

ORIENTAMENTI

MARIO GRIFFO

Non c'è pace per l'articolo 270 c.p.p.: un recente contrasto in ordine ai presupposti di applicabilità della "nuova" disciplina.

Per diverso tempo l'articolo 270 c.p.p. è stato al centro del dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, in ragione delle problematiche poste dal riferimento, in esso contenuto, alla diversità procedimentale. Dopo anni di dispute e contrasti, la querelle sembrava sopita con l'avvento della decisione delle Sezioni Unite Cavallo. Viceversa, a distanza di pochi mesi dalla decisione del massimo organo di nomofilachia, complice l'intervento novellistico del 2019, si è riproposto il dilemma in ordine alla categoria concettuale "procedimento diverso" ed ai presupposti di utilizzabilità delle intercettazioni *aliunde* acquisite.

There is no peace for the article 270 c.p.p. A recent contrast in terms of assumptions applicability of the "new" discipline

For some time the article 270 c.p.p. was at the center of the doctrinal and jurisprudential debate, due to the problems posed by the reference, contained therein, to procedural diversity. After years of disputes and contrasts, the controversy seemed to have died down with the advent of the decision of the United Horse Sections; and, however, it was not so. A few months after the decision of the highest body of nomofilachia, thanks to the intervention of the novelist of 2019, a dilemma arose regarding the conceptual category "different procedure" and the conditions of usability of the acquired alien interceptions.

SOMMARIO: 1. La dispersione procedimentale ed il fondamento costituzionale dell'art. 270 c.p.p. - 2. Dal codice del 1930 all'articolo 270 c.p.p. - 3. I "procedimenti diversi" nell'esegesi della dottrina e della giurisprudenza. - 4. L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite. - 5. A seguito della decisione delle Sezioni Unite il varo del "nuovo" articolo 270 c.p.p. - 6. Il *dies a quo* di applicabilità della nuova disciplina intercettiva. - 7. Il recente contrasto sorto in seno alla Suprema Corte. - 8. Considerazioni conclusive e prospettive *de iure condendo*.

1. *La dispersione procedimentale ed il fondamento costituzionale dell'art. 270 c.p.p.* L'avversione mostrata dal legislatore del 1989 per il "gigantismo processuale" e la conseguente spinta verso il *favor separationis* hanno ingenerato il rischio di passare dal fenomeno dei maxi-processi¹ - con le ben note

¹ L'argomento che va comunemente sotto il nome di maxiprocesso è affrontato, in particolare, da NEPPI MODONA, *Il processo cumulativo nel nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1988, 940.

L'Autore, muovendo dal presupposto secondo cui la celebrazione di processi con centinaia di imputati e capi di imputazione sarebbe "imposta" dall'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, osserva come il problema dell'utilizzazione probatoria degli atti assunti ovvero dei soggetti - imputati o testimoni - comparsi nei procedimenti che hanno poi seguito vie separate alla stregua delle regole sulla competenza per connessione e sulla separazione dei procedimenti presenta aspetti di particolare delicatezza in quanto l'esigenza di facilitare la circolazione della prova assunta in diverso procedimento deve conciliarsi con i principi generali del sistema accusatorio in tema di formazione della prova orale ed in contraddittorio in sede dibattimentale.

Così, l'art. 238, comma 1, c.p.p. prevede la possibilità di acquisire i verbali di prova di altro processo solo a condizione che si tratti di prove assunte in sede di incidente probatorio o in dibattimento, nel

conseguenze² – alla dispersione dei procedimenti in mille rivoli, in ciascuno dei quali “si dovrebbe tornare a provare e riprovare tutti i singoli passaggi necessari per arrivare alla decisione sul *thema decidendum*”³. Gli artt. 238 c.p.p., 270 c.p.p. e 78, disp. att., c.p.p. offrono l’antidoto consentendo, in certi casi ed a certe condizioni, la circolazione delle prove da un procedimento all’altro⁴.

Proprio in ordine all’art. 270 c.p.p., particolare interesse suscitano le pronunce della Corte costituzionale le quali offrono lo spunto per analizzare i rapporti intercorrenti tra la richiamata previsione e l’art. 266 c.p.p., agevolando la presa di posizione sulla tematica oggetto delle decisioni in commento.

In una prima occasione, la Corte ha ritenuto la norma – che eccezionalmente consente, in casi tassativamente indicati dal legislatore, l’utilizzazione delle intercettazioni di comunicazioni in procedimenti diversi, limitatamente all’accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale – legittima in quanto costituente il risultato di un non irragionevole bilanciamento operato dal legislatore fra

rispetto del principio del contraddittorio e sempre che le parti vi consentano, cioè non abbiano esercitato la loro facoltà di opporsi e di richiedere l’assunzione della prova orale.

