.sistemapenale.it, 76 ss; PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in www.sistemapenale.it; RUGGERI, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in www.processopenaleegiustizia.it, 4; SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in www.sistemapenale.it, 2020, 58-59; SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *questa Rivista*, 2020, 2.

totale omissione del vaglio di proporzionalità in astratto da parte del legislatore.

Non bisogna farsi trarre in inganno dalla conformazione bifronte. Sebbene la norma affermi come regola il divieto d'uso delle captazioni in altri procedimenti, esce subito allo scoperto l'eccezione e tracciarne i confini, per evitare la totale negazione della *regola iuris*, oggi è operazione ancora più ardua: la qualità del dato normativo di nuovo conio, più volte rimaneggiato e ritoccato¹⁸, come spesso accade negli ultimi tempi, non lascia prospettare esiti prevedibili. A trasparire con nitore, però, è di certo la discontinuità rispetto all'originaria disciplina codicistica, tutta a vantaggio -oggi- di una circolazione probatoria per nulla orientata al contenimento dell'uso esterno degli esiti captati.

Se ci si addentra nel riformato co. 1 dell'art. 270, si scorge appena dopo la regola di esclusione, un'autorizzazione per mano legislativa all'uso dei dati intercettati, in procedimenti diversi da quello d'origine, se 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».

Solo a chi non ha familiarità con la materia il rapporto tra il primo e secondo capoverso del primo comma dell'art. 270 c.p.p. potrebbe apparire ancora quello tra regola (il primo) ed eccezione (il secondo). La struttura della deroga, invero, è al tempo stesso fragile e forte: la fragilità si misura per la sua inidoneità a rimanere circoscritta entro confini puntuali e ristretti, così da perdere le sue caratteristiche di desumibilità a contrario dalla rilevazione di solo rari e specifici casi che possono consentire la deviazione dalla regola; la sua forza sta nella sua concreta anomia e nell'alta potenzialità di sovvertire la regola, fino ad annullarla.

L'incremento dell'elenco dei reati il cui accertamento è possibile mediante i risultati delle intercettazioni, malgrado queste ultime siano state disposte per ottenere la prova di un diverso reato, costituisce il primo segnale di allarme: le intercettazioni possono ora essere utilizzate in altro procedimento anche per l'accertamento dei reati elencati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p., oltre che per quelli elencati dall'art. 380 c.p.p.. Se lo si considera unitariamente, il catalogo di reati è fitto e variegato quanto a limiti edittali e beni giuridici tutelati: vi rientrano fattispecie criminose disparate e la scelta, già a prima lettura, non è immune da implicazioni negative sul delicato bilanciamento

¹⁸ Dal d.lgs. n. 216 del 2017, poi modificata dal d.l. n. 161 del 2019.

tra garanzie individuali ed esigenze di repressione¹⁹. Tale aspetto della novella si era inserito in un contesto di peculiare attenzione, da parte della giurisprudenza nomofilattica, circa l'esatta delimitazione delle condizioni che consentono di derogare al divieto di utilizzo delle intercettazioni in procedimenti diversi. Le Sezioni unite della Suprema Corte, invero, solo qualche mese addietro rispetto all'approvazione della riforma, avevano preso l'impulso dall'art. 266 c.p.p. accostandolo alla restrizione inerente ai "reati ad arresto obbligatorio": s'era affermato che «l'utilizzabilità delle captazioni in procedimenti diversi [...] richiede in ogni caso che si tratti di reati ricompresi nel catalogo declinato dall'art. 266 c.p.p., ovvero sia di reati per i quali sarebbero comunque consentite ab origine le operazioni di intercettazione»²⁰. L'esigenza di simile intuitiva affermazione aveva trovato ragione nelle prassi distorsive che, col tempo, avevano fatto perdere di vista il significato profondo dei "limiti di ammissibilità" dell'attività captativa occulta²¹, da tener presenti anche, e ancor di più, quando se ne vogliano utilizzare gli esiti in procedimenti diversi da quello di appartenenza. Si tratta, d'altronde – ma conviene forse sottolinearlo – della traduzione in legge ordinaria di quella riserva che, unitamente a quella di giurisdizione, riconduce alla legalità costituzionale l'attività di ricerca della prova.

Quella specificazione giurisprudenziale in ordine alla riconducibilità del reato "ulteriore" a quelli che consentono il ricorso al mezzo di captazione, ha in-

¹⁹ Anche considerando gli incrementi delle fattispecie operati dal legislatore, nel corso del tempo, sia all'elenco contenuto nell'art. 380 c.p.p., che a quello contemplato nel primo comma del richiamato art. 266 c.p.p. Da ultimo, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b-bis), del d.l. n. 161 del 2019, come modificato dalla legge di conversione n. 7 del 2020, nell'art. 266, comma 1, è stata aggiunta la lett. f-quinquies e sono stati inseriti anche i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

²⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, in *Mass. Uff.*, n. 277395. Per i commenti alla decisione v. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni*, cit., 106; M. S. CHELO, *Divieto di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi: le Sezioni Unite scelgono la via garantista*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2020, n. 4; ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in www.sistemapenale.it; PECCHIOLE, *Circolazione probatoria e intercettazioni*, in *Giur. It.*, 2020, 1507; PRETTI, *La metamorfosi*, cit., 72; TABASCO, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in *questa Rivista*, 2, 2020, 1 ss.; VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, *Sist. Pen.*, 2020, 177 ss.

²¹ In ordine alla necessaria sussistenza dei presupposti di cui all'art. 266 c.p.p. con riferimento agli ulteriori reati emersi a seguito dell'attività di captazione originariamente autorizzata per altro reato, per alcuni orientamenti il procedimento fungeva da «contenitore dell'attività di indagine», e i risultati dell'intercettazione potevano essere utilizzati per tutti i reati, anche se per alcuni di essi le operazioni di intercettazione non fossero autorizzabili. Cfr. ad es. Cass., Sez. V, 16 marzo 2016, Damiani De Paula, in *Mass. Uff.*, n. 268453; Cass., Sez. VI, 17 giugno 2015, Morena, *ivi*, n. 264087.

dotto in seguito ad interrogarsi sul senso e la finalità dell'aggiunta «e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1»²², nel tentativo di intravedervi proprio la traduzione del monito impartito dalle Sezioni unite²³, tutto teso al contenimento entro maglie ristrette la deroga al divieto di utilizzo *aliunde* dei risultati dell'attività intrusiva. Ma sebbene il legislatore degli ultimi tempi abbia abituato ad una normazione di riforma che tende a tradurre in legge le esegesi giurisprudenziali, questa volta il dato letterale ha palesato l'operazione inversa, e cioè la vera e propria abolizione normativa di quel principio di diritto, ottenuta oltretutto con un ampliamento tale delle ipotesi derogatorie da essere descritto alla stregua di «“licenza di intercettare” che rende utilizzabile la prova per qualsiasi reato emerga dalla captazione»²⁴, sia perché ritenuto “grave” a norma dell'art. 380 c.p.p., sia perché comunque, al di là di un'autorizzazione apposita e a prescindere dalla sua connotazione di particolare allarme sociale, sarebbe stato comunque possibile procedere autonomamente ad operazioni captative (art. 266 c.p.p.).

L'assunto non può essere smentito²⁵ e occorre ormai prenderne atto nel tentativo di calibrare, forse con difficili margini di riuscita, proprio la sopravvivenza della regola d'esclusione contemplata nel primo capoverso dell'art. 270. È una lettura corretta quella di chi evidenzia come l'utilizzo della congiunzione “e”, anche tenendo conto dei lavori parlamentari, induca ad interpretare il nuovo art. 270 nel senso della «utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, non soltanto qualora le captazioni risultino necessarie ed indi-

²² V. DELLA TORRE, *La nuova disciplina*, cit., 90 ss.; FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in *Pen. Dir. Proc.*, 2020, 1, 38, secondo cui «se invece la disposizione fosse intesa come se ammettesse l'utilizzabilità per qualsiasi reato suscettibile di intercettazione, sarebbe incostituzionale in rapporto alla prescrizione, dettata dall'art. 15 Cost., dell'“atto motivato dell'autorità giudiziaria” e rappresenterebbe un'inammissibile “autorizzazione in bianco” ad intercettare, già censurata dalla Corte costituzionale». In tema si veda anche PESTELLI, *La controriforma*, cit., 109; SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., 47.

²³ Lo intravede ALVINO, *op cit.*, 252.

²⁴ FILIPPI, *Luci ed ombre nel decreto-legge sulle intercettazioni*, in *www.penaledp.it*. V. sul punto le accurate critiche di M. S. CHELO, *Divieto di utilizzabilità*, cit.; e di VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo*, cit., 188.

²⁵ La “Relazione su novità normativa” dell'Ufficio del Massimario, considera anche una possibile diversa ricostruzione, secondo cui i due requisiti - l'inserimento nei due “cataloghi” dell'art. 380 e dell'art. 266 c.p.p. - dovrebbero coesistere, ma la lettera della legge prevede chiaramente un'indicazione autonoma, disgiunta dei due casi di utilizzabilità. Inoltre, sotto il profilo sistematico, per i reati previsti dall'art. 380 è generalmente già consentito il ricorso alle intercettazioni (limitata eccezione, ad esempio, è offerta dall'art. 497-bis, co. 1, c.p.), per cui l'innovazione legislativa non avrebbe senso se si trattasse di un presupposto “aggiuntivo”. Cfr. Relazione n. 25/20 su La legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, consultabile su *www.sistemapenale.it*, 14.

spensabili per l'accertamento dei delitti per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, ma anche, in alternativa, per tutti i reati indicati nel corso del 1° comma dell'art. 266 c.p.p.»²⁶.

È una versione ormai confermata anche dalle linee guida di alcune Procure, sulle quali forse si ripone un affidamento immeritato se si considera il naturale principio che affida alla legge e solo a questa la possibilità di incidere sui diritti fondamentali, prestabilendone le modalità. Il “circolo vizioso”, alimentato dalla incapacità del dato normativo di preconstituire con chiarezza le ragioni e le modalità dell'eccezione alla regola che esclude l'uso aliunde delle informazioni intercettate, ha generato una specie di “interpretazione autentica” del dato codicistico, proveniente proprio da quella parte della magistratura che non ha mai visto di buon occhio il divieto d'uso “obliquo” delle captazioni, considerandolo fonte di un'indebita dispersione²⁷.

Ed è svelato il «paradosso» provocato dal nuovo congegno: pur dinnanzi a un'intercettazione che non fornisce gli elementi attesi con riferimento ai reati che la consentivano e per i quali era stata autorizzata, i suoi risultati vengono utilizzati come prova solo per un reato, occasionalmente scoperto che, di per sé, non avrebbe mai potuto legittimare il ricorso all'intercettazione.

Quanto di “legale” ci sia in tutto questo è facile constatare e lo scenario verso il quale ci si incammina inquieta: il richiamo al variegato (ed elevato) numero di fattispecie ricompreso nell'art. 266, in uno con quello più volte riscritto dell'art. 380 c.p.p., avvera quella “predizione” della Corte costituzionale sulla degenerazione del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni in “autorizzazione in bianco”²⁸, riferibile cioè a qualsiasi vicenda criminosa che *ex post* ne risulti pur solo apparentemente disvelata.

²⁶ Cfr. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto?*, cit., che ne sostiene il merito: «la modifica in commento assume allora particolare rilievo investigativo, posto che soffoca, ancor prima del nascere, quella incessante, e altrettanto estenuante, rincorsa degli inquirenti all'attivazione di sempre nuove intercettazioni che si sarebbe determinata a seguito della pronuncia delle Sezioni unite “Cavallo”», probabilmente trascurando il dato non marginale per cui le intercettazioni, in via generale, non sono state concepite per ricercare i reati in via preventiva, ma ricercare prove ulteriori di un reato che si suppone sia avvenuto o sia in corso di esecuzione. Da ciò la stringente disciplina codicistica che a null'altro rispondeva all'atto della sua introduzione se non alla traduzione nella legge ordinaria dei principi della Costituzione repubblicana.

²⁷ V. ad. esempio Linee guida Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, oltre che le Linee guida della Procura della Repubblica presso il tribunale di Tivoli e di Monza, consultabili su www.sistemapenale.it.

²⁸ Cfr. Corte cost., 366 del 1991.

Aggrava il quadro la nuova previsione contenuta nel comma 1-bis dell'art. 270 c.p.p.²⁹, che ha la sua matrice in una concezione del diritto penale senza o con pochi contrappesi, quale strumento di riaffermazione imperativa di un'etica pubblica unitaria a fronte di una pericolosità che cambia volto in base al periodico allarme sociale³⁰.

L'ultima versione del disposto normativo è stata invero aggiornata, dal punto di vista "ideologico", alla dimensione della criminalità voluta dalla legge c.d. "spazzacorrotti", che equipara per molti aspetti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione³¹, puniti con la reclusione non inferiore nel limite massimo a cinque anni, a quelli di cui all'art. 51, comma 3 -bis o 3-quater c.p.p.³². Dal punto di vista tecnico, invece, rispetto al dettato originario, anche quel comma 1-bis risulta riscritto con scarso rigore, all'apparenza non pertinente al contesto in cui è inserito, che è quello dell'uso in diversi procedimenti.

Lo sforzo interpretativo si fa duplice, dovendosi calibrare la portata del divieto del primo comma dell'art. 270, richiamato dal comma 1-bis, e l'operatività della deroga che ha ad oggetto l'uso delle captazioni nel medesimo procedimento per reati diversi da quelli oggetto di autorizzazione all'uso del "virus di Stato".

Dal mero raffronto tra il prima e il dopo, si può constatare che se nella formulazione pre-riforma, il regime più rigoroso riservato all'utilizzo del captatore informatico si era tradotto nel divieto di utilizzo dei risultati per la prova dei "reati diversi" da quelli oggetto di autorizzazione, salvo che fossero indispensabili per la prova di fatti ad arresto obbligatorio in flagranza, in quella attuale si assiste a un vero e proprio ribaltamento del divieto medesimo, che

²⁹ La previsione è applicabile ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020, in forza dell'ennesima proroga disposta dal d.l. n. 38 del 2020,

³⁰ Sul tema v. AMATO, *Per le intercettazioni neutralizzata la riforma Orlando*, in *Guida dir.*, 2019, n. 30, 46 ss.; CISTERNA, *Così si afferma un diritto penale senza contrappesi*, in *Guida dir.*, 2019, n. 29, 34.