² Una eccessiva proliferazione dei legami connettivi può produrre effetti pregiudizievoli in ordine all’efficacia ed alla durata dell’accertamento penale. Innanzitutto, la quantità e la eterogeneità del materiale probatorio non può non incidere sulla concreta attuazione dei principi naturali del giudizio, che assicurano, attraverso la dialettica processuale, con la garanzia della pubblicità del dibattimento, il rapporto diretto tra giudice e le fonti di prova. E’ inevitabile, inoltre, che le dimensioni abnormi del processo cumulativo comportino delle oggettive difficoltà di gestione, a tutto discapito dell’esigenza di contenere, entro tempi ragionevoli, lo svolgimento dell’*iter* processuale.

Del resto, già in passato, con riferimento al codice previgente, da più parti si sottolineava la stretta interdipendenza tra la disciplina della connessione e l’allarmante sviluppo dei c.d. “maxi-processi”. In quel contesto normativo, erano i casi di connessione soggettiva e probatoria a suscitare le maggiori perplessità: da un lato, infatti, riconoscendo un vincolo connettivo tra reati attribuiti alla medesima persona, si consentiva di instaurare un processo cumulativo – anche a carico di più coimputati (artt. 110 e 113 c.p.) – per fatti privi di qualsiasi collegamento oggettivo; dall’altro, la previsione di una ipotesi di connessione “processuale”, derivante da un rapporto di interferenza probatoria tra i diversi reati, lasciava all’autorità procedente ampi margini di discrezionalità in ordine alle modalità di svolgimento del giudizio, con la conseguenza che la scelta in favore del *simultaneus processus* veniva spesso imposta dalla necessità di utilizzare, in dibattimento, le dichiarazioni provenienti da coimputati o da imputati di reati connessi (AMODIO, *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, in *Dif. pen.*, 1987, 7; DELLA MONICA, *La competenza del giudice penale*, in *Sezioni di diritto processuale penale*, *Quad.* n. 1, Salerno, 1999, 72; SCAPARONE, *Pentitismo e maxiprocesso*, in *Dif. pen.*, 1987, 31).

³ Così, SEMEK LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *questa rivista*, 1994, 480.

⁴ Cfr. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 271.

il diritto sancito dall'art. 15 Cost. e l'interesse pubblico al perseguimento dei reati e dei loro autori, mantenendosi entro i precisi confini della stretta necessità rispetto al soddisfacimento concreto di detto interesse⁵.

In particolare, si è ritenuto che l'art. 270 c.p.p. costituisce l'attuazione legislativa del bilanciamento di due valori costituzionali fra loro contrastanti: il diritto dei singoli individui alla libertà ed alla segretezza delle loro comunicazioni e l'interesse pubblico a reprimere i reati perseguendo in giudizio coloro che delinquono. La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell'individuo rientrante tra i supremi valori costituzionali, tanto da essere qualificato dall'art. 15 Cost. come inviolabile. Specularmente, in base all'art. 2 Cost., il diritto ad una comunicazione libera e segreta è inviolabile, il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale in quanto incorporante un valore della personalità avente una carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente. In base all'art. 15 Cost., poi, lo stesso diritto sarebbe inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante.

Alla luce di siffatte premesse, il Giudice delle leggi ha osservato che dalla tutela della libertà di comunicazione deriva, in via di principio, il divieto alla utilizzabilità dei risultati di intercettazioni validamente disposte nell'ambito di un determinato giudizio come elementi di prova in processi diversi, per il semplice fatto che, ove così non fosse, si vanificherebbe l'esigenza più volte affermata⁶ che l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni debba

⁵ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giust. pen.*, 1992, I, 35. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del primo comma dell'art. 270 c.p.p. il quale, nel vietare che i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte nell'ambito di un determinato processo possano essere utilizzati in "procedimenti diversi", e pertanto anche nella fase "pre" ed extra-processuale delle indagini preliminari, avrebbe vanificato il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, ha ritenuto "infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, c.p.p., nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte solo se risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza in riferimento all'art. 112 Cost."

⁶ Cfr. Corte cost., 1973, n. 34, in *Foro it.*, 1973, I, 953.

essere puntualmente motivato⁷. Dunque, interpretato come divieto di utilizzabilità, quali “fonti di prova” in procedimenti diversi, dei risultati delle intercettazioni legittimamente disposte in un determinato giudizio, l’art. 270, comma 1, c.p.p. appare nel suo complesso come l’immediata attuazione, in via legislativa, dei principi costituzionali enunciati.

In altri termini, l’art. 270 c.p.p., visto nell’insieme dei suoi commi, mostrebbe di presupporre che il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni legittimamente disposte in un determinato procedimento debba esser riferito soltanto a processi diversi ed alla utilizzabilità degli stessi risultati come elementi di prova, essendo il divieto posto dalla norma estraneo al tema della possibilità di dedurre “notizie di reato” dalle intercettazioni legittimamente disposte nell’ambito di altro procedimento⁸.

⁷ L’art. 270 c.p.p. apparirebbe come la chiara espressione di un compromesso: in presenza di una disgregazione della garanzia della motivazione, comunque, non tutto ciò che sarà intercettato potrà poi utilizzato come prova.