³¹ Parla di quadruplicata diversificazione dei binari processuali MAGGIO, *Intercettazioni no limits: il captatore informatico "per istradamento"*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2, 2021, 451.

³² Il riferimento è alla l. n. 3 del 2019 ed all'innesto nelle disposizioni di cui agli art. 266, comma 2-bis e 267, comma 1, c.p.p. come introdotti e modificate in precedenza dalla riforma "Orlando". Su tali aspetti BRONZO, *Ammissibilità e divieti di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit., 257 ss.; sullo specifico tema della circolazione dei risultati captati attraverso il c.d. virus di Stato v. prima della riforma del 2020 v. ALESCI, *Le intrusioni iter praesentes*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di Bene, Bari, 2018, 82; BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., 257 ss.; CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni tra "archivio riservato" e "captatore informatico"*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018, 171;

si trasforma ora in “concessione”³³. L’aggiunta del riferimento ai “reati diversi” in un contesto normativo concernente l’alterità procedimentale, aveva la capacità di restringere l’ambito del ricorso al “trojan horse”, poiché non avrebbe consentito l’uso dei suoi esiti già per l’accertamento di fattispecie oggetto dello stesso procedimento, se non alle medesime condizioni di indispensabilità probatoria e sempre che per tali altri reati fosse previsto l’arresto obbligatorio. La nuova disciplina, invece, autorizza l’utilizzabilità, nel procedimento originario, dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico, anche per la prova di reati diversi da quelli oggetto del decreto autorizzativo, qualora siano indispensabili per accertare uno dei delitti indicati dall’art. 266, comma 2-bis. Il che potrebbe all’apparenza non destare eccessive preoccupazioni stante il rinvio circoscritto. Ma anche qui, la scarsa qualità del prodotto normativo sollecita più di un esperimento interpretativo. Il nodo da sciogliere riguarda il perimetro dell’utilizzo diverso da quello autorizzato: non è ancora chiaro se sia circoscritto a quello relativo a diversi reati (quelli indicati nell’art. 266, comma 2-bis, c.p.p.) nel medesimo procedimento o riguardi anche un uso in procedimento diverso, che potrebbe conseguire dalla collocazione del disposto nella norma dedicata alla alterità procedimentale. Ad avallare la prima soluzione potrebbe essere il disposto dell’art. 270 comma 2 che, disciplinando, a sua volta, le modalità di acquisizione delle intercettazioni nel “diverso procedimento”, richiama la sola disposizione del primo comma e non quella contenuta nel comma 1-bis, profilando la possibilità dell’uso dei risultati di quella intrusione solo nell’ambito del procedimento di appartenenza. Il dato letterale, che limita l’uso ultroneo rispetto a quello autorizzato per la prova dei reati elencati nel comma 2-bis dell’art. 266 richiamato, potrebbe dirsi in grado di proiettare tale limitazione al di fuori del perimetro considerato dalla norma, che racchiude e riguarda il procedimento a quo.

Ma è in quel rinvio che il comma in analisi opera al comma 1 dell’art. 270, destinato a far salvo quanto è ivi previsto che si coglie, certo, il divieto di utilizzo in altri procedimenti dei risultati delle intercettazioni ottenuti, a questo

³³ La previsione originaria, data la sua collocazione topografica, era stata concepita per mantenere fermo il divieto di utilizzo dei dati captati attraverso il “virus di Stato” non solo in altri procedimenti, ma anche nell’originario “medesimo procedimento”, per tutti i reati diversi da quelli già espressamente considerati nel decreto autorizzativo. In senso analogo v. CASSIBBA, *La circolazione*, cit., 171; si riferiva all’impossibilità di utilizzare i risultati ottenuti mediate captatore in caso di successiva riqualificazione del reato oggetto di indagine BRONZO, *Intercettazione ambientale*, cit., 261. V. più di recente sul punto le considerazioni critiche di SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza*, cit., 58; DELLA TORRE, *op. cit.*, 101.

punto, tramite captatore informatico. Ma non solo. È sicuramente salva anche la possibilità derogare a quel divieto, alle condizioni stabilite dal secondo capoverso dello stesso primo comma³⁴, richiamato per intero³⁵.

Il disagio esegetico, ma anche pratico, sta nel rintracciare i limiti della circolazione *de qua*, attraverso una lettura combinata non solo dei commi 1 e 1-bis dell'art. 270, ma altresì delle disposizioni regolanti l'uso del captatore, la cui area applicativa risulta riscritta dall'art. 266 c.p.p.

Occorre insomma valutare se quel rinvio del comma 1-bis al comma 1, così come riformulato, debba essere inteso come riferibile o meno all'impiego delle risultanze ai fini della prova di tutte e tre le categorie di fatti cui la norma fa riferimento diretto o tramite richiamo, e cioè: i reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, i reati appartenenti al catalogo di cui all'art. 266, comma 1 c.p.p.³⁶ e i reati richiamati dal comma 2-bis dello stesso articolo³⁷.

Optare per quest'ultima soluzione significherebbe avallare l'uso indiscriminato, in altri procedimenti, dei risultati ottenuti tramite l'installazione del virus di Stato, oggi consentita dal comma 2 dell'art. 266 c.p.p. per tutte le fattispecie ivi contemplate, oltre che per quelle più gravi richiamate nel comma 2-bis³⁸, sia pure a differenti condizioni. Gli effetti dell'intrusione nella sfera privata si moltiplicherebbero a dismisura, quindi, ben oltre il limite dell'impiego infra-procedimentale e completamente al di fuori, data l'assenza del provvedimen-

³⁴ Correttamente intravede, ad esempio, due possibili letture della norma M. S. CHELO, *op cit.*; criticano l'approccio disattento del legislatore ALVINO, *op. cit.*, 244 ss; MALACARNE, *op. cit.*, 16; VANORIO, *op. cit.*, 192 ss.

³⁵ Sembra non siano stati adeguatamente considerati i riflessi che l'intervento sul comma primo dell'art. 270 c.p.p. avrebbe potuto determinare con riguardo al comma successivo che al primo - nell'incipit - rimanda. I lavori parlamentari non si soffermano minimamente sulla questione.

³⁶ Già nel d.l. n. 161 del 30 dicembre 2019 il legislatore aveva limitato la circolarità probatoria dei risultati del trojan ai reati di criminalità organizzata ed a quelli più gravi contro la p.a., ma lo aveva fatto, coordinando meglio il testo del comma 1-bis, con il precedente comma 1° dell'art. 270, rimasto invariato dalla data di entrata in vigore del codice del 1988. In particolare, aveva inserito la locuzione "fermo restando quanto previsto dal comma 1", con ciò stabilendo che valesse anche per le indagini con captatore il principio dell'utilizzabilità in procedimenti diversi, per i reati che prevedono l'arresto obbligatorio in flagranza. V. in argomento SANTALUCIA, *Delitti dei c.d. colletti bianchi e intercettazioni tra presenti su dispositivo portatile: termine iniziale di efficacia delle nuove disposizioni*, www.sistemapenale.it, 5 ss.; VANORIO, *op. cit.*, 192.

³⁷ Cfr. Linee guida Procura di Monza, *cit.*

³⁸ Il quale, conviene sottolinearlo, stabilisce "l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3- quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4".

to autorizzativo del giudice, delle condizioni prescritte dagli artt. 266 e 267 c.p.p., con quell'esito paradossale: anche qualora l'intercettazione non fornisse gli elementi attesi con riferimento ai reati che la consentivano e per i quali era stata autorizzata, i risultati potrebbero utilizzarsi come prova solo per un reato, occasionalmente scoperto, che, di per sé, non ne avrebbe mai potuto legittimare il ricorso all'intercettazione.

Secondo un'altra sola ipotetica lettura, fermo rimanendo il divieto di utilizzo delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello in cui le attività siano state autorizzate, la trasmigrazione degli elementi ottenuti mediante captatore potrebbe essere consentita solo se il reato oggetto di un diverso procedimento, emerso dalle captazioni, rientri nel catalogo di quelli per i quali ne è sempre consentito l'utilizzo (art. 266, comma 2-bis, c.p.p.), dato il richiamo nel comma 1 bis dell'art. 270 c.p.p. a tale ultimo disposto normativo, sia pure ad altri fini³⁹. Gli esiti captati potrebbero essere usati, quindi, solo per la prova di un reato rientrante tra quelli richiamati dall'art. 51, commi 3-bis e 3- quater, o dei delitti di pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni⁴⁰.

Si tratta di una lettura che di fatto non risponde, però, allo statuto normativo attuale, a sua volta derogatorio della generale disciplina sulle intercettazioni e, pertanto, speciale⁴¹, costruito per regolare, ampliandolo, l'uso di uno strumento tanto sofisticato quanto altamente invasivo della sfera privata dell'indagato e di chiunque altro soggetto vi si trovi in contatto⁴².

Quella clausola di riserva che fa salvo quanto previsto dal primo comma dell'art. 270, invero, non dovrebbe autorizzare la circolazione degli esiti captati tramite "trojan" secondo il regime diverso stabilito per le intercettazioni "tradizionali". Ammettere una illimitata utilizzabilità del materiale acquisito tramite captatore per i reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. equivale, invero, a favorire l'ingresso, nel processo *ad quem*, di elementi acquisiti, anche ai fini della prova di reati - quali alcuni dei reati contemplati nell'art. 266,

³⁹ E cioè quelli che riguardano l'utilizzo infraprocedimentale degli esiti captati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto.

⁴⁰ È questa l'interpretazione offerta anche dall'ufficio del massimario nella *Relazione n. 25/20*, cit., 16.

⁴¹ Così definito condivisibilmente da VANORIO, *op. cit.*, 59; v. anche DELLA TORRE, *op. cit.*, 102.

⁴² La peculiare intrusività delle spie elettroniche non è soltanto nella possibilità di violare inopinatamente luoghi di privato domicilio, quanto - più in generale - nel loro essere itineranti, e dunque capaci di seguire la persona-bersaglio in ogni spostamento, controllarla in ogni suo contatto, captare comunicazioni intercorrenti tra persone non determinabili a priori, anche totalmente estranee alle indagini. In tali termini BRONZO, *Anmissibilità e divieti*, cit., 261.

comma 1, c.p.p. – che non avrebbero consentito il ricorso all’intercettazione domiciliare poiché, ad esempio, non qualificata da quel fondato motivo di ritenere che nel domicilio si stia svolgendo l’attività criminosa, ingenerandone l’impiego in ipotesi in cui allo specifico mezzo captativo non si sarebbe potuto ricorrere già per la preclusione posta dalla disciplina generale.

Considerazioni simili potrebbero riguardare anche la possibilità dell’utilizzo *aliunde* dei risultati ottenuti avvalendosi del captatore per l’accertamento dei reati ad arresto obbligatorio in flagranza⁴³. Il rinvio del comma 1-bis alla disciplina circolatoria generale, deve essere parametrato totalmente ai limiti entro i quali il ricorso al captatore è generalmente consentito (art. 266, comma 2 e 2-bis), e non bisogna sottovalutare l’eventualità che il reato ulteriore, pur ad arresto obbligatorio, non rientri nel catalogo di cui all’art. 266: far salve, quindi, le ipotesi di sopravvenienza di reati ad arresto obbligatorio durante le captazioni ambientali significherebbe comunque prescindere ancora dai limiti che ab origine consentono l’installazione del captatore. Lo scenario, insomma, a tutto voler concedere, non offre rassicurazioni per quel che resta dei diritti individuali coinvolti nel processo e dal processo e, abbandonando la via esegetica, si deve prender contezza della caduta, tramite la disciplina così come congegnata, di uno dei due parametri che, entrando in bilanciamento con l’altro, ne aveva preservato la compatibilità costituzionale prima della riforma. Il diritto protetto dall’art. 15 Cost., presidiato dalla doppia riserva di legge e giurisdizione, retrocede, fino a scomparire, a favore delle ragioni di “sicurezza sociale”; gli “interessi collettivi”, protetti e legittimanti la deroga al divieto di utilizzo di risultati di intercettazioni non autorizzate nel segmento processuale “altro”, prevalgono sulle ragioni dell’individuo. La proporzionalità, che aveva guidato la Consulta nel sindacato del regime circolatorio, con l’uso attento dei parametri di idoneità del mezzo legislativo e stretta necessità della soluzione intrusiva, risulta oggi estranea ad una disciplina che, profittando di un’originaria compressione dei diritti individuali, consente che se ne perpetrino altre, anche a costo di compromettere, fino a sacrificarlo del tutto, quel

⁴³ In senso opposto VANORIO, *op cit.*, 193, secondo cui anche in virtù della formulazione letterale del comma 1-bis dell’art. 270, che continua a rinviare al comma precedente, facendone salva l’applicazione, è preferibile ritenere, con interpretazione costituzionalmente orientata, che sia comunque utilizzabile l’intercettazione tramite captatore, che abbia fatto emergere una delle gravi fattispecie delittuose elencate dall’art. 380 c.p.p., mentre per tutti gli altri reati deve ritenersi ovviamente applicabile la norma speciale posta dal comma 1-bis, con utilizzabilità derivata solo per i reati di criminalità organizzata ed eversiva o contro la p.a. (e non per gli altri previsti dall’art. 266 c.p.p., come disposto per le intercettazioni “tradizionali”).

diritto alla segretezza delle comunicazioni intimamente legato alla dignità di ogni persona⁴⁴.

4. *Il peso dei concetti: rilevanza, indispensabilità, diversità procedimentale.* La diagnosi sull'uso delle intercettazioni per la ricerca di reati e rei è tutt'altro che virtuale.