L’utilizzo dei risultati delle intercettazioni in un altro procedimento inciderebbe sulla garanzia costituzionale della motivazione. Il vaglio preventivo del giudice salterebbe radicalmente perché i presupposti per il rilascio del decreto verrebbero accertati con riferimento ad un diverso contesto d’indagine, che non riguarderebbe in modo specifico la posizione dell’imputato nel procedimento *ad quem* il quale, in sostanza, perderebbe la possibilità di sindacare il decreto autorizzativo (GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 1979, 76; ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 662; ROSSI, *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 604; PISA, voce *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche*, in *Enc. giur. Treccani*, 2000, 5). Specificamente, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 1997, 265, ha ritenuto che una diversa conclusione contrasterebbe con il dettato dell’articolo 15 della Costituzione, trasformando il provvedimento del giudice per le indagini preliminari in un’autorizzazione in bianco, vanificando le esigenze di tutela della segretezza delle comunicazioni.

Come si tenterà di dimostrare nel prosieguo del lavoro la “disgregazione” della motivazione, però, non si realizza allorché ci si trovi in presenza di procedimenti connessi poiché in simili ipotesi la motivazione, originaria, riguarderà il “fatto-processuale” nella sua interezza.

Nel caso di procedimenti connessi, infatti, ci si troverà in presenza di un fatto-processuale unico, sul quale si appunterà la motivazione del decreto autorizzativo, e la cui unitarietà non sarà scalfita da eventuali trattazioni separate.

⁸ V. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell’uomo e limiti probatori nel processo penale*, cit., in *Foro it.*, 1992, 3263. Cfr SPATARO, *Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali*, in *Quad. C.S.M.*, n. 69, 150; CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 284; CANTONE, *L’utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in “procedimenti diversi”*, in *Cass. pen.*, 1997, 1442; LANDOLFI, *Le intercettazioni di comunicazioni e la loro utilizzabilità*, *ivi*, 1997, 3244; CORSERO, *Sub. artt. 266-267*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 314. Cfr. Cass., Sez. II, 24 novembre 1998, Bolici, in *Guida dir.*, 1999, n. 2, 106.

All'evidenza, la pronuncia della Corte costituzionale da ultimo richiamata muove dalla considerazione della previsione in oggetto come norma di chiusura.

La Corte, infatti, nel richiamare l'inviolabilità del diritto dell'individuo ad una comunicazione libera e segreta, individua nell'art. 270 c.p.p. l'ipostatizzazione del bilanciamento tra i menzionati valori costituzionali e l'interesse pubblico alla repressione dei reati.

La norma, allora, è (come detto) "norma di chiusura" dal momento che appare collocata a margine del microsistema normativo comprendente gli artt. 266 e segg. c.p.p., rappresentando una sorta di sbarramento alle possibili combinazioni realizzabili tra tali previsioni⁹.

In tal senso, l'art. 270 c.p.p., nel limitare l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni al di fuori del procedimento nel quale sono state legittimamente disposte, è derogabile in virtù dell'esclusiva esigenza di accertare delitti per i quali sia obbligatorio l'arresto in flagranza.

Ed in una pronuncia del 1994¹⁰, la Corte costituzionale, nel reputare "ragionevole" la previsione di cui all'art. 270 c.p.p., ha confermato - almeno *prima facie* - tale impostazione.

⁹ In generale, può considerarsi norma di chiusura una previsione che collocata topograficamente al termine di un complesso di norme omogenee esprime la volontà del legislatore di fissare paletti alle possibili combinazioni tra le previsioni che la precedono.

Detto in altri termini, siffatte norme conterrebbero previsioni epilogative capaci di tracciare il percorso ermeneutico da seguire nell'individuazione dei possibili rapporti tra previsioni contenute in specifici segmenti del sistema normativo.

Nel caso in esame, si vogliono indagare le possibili combinazioni tra le previsioni di cui agli artt. 270 e 266 c.p.p., avuto specifico riguardo alla verifica della sussistenza di limiti operativi rispetto alla utilizzabilità dei risultati captativi in procedimenti diversi. Ci si chiede, cioè, se il limite di utilizzabilità in diversi procedimenti sia condizionato esclusivamente dall'esigenza di accertare reati per i quali sia obbligatorio l'arresto in flagranza ovvero se ulteriori preclusioni siano rinvenibili nel disposto di cui all'art. 266 c.p.p.

¹⁰ V. Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in *Cass. pen.*, 1994, 1477.

La Corte, nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale - in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 101, comma 2, 111 e 112 Cost - sollevata rispetto all'art. 270, comma 1, c.p.p., nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti solo limitatamente ai procedimenti relativi ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, ha ritenuto "non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, c.p.p., nella parte in cui consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti limitatamente a quelli relativi a reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 101 co.2, 111 e 112 Cost.. Oltre a doversi ribadire quanto da ultimo affermato nella sentenza n°366 del 1991, la limitazione che trattasi non può ritenersi viziata da irragionevolezza, in quanto la eccezionale possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi relativi all'accertamento di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, risponde all'esigenza di ammettere una deroga alla regola

In ispecie, la Corte, nel premettere che l'art. 270, comma 1, c.p.p. prevede come regola generale il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi da quello per il quale le stesse intercettazioni sono state validamente autorizzate, ha chiarito come la richiamata previsione ponga una norma del tutto eccezionale diretta a consentire l'utilizzazione in procedimenti diversi dei predetti risultati limitatamente ai casi in cui gli elementi raccolti con le intercettazioni risultino indispensabili per l'accertamento di delitti - indicati nell'art. 380 c.p.p. - comportanti l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza.