E a poco serve confidare in un giudice, quello del procedimento *ad quem*, che potrebbe ricreare da sé la regola della proporzionalità in concreto, pur dinnanzi all'assenza di quella in astratto. Non si tratterebbe che di un alibi per gestire liberamente, con la più ampia discrezionalità e all'insegna dell'efficienza operativa, mezzi dotati di un'enorme capacità d'insidiare le libertà del singolo⁴⁵.

Puntare l'attenzione sul momento successivo all'interferenza autorizzata *a quo*, che per alcuni non comporterebbe attriti tra la libertà delle comunicazioni e l'intrusione dell'autorità⁴⁶, stante proprio quel vaglio di ammissibilità nel giudizio *ad quem*, equivarrebbe ad assegnare ad un primo decreto autorizzativo l'idoneità e la capacità di giustificare l'utilizzabilità degli esiti delle captazioni oltre la gravità indiziaria del singolo reato, oltre il procedimento e oltre il soggetto coinvolto⁴⁷; equivarrebbe, insomma, a trasformare l'originario decreto autorizzativo in una "autorizzazione in bianco".

E il dato non può essere smentito neppure affidandocisi al neo-introdotta canone della "rilevanza", posto accanto a quello della "indispensabilità" per l'accertamento, quasi a voler colmare il *deficit* di tutela creato con l'ampliamento del disposto derogatorio⁴⁸. Pur trascurandone l'indeterminatezza e la "ridondanza"⁴⁹, non si tratta di previsione atta a contenere l'eccezione al divieto di circolazione: la rilevanza, accostata all'indispensabilità, appare persino superflua poiché -non può smentirsi- ciò

⁴⁴ V. le considerazioni critiche di CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15*, cit., 5, che sottolinea come sugli argomenti volti a limitare l'impiego delle intercettazioni nel procedimento diverso- eccezione estensiva nell'impiego di uno strumento, già di per sé eccezione- prevale il solido scopo di utilizzarne *aliunde* i risultati.

⁴⁵ NEGRI, *Compressione dei diritti*, cit., 28.

⁴⁶ Nel senso della ragionevolezza della nuova disciplina v. PASTA, *Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi*, in questa *Rivista Web*, 2, 2020, 2217.

⁴⁷ V. ALVINO, *La circolazione*, cit., 249.

⁴⁸ Così, condivisibilmente, MALACARNE, *op. cit.*, 27; VANORIO, *op. cit.*, 191.

⁴⁹ V. CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.*, cit., 4. In senso diverso DELLA TORRE *La nuova disciplina*, cit., 97.

che è concepito come indispensabile è inevitabilmente rilevante⁵⁰. Ma la scarsa utilità dirimente, ai fini del contenimento della deroga, di entrambi i canoni, si coglie appena se ne considera il parametro di riferimento e cioè l'utilità processuale di quei dati per l'accertamento di uno dei tanti, troppi, reati elencati negli artt. 266 e 380 c.p.p. L'originaria restrizione di campo per mano legislativa ai reati ad arresto obbligatorio, che consentiva di bilanciare la violazione della sfera individuale prodotta attraverso la circolazione probatoria con la necessità di far fronte ad un allarme sociale provocato da quei fatti, eccezionalmente e in ipotesi ristrette, poteva far sì il criterio di utilità processuale dei dati *aliunde* captati, rispondesse ad una contingenza cui far fronte, in virtù dell'indispensabilità, attraverso il loro uso. Fu tale contingenza che consentì alla Consulta di affermare la legittimità del congegno trasmigratorio non già in virtù del filtro, operante nel procedimento diverso, della indispensabilità, ma semplicemente sulla scorta della gravità e dell'allarme sociale destato da quei reati, tanto da giustificare, in via eccezionale, una circolazione probatoria altrimenti preclusa⁵¹. Oggi, con l'estensione del novero di fattispecie il cui accertamento può dar corso alla circolazione, viene a mancare a monte il contrappeso valoriale⁵² a quel regime eccezionale.

A tanto si aggiungono vecchie preoccupazioni, quelle legate all'esigenza di circoscrivere o ampliare quel concetto di diversità procedimentale contenuto nella norma, da sempre foriero di esegesi disorientanti proporzionate al bisogno contenere o allargare l'operatività della deroga sull'uso *aliunde* degli esiti di intercettazione.

Ma il modo più semplice, probabilmente, per individuare i contenuti della formula "procedimento diverso" è quello dell'esegesi restrittiva della norma, per quanto il contesto di riferimento possa prestarsi ad approfondimenti alternativi per comprimerne o estenderne il campo applicativo.

Pur nella consapevolezza delle molteplici linee di pensiero che, nel corso del tempo, hanno interessato l'art. 270 c.p.p. e il concetto di "procedimento di-

⁵⁰ Così correttamente M. S. CHELO, *ult. loc. cit.*

⁵¹ Secondo Corte cost., 24 febbraio 1994 n. 63 «la norma che eccezionalmente consente, in casi tassativamente indicati dalla legge, l'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, costituisce indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono».

⁵² Cfr. ALVINO, *op. cit.*, 242.

verso”⁵³, vi è uno stabile punto di partenza che non può trascurarsi, da individuare nella necessità di quella deroga al divieto probatorio collegata all’emergere, nel corso dell’attività di ascolto, di un fatto estraneo al decreto autorizzativo e al procedimento investigativo in corso. Si tratta di un dato ovvio ma che, se ribadito, consente -senza troppe fluttuazioni esegetiche che si allontanino dal dato normativo- di rintracciare contenuti autentici non troppo lontani dalla *ratio* originaria dell’art. 270 c.p.p. Nella “diversità” che è in esso normativizzata, allora, è insita una sopravvenienza, inaspettata e imprevedibile, che per il contenimento e la prevenzione dell’allarme sociale, consente di derogare al divieto. Non può negarsi che in quel fatto, per il quale si procede *aliunde*, si incardini la necessità di considerare utili le conversazioni intercettate, sia pure autorizzate per altra fattispecie nel procedimento *a quo*. Non si tratta di considerare interscambiabili i concetti di “diverso procedimento” e “diverso reato”⁵⁴, ma di considerarne il collegamento “naturale”, oltre che funzionale, attraverso una lettura rigorosa del termine procedimento⁵⁵, inteso quale segmento formalizzato, attraverso l’iscrizione delle notizie di reato nell’apposito registro, che sta ad indicare la “la pendenza di una lite”⁵⁶.

⁵³ Si sono occupati dell’argomento tra i tanti BARGI - FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, Torino 2008, 157; BARGI, voce *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg., Torino, 2005, 803; CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 273; FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, cit., 182; DINACCI, *Sub art. 270 c.p.p.*, in Gaito (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, Torino, 2002, 889; GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze* (Testo corredato con note della Relazione illustrata al Convegno “La prova penale nello specchio del diritto vivente” organizzato dall’Associazione degli studiosi del processo penale. Siracusa, 30 settembre-2 ottobre 2011), in *questa Rivista*, 2011, 21; MANI, *Sull’utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento*, in *Giur. It.*, 2012, 170; POTETTI, *L’art. 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. Pen.*, 1993, 787; RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 2001, 102; SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. Pen.*, 1996, 262.