Sembra, allora, che il Giudice delle leggi abbia reputato l'art. 270 c.p.p. derogabile in costanza di uno specifico interesse connesso all'accertamento di particolari ipotesi delittuose e che abbia desunto la ragionevolezza della previsione dal dato letterale della medesima: 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 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 ed al perseguimento in giudizio di coloro che delinquo¹¹.

generale del divieto di utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti, giustificata dall'interesse dell'accertamento dei reati di maggiore gravità".

¹¹ Secondo alcuni, la spiegazione della ragionevolezza della previsione di cui all'art. 270 c.p.p. risiede nel contraddittorio. Il valore in gioco va individuato nella consapevolezza che il risultato di una conoscenza giudiziaria muta a seconda dei soggetti che partecipano alla sua formazione (NOBILI, *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, 1989, V, 274). Se si trasferisce nel processo a carico di Tizio una testimonianza alla cui acquisizione egli non ha potuto presenziare, l'esito sarà senz'altro diverso dall'ipotesi in cui Tizio, partecipando a quella procedura, incide sull'*iter* di formazione della conoscenza. La verità - o con termine meno ambizioso la prova - non è un pezzo di realtà che si trasporta impunemente da fuori o dentro il processo o da un processo all'altro. Allora, se la logica del sistema dialettico è di evitare che venga posto a carico di Tizio un risultato probatorio alla cui formazione lo stesso non abbia partecipato, identico discorso vale per la utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni.

In ordine alle stesse, l'imputato contribuisce a plasmare il risultato conoscitivo in diverse occasioni: partecipando alla selezione dei brani da trascrivere; chiedendo di acquisirne qualcuno perché importante, di stralciarne un altro perché superfluo, di distruggerne un terzo perché viziato. E' questo il contributo della difesa alla formazione della prova. All'interno del procedimento probatorio che parte dal decreto autorizzativo e termina con l'utilizzazione delle notizie raccolte, il segmento che tutela il contradd-

Da simili premesse la necessità di ricostruire la genesi dell'art. 270 c.p.p.

2. *Dal codice del 1930 all'articolo 270 c.p.p.* L'originario articolo 226, comma 3, c.p.p. 1930 prevedeva che “gli ufficiali di polizia giudiziaria, per i fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o agli impianti di pubblico servizio, per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prenderne cognizione o assumere altre informazioni”, mentre l'articolo 339 “il giudice può accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio e trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, assumerne cognizione. Può anche delegarvi un ufficiale di polizia giudiziaria”.

Data l'assenza di limiti circa la possibilità di “trasmettere” ed “intercettare”, dopo l'entrata in vigore della Costituzione si rese necessaria una revisione della materia subordinando il potere della polizia giudiziaria ad una autorizzazione, espressa, da concedersi con decreto motivato dell'Autorità giudiziaria.

Attraverso la “nuova” formulazione dell'articolo 226 - come modificato dalla l. 18 giugno 1955, n. 517 - pur riconoscendo agli ufficiali di polizia giudiziaria la possibilità di accedere agli impianti telefonici per trasmettere o assumere informazioni, si subordinava l'attività diretta ad intercettare o ad impedire le

dittorio è quello designato dall'art. 268, commi 4-8, c.p.p.; se questo segmento viene ripetuto *ab ovo* nel procedimento *ad quem*, come impone il nuovo codice, non si verifica una violazione del contraddittorio: l'imputato del processo al quale arrivano le intercettazioni ha gli stessi diritti e garanzie che gli sarebbero spettate se fosse stato parte nel procedimento *a quo* (BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. pen.*, 1993, 203; DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, II, 26).

Nel vecchio codice era previsto che: “le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali possono essere utilizzati quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte, se si riferiscono a reati per i quali il mandato di cattura è obbligatorio anche per taluno soltanto degli imputati”, ma affatto diverso era l'*iter* di formazione della prova. In quel procedimento, il magistrato sceglieva in solitudine i brani da trascrivere e distruggeva subito gli altri; nel giudizio diverso, di conseguenza, arrivava solo quanto selezionato in relazione ad altra vicenda processuale: non si poteva in alcun modo recuperare il materiale ritenuto irrilevante per la diversa imputazione del processo di partenza. Quel pregiudizio che oggi si può verificare quando si procede alla distruzione di cui all'art. 269, allora si verificava sempre e, dunque, in quel sistema, il divieto d'uso era posto a tutela del contraddittorio. Il divieto così appariva irragionevole perché colpiva prove perfettamente rispondenti ai requisiti di legge (CASELLI, *Le recenti norme per l'ordine pubblico*, in *Dem. e dir.*, 1978, I, 130; PULITANO, *La funzione coercitiva: garanzie giuridiche e democratizzazione*, in *Dem. e dir.*, 1978, I, 154).

comunicazioni all'espressa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria, da concedersi con decreto motivato¹².

Il problema concernente i limiti dell'attività di intercettazione si ripropose, tuttavia, con vigore, quando la Corte costituzionale fu chiamata a pronunciarsi in ordine alla compatibilità della disciplina processuale rispetto alla già citata norma primaria di cui all'art. 15 della Costituzione.

Nella specie, pur dichiarandosi infondata la questione, si enuclearono una serie di direttive che avrebbero dovuto indirizzare il legislatore in un auspicabile intervento riformistico¹³, tra le quali il principio secondo cui "nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute"¹⁴.

Recependo tale indicazione, la l. 8 aprile 1974, n. 98, introdusse un nuovo comma all'articolo 226-*quater* prevedendo che "le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali non possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte". In tal modo, si determinò il passaggio dall'assenza di qualsivoglia limite all'utilizzo delle intercettazioni in altri procedimenti alla introduzione di un divieto categorico¹⁵.

¹² Tale intervento novellistico, tuttavia, appariva scarno rispetto alla introduzione della riserva assoluta di legge contenuta nel secondo comma dell'articolo 15 della Costituzione. Sul punto, GROSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, 1971, 892.

¹³ C. cost., 6 aprile 1974, n. 34, in *Giur. cost.*, 1974, 316, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*; FORTUNA, *Ancora sulla legittimità delle intercettazioni e "blocchi" telefonici*, in *Giur. merito*, 1972, II, 30; GREVI, *Intercettazioni telefoniche e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 1064; VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale italiano*, Milano, 1986, 253; VASSALLI, *Morte della "privacy"*, in *Il Giorno*, 15 marzo 1973.

¹⁴ Tale affermazione nasceva dalla necessità di garantire la segretezza delle comunicazioni non pertinenti al processo per tutelare la *privacy* dell'imputato e dei terzi, essa, tuttavia, fu interpretata nel senso di ritenere costituzionalizzato il principio in virtù del quale le intercettazioni potessero essere utilizzate solo nel procedimento in cui erano state autorizzate. Sul punto, DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, cit., c. 22; cfr. GREVI, *Insegnamenti, moniti*, cit., 332.

¹⁵ Secondo una prima proposta si prevedeva che "le notizie contenute nelle predette registrazioni e verbali non possono essere utilizzate per indagini o per seguire fatti diversi da quelli per cui si procede". Contro di essa furono sollevate parecchie obiezioni tese a sostenere la necessità che l'intercettazione potesse essere utilizzata, quantomeno, quale *notitia criminis*. Così, nel testo successivo proposto dal relatore, si modificava la formulazione nel senso che "non possono essere utilizzati quali prove in procedimenti relativi a reati diversi da quelli per i quali si procede" e solo successivamente veniva eliminato il riferimento ai reati diversi ed appariva l'indicazione ai procedimenti diversi.

L'impossibilità di trasferire il materiale intercettivo in giudizi diversi da quelli per i quali erano state originariamente disposte le captazioni rappresentava una delle maggiori innovazioni garantistiche della legge n. 98 del 1974; eppure, sulla sua opportunità non si registrò concorde approvazione¹⁶.

Non si ometteva di denunciare, infatti, come il principio contenuto nella novellata previsione avesse reso troppo circoscritta l'area della inutilizzabilità delle "prove" ottenute mediante intercettazioni regolarmente autorizzate¹⁷.

Ai fini della repressione criminale essa comportava un indubbio costo, che non serviva peraltro a bilanciare alcun abuso di potere istruttorio; era, dunque, prevedibile che, nel tempo, il principio subisse dei temperamenti.

Così, con la legge 18 maggio 1978, n. 191, tornò ad essere legittimato l'impiego occasionale delle intercettazioni nei giudizi in cui, per almeno uno degli imputati, si imponeva, come obbligatorio, il mandato di cattura. Contestualmente, l'articolo 226-*quater* del codice Rocco - rubricato "esecuzione delle operazioni di impedimento, interruzione o intercettazione di comunicazioni o conversazioni" - fu ri-novellato nel senso che "le notizie contenute nelle predette registrazioni e nei predetti verbali possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte, se si riferiscono a reati per i quali il mandato di cattura è obbligatorio anche per taluno soltanto degli imputati"¹⁸.

La norma manifestava quelle "ambiguità" scaturigine di difficoltà interpretative mai del tutto risolte e che, con le dovute modifiche, anche il legislatore del 1989 trasfuse nell'art. 270 c.p.p.

Nel rinnovato testo dell'art. 226-*quater*, infatti, la circolazione del materiale captativo veniva ancorata all'esigenza di accertamento dei reati per i quali il mandato di cattura era obbligatorio. Questo riferimento non sottendeva alcun nesso funzionale con la disciplina della libertà personale, rappresentando sol-

¹⁶ V., in particolare, CASELLI, *Le recenti misure per l'ordine pubblico*, cit., 130; OLIVA, *Le intercettazioni telefoniche e la nuova normativa*, in *Giust. pen.*, 1974, III, 505; PULITANO, *La funzione coercitiva: garanzie giuridiche e democratizzazione*, cit., 154.