⁵⁴ V. GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in www.archiviopenale.it, 3/2011, 21 secondo il quale, “se le parole hanno un senso” il concetto di “diverso procedimento” non può assolutamente coincidere con quello di “diverso reato”. Secondo FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, cit., 182 “sarebbe opportuna una modifica legislativa che sostituisca la locuzione “procedimento diverso” con “fatto diverso”.

⁵⁵ V. in argomento FURFARO, *I procedimenti nel processo penale (concetti- collegamenti- classificazioni)*, Pisa, 2018, 18, ove è precisato che l’attribuzione a taluno di un reato (così l’iscrizione ex art. 335 c.p.p.) determina l’insorgere di una unitarietà del procedere verso un fine che definisce l’alveo entro il quale gli atti e i procedimenti si compongono. V. già GIUS. SABATINI, *Vecchio e nuovo nella teoria dell’azione penale*, in *questa Rivista*, 1962, 145.

⁵⁶ DINACCI, *Sub art. 270 c.p.p.*, cit., 890.

L'art. 270 c.p.p. presuppone che dal segmento di indagine che sta giustificando le attività di captazione occulta, nella sua identità formalizzata⁵⁷, emergano fatti "nuovi"⁵⁸, non conosciuti dall'inquirente all'atto della richiesta di intercettazione, e pertanto non rientranti tra quelli oggetto del decreto autorizzativo. Da ciò la prima immediata conseguenza dell'inutilizzabilità dei risultati riguardanti l'accertamento di quel fatto, sia nel procedimento *a quo* che in quello *ad quem*. È una lettura rigorosa, è ovvio, ma al tempo medesimo utile sia ad assicurare la reale corrispondenza tra provvedimento autorizzativo del giudice e fattispecie oggetto del procedimento, sia a delineare i contorni della deroga al divieto del primo capoverso dell'art. 270 c.p.p., pur con la consapevolezza della possibilità dell'impiego della captazione come *notitia criminis*⁵⁹. La conclusione deve indurre allora a prescindere da qualsiasi vicenda che il procedimento sia destinato a subire grazie alla solo eventuale connessione tra quel fatto oggetto di originaria autorizzazione e quello emerso solo in via sopravvenuta, mancando nell'art. 270 comma 1 c.p.p. qualsiasi riferimento ad ipotesi di connessione o collegamento tra procedimenti che, comunque, si presuppongono come "diversi"⁶⁰: se la regiudicanda investe «ciascun singolo imputato per ciascuna singola imputazione» e «l'eventuale realizzarsi di un cumulo processuale [non] incide su tale essenziale carattere», è pacificamente «diverso» ogni procedimento che abbia a oggetto un "fatto nuovo" rispetto al reato per il quale era stata autorizzata l'intercettazione⁶¹. Il legame tra procedimento, fatto e decreto autorizzativo legittima l'intrusione nella sfera privata di un determinato soggetto per un determinato fatto. La disciplina dell'art. 270 c.p.p., nella misura in cui eccezionalmente consente di scindere quel legame, sposta sul piano della utilizzazione l'assenza del decreto motivato, salvaguardando l'accertamento del "secondo reato"⁶² e tutelando, con il divieto d'uso, il diritto alla riservatezza di chiunque si trovi coinvolto nella captazione autorizzata. È un diritto che prevale rispetto al bene dell'accertamento di

⁵⁷ Due procedimenti sono diversi allorché il reato ulteriore emerso nel corso delle intercettazioni - e non indicato nel decreto autorizzativo - ha una struttura soggettiva ed oggettiva differente da quello oggetto dell'intercettazione ab origine disposta. Detto altrimenti, la diversità fra due reati - e, pertanto, la diversità tra procedimenti - dipende a sua volta dalla divergenza tra i fatti storici che ne costituiscono il rispettivo fondamento. V., nel riepilogo delle interpretazioni, MALACARNE, *op. cit.*, 12.

⁵⁸ V. sul punto CASSIBBA, *La circolazione*, cit., 174.

⁵⁹ Corte cost., n. 366 del 1991; Cass., Sez. II, 13 dicembre 2016, Cante, in *Mass. Uff.*, n. 270219; *conf.* Cass., Sez. II, 23 aprile 2010, Trotta, *ivi*, n. 247104.

⁶⁰ in questo senso v. anche DINACCI, *Sub art. 270*, cit., 890.

⁶¹ V. per le citazioni CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.*, cit., 7.

⁶² CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 282.

tutti i reati diversi da quelli ricompresi nell'area derogatoria, sebbene oggi ampliata a dismisura.

L'eccezionalità della disciplina impone criteri di stretta interpretazione pure per circoscrivere, a contrario, il concetto di "medesimo procedimento", che deve giovare, ai fini che qui interessano, della corrispondenza tra oggetto del decreto autorizzativo e oggetto del procedimento. Malgrado le opinioni di segno opposto, l'inutilizzabilità giustificata dall'alterità dei procedimenti supposta nell'art. 270 c.p.p. è ricavabile immediatamente dalle previsioni che stabiliscono il deposito dei verbali e delle registrazioni «presso l'autorità competente per il diverso procedimento»⁶³: si tratta, infatti, di garanzie che vanno assicurate qualora l'accertamento del reato avvenga in un procedimento diverso rispetto a quello nel quale le intercettazioni erano state autorizzate⁶⁴.

Fuori dal perimetro, per quanto vasto, dei casi indicati nell'art. 270 c.p.p., non è consentita l'utilizzazione in un procedimento penale delle risultanze emerse da intercettazioni disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio⁶⁵: la nozione di "diverso procedimento" ex art. 270, comma 1, c.p.p. va ricollegata «al dato della alterità o non uguaglianza del procedimento, in quanto instaurato in relazione ad una notizia di reato che deriva da un fatto storicamente diverso da quello fatto oggetto delle indagini relative ad altro, differente, anche se connesso, procedimento», sicché ricomprendere in essa la connessione o il collegamento dei procedimenti comporterebbe «la sostanziale elusione del divieto sancito dal legislatore»⁶⁶. Tale lettura contrasta con quella adottata nell'ultima presa di posizione delle Sezioni unite che, avvalendosi del criterio del "legame sostanziale" tra il reato oggetto di autorizzazione e l'ulteriore reato emerso, pur con l'intento di contenere il perimetro della deroga, hanno escluso la diversità procedimentale in caso di imputazioni connesse ex 12 c.p.p.: in tale ipotesi il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata espressamente concessa non potrebbe considerarsi "diverso" rispetto a quello relativo al reato da accertare in forza dei risultati dell'intercettazione, sempre che rientri nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge (art.

⁶³ V. POTETTI, *L'articolo 270*, cit., 787.

⁶⁴ V. in maniera critica su tali aspetti PASTA, *op. cit.*, 22; TAVASSI, *Le intercettazioni ubiquitarie fra legalità e non dispersione della prova*, in *questa Rivista*, 2018, 365.

⁶⁵ Già Cass., Sez. III, 3 luglio 1991, P.m. in proc. Cerra, in *Mass. Uff.*, n. 188358.