¹⁷ Si veda, GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., 63.

¹⁸ A seguito dell'abolizione, ad opera della l. 330 del 5 agosto 1988 della categoria dei reati per i quali era obbligatorio il mandato di cattura, la previsione fu modificata nel senso che l'utilizzazione extraprocedimentale venne ricollegata ai reati per i quali non era obbligatoria la motivazione della cattura; il riferimento, cioè, doveva intendersi come relativo alle fattispecie per le quali il giudice istruttore era tenuto a motivare il diniego del provvedimento coercitivo eventualmente richiesto dal pubblico ministero (art. 25 cpp 1930, come modificato art. 14 l. cit.).

tanto “un’espressione sintetica per enucleare una serie di fattispecie di particolare gravità”¹⁹.

Già allora, i problemi interpretativi che si posero riguardarono, precipuamente, l’ambito della utilizzabilità extraprocedimentale delle intercettazioni e si concentrarono sulla lettura dell’endiadi “diverso procedimento”.

La posizione della dottrina fu uniforme nel ritenere che il divieto di utilizzabilità delle “prove” emergenti dalle registrazioni riguardasse tutti i reati diversi da quelli ipotizzati nel decreto autorizzativo²⁰.

In seno alla giurisprudenza di legittimità, invece, si registrarono due orientamenti.

Il primo ricalcò le posizioni dottrinali nel ritenere che le intercettazioni non potevano essere utilizzate per reati diversi da quelli autorizzati²¹.

In un secondo momento, la giurisprudenza di legittimità operò, per la prima volta, un distinguo tra “procedimenti diversi” e “reati diversi” affermando la irrilevanza della circostanza in ragione della quale le intercettazioni erano state richieste ed autorizzate per fatti di reato diversi da quelli che avevano dato luogo al procedimento²².

Venendo al codice di rito del 1988, non si rintracciano argomenti decisivi nei lavori preparatori perché la Relazione al Progetto Preliminare²³ sembra ignorare completamente l’esistenza della citata, netta, divaricazione delle posizioni tra giurisprudenza e dottrina. Non casualmente, il legislatore del 1989 non è riuscito a fugare i dubbi e le perplessità evidenziati in precedenza, dal momento che il dibattito anteriore all’approvazione definitiva della norma si è incentrato, esclusivamente, sulla necessità di ampliare (o meno) l’area dei

¹⁹ Testualmente, ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 166.

²⁰ In questo senso, DE LEO, *Vecchio e nuovo*, cit., 20; PISA, voce *Intercettazioni*, cit., 5; ROSSI, *I presupposti delle intercettazioni telefoniche*, cit., 604.

²¹ Così, Cass., Sez. II, 6 dicembre 1978, Mucciaccia, in *Cass. pen.*, 1980, 819; cfr. Cass., Sez. VI, 9 marzo 1983, Piermaria, in *Cass. pen.*, 1985, 421.

²² In tal senso, Cass., Sez. I, 23 giugno 1986, Frisina, in *Foro it.*, 1986, 19; cfr. Cass., Sez. VI, 29 maggio 1987, Savoca, in *Cass. pen.*, 1989, 132; cfr. Cass., Sez. VI, 9 dicembre 1989, Micoli, in *Cass. pen.*, 1992, 141.

²³ A pag. 70 della Relazione, in riferimento all’art. 270, si legge testualmente “l’articolo disciplina l’utilizzazione delle intercettazioni in processi diversi da quelli per cui esse sono state autorizzate, utilizzazione che il Progetto del 1978 aveva escluso e la delega (direttiva 41, lett. a) ripristinato. Tale utilizzazione è ammessa solo se i risultati delle intercettazioni siano indispensabili per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza”.

reati in ordine ai quali si sarebbe potuta utilizzare l'intercettazione nel procedimento diverso.

Dopo l'approvazione del Progetto Preliminare, infatti, la Commissione parlamentare propose di ammettere la possibilità di utilizzare le intercettazioni in altri processi al fine di "consentire l'accertamento di delitti in relazione ai quali le intercettazioni sono espressamente ammesse ai sensi della disciplina generale contenuta nell'art. 266 c.p.p."

Il suggerimento non fu accolto in quanto si ritenne che il riferimento ai delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza avrebbe delimitato l'utilizzazione derivata dei risultati delle intercettazioni in maniera più rigorosa²⁴.

Si pervenne, così, alla formulazione "finale" dell'articolo 270 c.p.p. - rubricato "utilizzo in altri procedimenti" - ove si prevede, per l'appunto, che "i risultati delle intercettazioni telefoniche non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti salvo che risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza"²⁵.

Nei commi successivi si è stabilito, molto opportunamente, che "ai fini dell'utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'art. 268, commi 6, 7 e 8. Il pubblico ministero e i difensori hanno, altresì, facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate"²⁶.

²⁴ V. Relazione al progetto definitivo del codice, pagina 183.

²⁵ La indispensabilità costituisce un concetto di non facile determinazione, poiché non appare agevole stabilire quando una prova, in una dinamica processuale, sia indispensabile.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, la indispensabilità è oggetto di valutazione del giudice di merito, insindacabile in Cassazione se non nei limiti del difetto di motivazione (Cass., Sez. VI, 19 gennaio 1994, Montini, in *Giur. it.*, 1995, II, 246, con nota di BERNARDI, *Intercettazioni telefoniche: utilizzabilità in procedimento diverso e nullità delle trascrizioni*). L'art. 270 c.p.p. si apre con l'indiscutibile riconoscimento di un divieto d'uso delle notizie intercettate in procedimenti diversi da quello nel quale sono state disposte; lo stesso comma, tuttavia, introduce l'eccezione, individuata con la medesima tecnica adoperata nell'art. 226-*quater*, comma 6, c.p.p. 1930, cioè un richiamo a fattispecie particolarmente gravi che legittimano l'arresto in flagranza obbligatorio.

²⁶ La norma di cui all'art. 270 c.p.p. omette di prevedere il deposito, nel procedimento diverso, del decreto che ha disposto, convalidato, prorogato le intercettazioni, sottraendosi, in questo modo, la possibilità di valutare la legittimità dei risultati delle intercettazioni (CORDERO, *Procedura penale*, Milano,

Dunque, anche nella nuova disposizione compare l'endiadi "diversi procedimenti" che sotto la vigenza del vecchio codice di rito era stata, come visto, fonte di notevoli incertezze ermeneutiche.

3. *I "procedimenti diversi" nell'esegesi della dottrina e della giurisprudenza.* Sul modo in cui vada interpretata l'espressione possono registrarsi diverse posizioni.

Secondo una prima impostazione²⁷ si è ritenuto che non vi sarebbe diversità di procedimento allorché la nuova fattispecie di reato, emersa da un'operazione di intercettazione, sia oggetto di giudizio cumulativo rispetto alla fattispecie per la quale l'intercettazione era stata disposta; viceversa, vi sarebbe diversità nel caso si proceda separatamente.

Anche se tale prospettazione non appare incompatibile con il dettato normativo, essa, comunque, non sembra meritevole di avallo.

L'utilizzabilità del risultato della intercettazione, infatti, non dipenderebbe da una circostanza obiettiva, bensì, da una evenienza assolutamente casuale legata ad un dato formale quale è il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato: l'operatività del divieto dipenderebbe dal procedersi in modo cumulativo ovvero separato.

Né convince l'obiezione secondo cui la conduzione congiunta di indagini preliminari per più reati, non potendo discendere da scelte arbitrarie, ricaverebbe fondamento nell'utilità per l'accertamento, nulla sembrando impedire che un unico procedimento contenga l'accertamento di più reati accomunati, sia pure in parte, dalla stessa fonte di prova²⁸.

Tale lettura non sarebbe immune da sospetti di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. in quanto situazioni identiche troverebbero una diversa disciplina giuridica in dipendenza di un dato meramente aleatorio²⁹.

1991, 702; FUMU, *Commento all'art. 270*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. II, Utet, 1990, 799).

E' stato l'intervento della giurisprudenza, allora, che ha evitato che sulla norma si abbattesse la scure di incostituzionalità (Cass., Sez. Fer., 1° settembre 1992, Bruzzese, in *Cass. pen.*, 1993, 648).

²⁷ Si tratta di un arresto già affermato sotto la vigenza del codice abrogato. In tal senso, Cass., Sez. I, 23 giugno 1986, Frisina, in *Foro it.*, 1986, II, 19.

²⁸ Per una panoramica delle varie posizioni, v. SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. pen.*, 1996, III, 260.

²⁹ Così, BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., 203.

Ancora. E' stata sostenuta la intercambiabilità dei concetti di "reato" e "procedimento", assumendo la pendenza di un procedimento diverso tutte le volte in cui l'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari abbia condotto a scoprire un delitto ulteriore rispetto a quello oggetto della originaria autorizzazione.

La nozione di "procedimento diverso", di tal che, dovrebbe essere inferita dalla previsione di cui all'art. 335 c.p.p. la quale conterrebbe tre elementi utili ad individuarlo: a) l'indicazione del reato; b) l'indicazione della persona alla quale il reato è attribuito; c) l'indicazione della data e del numero di iscrizione nell'apposito registro. In tal senso, sarà "diverso" quel procedimento che si caratterizza per la non comunanza di almeno uno degli elementi di cui sopra³⁰.

L'impostazione, oltre ad apparire rigidamente formale³¹, sembra viziata dall'equivoco di ritenere che la motivazione del provvedimento autorizzativo del giudice, anziché giustificare l'operazione captativa, contenga una formale contestazione del reato non potendo spostarsi, su questo piano, le problematiche attinenti alla correlazione tra l'accusa contestata e la sentenza.