⁶⁶ Cass., Sez. III, 13 novembre 2007, P.M. in proc. Ndoja, in *Mass. Uff.*, n. 238779; più di recente, in analoga prospettiva, Cass., Sez. II, 11 dicembre 2012, Perri, *ivi*, n. 253916.

266)⁶⁷. Il legame sostanziale tra essi, secondo il Supremo Collegio, escluderebbe che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un' "autorizzazione in bianco"⁶⁸.

Pur apprezzabile per l'intento di porre un freno all'espansionismo interpretativo sulla circolazione degli esiti captati⁶⁹, la decisione delle Sezioni unite, in realtà, non sembra essersi posta nell'ottica di limitare l'operatività dell'eccezione, ma in quella di restringere la portata della regola d'esclusione, incapace di spiegare effetti se il reato ulteriore risulti connesso a quello oggetto del procedimento di origine. Ma è evidente che la connessione qui presupponga in primis una sopravvenienza rispetto all'oggetto di autorizzazione e, stando proprio alla lettera del più volte richiamato art. 12 c.p.p., una diversità di procedimenti⁷⁰, trattata invece come "non alterità" in virtù della connessione. Pur se connesso, il reato "sopravvenuto" non è coperto da originaria autorizzazione e l'utilizzo dei dati captati nel procedimento diverso non può che essere condizionato alla sussistenza dei presupposti, sia pur laschi e malfermi, che giustificano la deroga al divieto d'uso⁷¹. La nuova previsione normativa, che non ha recepito l'ultimo indirizzo nomofilattico⁷², non riguarda affatto la connessione tra procedimenti: l'uso *aliunde* delle conversazioni captate è vietato, salvo che serva per la accertamento dei reati indicati nella seconda parte del primo comma dell'art. 270 c.p.p. Qui rimane il problema della proporzionalità di cui si è già detto che non può essere alimentato da manomissioni ulteriori di un dato normativo oggi ancora più instabile.

⁶⁷ È solo quest'ultima specificazione, trattata in via accessoria, che deve condividersi, per quando finalizzata a ribadire l'ovvio in un contesto tutto teso a salvaguardare più risultati investigativi possibili.

⁶⁸ Così Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, in *Mass. Uff.*, n. 277395. Ne ha condiviso di recente la portata Cass., sez. V, 17 dicembre 2020, Lombardo e altri, ivi, n. 280326 con commento di ALBANESE, *La Cassazione ritorna sui limiti all'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nell'ambito del "medesimo procedimento": una parola definitiva, ma non per il futuro*, in www.sistemapenale.it.

⁶⁹ Hanno espresso, sia pure non senza esitazioni, giudizi favorevoli per il dictum delle Sezioni Unite, M. S. CHELO, *op.cit.*; DELLA TORRE, *La nuova disciplina*, cit., 98; ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit.; solo in parte ha condiviso MALACARNE, *op. cit.*, 25. In prospettiva critica v. INNOCENTI, *Le sezioni unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 999.

⁷⁰ Lo evidenzia con la dovuta semplicità CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.*, cit., 7.

⁷¹ Diverse considerazioni avrebbe meritato, evidentemente, l'inserimento nel testo normativa, del richiamo alla connessione ex art. 12 c.p.p. che, nel susseguirsi delle diverse versioni nei lavori parlamentari, non ha poi avuto corso.

⁷² Sulla successione delle diverse versioni della norma in fase di approvazione si deve rinviare, per ragioni di spazio, alla completa analisi rintracciabile in ALVINO, *La circolazione*, cit., 238-239.

5. *Proporzionalità e riserva di giurisdizione: capisaldi irrinunciabili (invece) per la Corte di giustizia.* A valle della disamina messa a punto emerge la valenza omnicomprensiva della “griglia selettiva”⁷³ declinata dall’art. 270 c.p.p. con il correlativo abbandono di quella logica di *extrema ratio* nella quale si inserisce, in generale, il ricorso al mezzo di ricerca della prova e, in particolare, la deroga al divieto di utilizzo *aliunde* dei dati intercettati. Parlare di regime eccezionale è ormai inappropriato, poiché se l’eccezione può essere intesa quale prerogativa dello Stato utile alla propria conservazione, non può giungere alla sostanziale negazione del proprio essere conforme a Costituzione: quel legittimo fine della tutela di interessi collettivi non può essere raggiunto attraverso modalità che rischiano di indebolire la natura costituzionale di un ordinamento e che si traducono sostanzialmente nella difesa dello Stato di diritto mediante la sua negazione⁷⁴.

A domandarsi, oggi, quale peso effettivo la disciplina esaminata abbia assegnato ai diritti individuali, si avverte un disagio importante: è la sicurezza della collettività «a fagocitare qualsiasi spazio occupato da controinteressi, nel bilanciamento, sempre perdenti»⁷⁵.

Forse non è ancora troppo tardi per rimediare.

Provengono segnali incoraggianti, per tentare un recupero della proporzionalità perduta, da recenti indirizzi della Corte di Giustizia dell’Unione europea⁷⁶. Immediatamente vincolante per i giudici estoni, l’ultima sentenza della Grande Sezione sulla portata dell’art. 15 par. 1 della Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, potrebbe spiegare effetti anche sulla normativa italiana in materia di intercettazioni, soprattutto nella parte in cui consente che si “trattino” dati personali in violazione del diritto alla *privacy* senza l’autorizzazione di un giudice terzo e imparziale e per finalità estranee alla lotta contro reati di una consistente gravità.

È proprio dal principio di proporzionalità che la Corte di Lussemburgo prende l’abbrivio per affermare che soltanto la lotta contro le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: tali misure devono es-

⁷³ PECCHIOLO, *Circolazione probatoria e intercettazioni*, cit., 1507.

⁷⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2011, 852. Più in generale sul tema tematica AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 110.

⁷⁵ NEGRI, *Compressione dei diritti*, cit., 32.

⁷⁶ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, C-748/18

sere appropriate, strettamente proporzionate allo scopo perseguito, necessarie in una società democratica, soggette a idonee garanzie conformemente alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁷⁷.

La possibilità per gli Stati membri di giustificare una limitazione ai diritti e agli obblighi previsti dalla Direttiva 2002/58 deve essere valutata misurando la gravità dell'ingerenza che una limitazione siffatta comporta e verificando che l'importanza dell'obiettivo di interesse generale perseguito mediante questa limitazione sia correlata alla gravità dell'ingerenza suddetta⁷⁸.

E si avverte già dalla lettura di queste prime affermazioni una sensazione smarrimento se poste in paragone con il modello intrusivo “a strascico” sotteso all'art. 270 c.p.p., ove l'invasività del mezzo è simmetrica alla sua facilità d'impiego “esterno” nell'accertamento di reati persino meno gravi di quelli contemplati dall'art. 380 c.p.p., secondo una logica liberticida senza precedenti⁷⁹.

I profili capaci di metterne in discussione la compatibilità con lo statuto dei diritti fondamentali dell'Unione europea crescono proseguendo nella lettura delle affermazioni di principio improntate a sottolineare la necessità a che l'intrusione nella vita privata sia circoscritta a procedure aventi per scopo non la prevenzione bensì la lotta contro quelle forme gravi di criminalità⁸⁰, senza che possa farsi questione su altri fattori, sui dosaggi caso per caso, basati appunto sulla durata del periodo di ingerenza nella vita privata⁸¹.

Affiora ancora e con forza l'importanza del principio di proporzionalità in astratto, al quale affidarsi per calibrare la compressione dei diritti individuali secondo criteri razionali e orientati alla scala di valori ricavabile dalle normative sovralegali⁸², senza possibilità di puntare in via sostitutiva sul vaglio di proporzionalità in concreto e su valutazioni discrezionali dell'utilizzatore dei dati ricavati dai controlli occulti. Taluni costi individuali, insomma, possono infliggersi solo quando la posta in gioco lo giustifica: la componente di “necessarietà” del mezzo a perseguire l'accertamento del reato, esige che siano chiariti con precisione i presupposti della speciale operazione investigativa e non

⁷⁷ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., § 3.

⁷⁸ Corte giust. UE, 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

⁷⁹ MAGGIO, *Intercettazioni no limits*, cit., 458.

⁸⁰ Corte giust. UE, 2 ottobre 2018, C-207/16.

⁸¹ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., § 45.

⁸² Possono essere utili le considerazioni di ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 753.

indulge alla flessibilità di criteri come la mera utilità o l'opportunità dell'intervento autoritativo⁸³.

Ma è anche un altro il profilo che porta a dubitare della compatibilità della disciplina domestica sull'uso a strascico degli esiti intercettati con lo statuto dei diritti fondamentali dell'Unione.

Sempre in quella sentenza vincolante per i giudici estoni, la Grande Sezione, proseguendo con la stessa forza degli impeti iniziali, si rifugia nella tipicità delle condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano l'utilizzo dei risultati dell'ingerenza nella vita privata⁸⁴ e palesa l'intransigenza sull'essenzialità del controllo preventivo del giudice, quale condizione preliminare a qualsiasi intrusione nella sfera privata dell'individuo, anche quella meno forte consistente nell'accesso ai tabulati.

I passaggi procedurali sono presto messi in luce: a seguito di una richiesta motivata da parte delle autorità interessate, è necessario l'intervento del giudice. E anche in caso di urgenza debitamente giustificata, il controllo deve intervenire entro termini brevi⁸⁵. Viene toccato, così, il nodo essenziale della riserva di giurisdizione, sulla quale la Corte europea non si risparmia, descrivendone i tratti con dovizia di particolari. Quel preliminare controllo autorizzativo della intrusione nella vita privata richiede «che il giudice [...] disponga di tutte le attribuzioni e presenti tutte le garanzie necessarie per garantire una conciliazione dei diversi interessi e diritti in gioco. Per quanto riguarda, più in particolare, un'indagine penale, tale controllo preventivo richiede che detto giudice sia in grado di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso»⁸⁶. Le affermazioni categoriche non si arrestano e hanno un risvolto immediato nella pretesa a che «il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare impone che tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che avanza la richiesta, di modo che la

⁸³ Anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è espressa in tal senso. V. Corte e.d.u., 24 marzo 1988, *Olsson c. Svezia*, §§ 66-69. Per approfondimenti v. GALLUCCIO, *Sub art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Uberty, Viganò, Torino, 2016, 258. V. su tale aspetto della proporzionalità NEGRI, *Compressione dei diritti*, cit., 29.

⁸⁴ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., § 49, ma anche Corte giust. UE, 5 ottobre 2020, C-623/17.

⁸⁵ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., § 51 ma v. già v., in tal senso, Corte giust. UE, 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18.

⁸⁶ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., §52.

prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna»⁸⁷. Dal piano più generale si slitta a quello specifico che riguarda il ruolo dell'inquirente: «il requisito di indipendenza implica che l'autorità incaricata di tale controllo preventivo, da un lato non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e, dall'altro, abbia una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. Ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale. Infatti, il pubblico ministero non ha il compito di dirimere in piena indipendenza una controversia, bensì quello di sottoporla, se del caso, al giudice competente, in quanto parte nel processo che esercita l'azione penale. La circostanza che il pubblico ministero sia tenuto, conformemente alle norme che disciplinano le sue competenze e il suo status, a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico, a garantire la legittimità del procedimento istruttorio e ad agire unicamente in base alla legge ed al suo convincimento, non può essere sufficiente per conferirgli lo status di terzo»⁸⁸.

Il quadro è tracciato.

Prescrizioni legali improntate alla proporzionalità e riserva di giurisdizione costituiscono i due poli entro i quali può muoversi e gestirsi l'ingerenza nella vita privata per la lotta contro gravi situazioni di criminalità; due poli che non ammettono equivalenti e dai cui confini nessuna legislazione nazionale può fuoriuscire onde mantenersi entro i limiti tracciati dalle fonti normative sovralegali (Costituzione, CEDU, Carta dei diritti fondamentali UE) impennate sul concetto di dignità umana⁸⁹.

È persino superfluo spendere altre parole. Quelle della Corte di Giustizia, poste al confronto con il regime che consente l'uso di intercettazioni non previamente autorizzate pure in ipotesi di allarme sociale non elevato, fanno cogliere con il giusto tono la distanza che intercorre tra il dover essere e l'essere, tra il bisogno di un ripristino dei capisaldi che dovrebbero essere comuni a qualsiasi Stato di diritto e la disciplina dell'uso *no limits*⁹⁰ degli esiti intercettati.

⁸⁷ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., §54

⁸⁸ Corte giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, cit., §§ 54, 55, 56.

⁸⁹ Sul punto v. ORLANDI, *Una giustizia penale*, cit., 724, che evidenzia come le deroghe alle comuni garanzie processuali debbono trovare giustificazione, oltre che nella gravità del fatto da perseguire, anche nel particolare manifestarsi delle diverse tipologie di fenomeni criminosi, riferendosi poi proprio al ruolo centrale del principio di proporzionalità.

⁹⁰ Così correttamente MAGGIO, *Intercettazioni no limits*, cit., 448 ss.

Dinnanzi a tanto il ruolo dell'interprete però si arresta: spetterà alle Corti supreme, «che sono élites che controllano lo strapotere politico sulle *leges*, perché ritornino a essere *ius*⁹¹», porre rimedio all'alterazione degli assetti costituzionali, bisognosi di essere tradotti nella realtà materiale per il ripristino di un'etica pubblica che non c'è⁹².

⁹¹ DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in www.sistemapenale.it, 11.

⁹² Sottolinea condivisibilmente l'esigenza del ruolo di un legislatore che “approfondisse e ponderasse attentamente il bilanciamento dei fondamentali valori in gioco, che operasse le proprie scelte con consapevolezza e con sapienza tecnica: insomma, avremmo bisogno di un “anacronismo” politico, di una maturità culturale e di un'etica civile che sono al di là dell'orizzonte attualmente traguardabile” GIOSTRA, *La nuova tutela della privacy ovvero l'assai scadente traduzione giuridica di un proponimento condivisibile*, in www.sistemapenale.it, 24.