Tra l'altro, ad essa si suole obiettare che l'articolo 15 della Costituzione impone soltanto che l'intercettazione sia preceduta da un atto motivato di autorizzazione dell'autorità giudiziaria, lasciando all'intervento della legge ordinaria l'individuazione dei criteri a cui il giudice deve ancorarsi, le modalità attraverso le quali l'attività deve svolgersi e l'efficacia sul piano della prova. Per rispettare la norma costituzionale, per vero, è sufficiente che siano previsti con chiarezza i casi ed i modi attraverso i quali può essere permesso di captare le comunicazioni private³².

³⁰ In argomento, DE GREGORIO, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di "stesso procedimento" e di "procedimento diverso" ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, 1002.

³¹ Cfr. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, c. 3262; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 183.

³² L'impostazione riportata è criticata da CANTONE, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.; brevi riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2000, 2045, il quale nel tentare di risolvere il problema concernente la individuazione del "diverso" procedimento ritiene che "se il dato letterale sul punto non aiuta, certamente, non può trascurarsi che le categorie che entrano in gioco nel caso in esame sono quelle dell'autonomia e della suscettibilità di riunione, ai sensi dell'art. 17 c.p.p. Non si può contestare, infatti, il riconoscimento della qualifica della diversità anche ad un procedimento "autonomo"; la "non diversità" sarà una qualifica che si adatta alla "riunibilità". L'aggettivo in esame, allora, può essere inteso come sinonimo di "autonomo" o "separato".

In conclusione, non sembrerebbe utile né corretto ricavare la nozione di “procedimento” dal richiamo all’art. 335 c.p.p., non soltanto perché si attribuirebbe alla norma una funzione che non le è propria³³ ma anche perché si perverrebbe alla conclusione, assurda, di ritenere un procedimento “diverso” soltanto quando emerga un nuovo indagato prima non noto³⁴.

La disciplina delle intercettazioni telefoniche, come è noto, prevede quale condizione per ottenere l’autorizzazione del giudice per le indagini preliminari la sussistenza di “indizi di reità” consentendo, in tal modo, il ricorso al mezzo di ricerca della prova anche quando sia ignoto l’autore del fatto. Aderendo alla tesi su esposta, si perverrebbe alla singolare conclusione di ritenere che, allorché venga autorizzata un’intercettazione contro ignoti ed all’esito della stessa venga individuato l’autore del reato, nascerebbe un procedimento “diverso” in relazione al quale l’intercettazione sarebbe inutilizzabile *ex art.* 270 c.p.p.

Si snaturerebbe, in tal modo, la *ratio* sottesa agli istituti disciplinanti la materia³⁵.

Appare altro, allora, il percorso ermeneutico attraverso il quale definire i limiti di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in “procedimenti diversi”.

³³ L’articolo 335 c.p.p. ha la funzione di determinare, attraverso la regolamentazione delle modalità di iscrizione e di aggiornamento della notizia di reato nell’apposito registro, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di durata massima delle indagini preliminari.

³⁴ La giurisprudenza più recente (Cass., Sez. I, 17 novembre 1999, PG in proc. Toscano, in *Guida dir.*, 2000, n. 2, 114; Cass., Sez. I, 23 dicembre 1999, Toscano, in *C.E.D. Cass.*, n. 216206; Cass., Sez. I, 12 aprile 1999, Tommasello, *ivi*, n. 212956; Cass., Sez. VI, 11 marzo 1999, Venturini, *ivi*, n. 213587; Cass., Sez. III, 15 maggio 1998, Romagnolo, *ivi*, n. 210950; Cass., Sez. VI, 20 novembre 1997, Pacini Battaglia, *ivi*, n. 210044) considera “procedimento diverso” quello che nasce da una nuova *notitia criminis* ed ha ad oggetto un diverso fatto-reato. Sicché, la nozione di “diverso procedimento” non potrebbe equivalere a quella di “diverso reato” ed in essa non rientrerebbero, pertanto, le indagini strettamente connesse o collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato con riferimento al quale l’intercettazione è stata disposta.

La diversità di procedimento, dunque, assumerebbe rilievo di carattere sostanziale non potendo essere collegata a dati meramente formali quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi a due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro notizie di reato.

Non casualmente, i giudici di legittimità hanno ritenuto che secondo quanto previsto dall’art. 270 non può parlarsi di “procedimento diverso” quando le indagini riguardino condotte di favoreggiamento strettamente connesse al procedimento principale, indipendentemente dalla formale contestazione del nesso teleologico (Cass., Sez. VI, 2 giugno 1997, Tringali, in *Cass. pen.*, 1999, 587).

³⁵ L’art. 270 c.p.p. non sancisce l’inutilizzabilità per reati diversi da quelli indicati nell’autorizzazione del giudice per le indagini preliminari poiché, altrimenti, il legislatore non avrebbe richiamato il concetto di “procedimento” bensì avrebbe utilizzato l’espressione “reati diversi”.

Gli approcci finora compendati non soddisfano in quanto tendono a definire la “diversità” muovendo dall’idea di fatto-reato improntata su connotati rigidamente formali.

Ebbene, il concetto di diversità del procedimento non può essere esplorato prescindendo da un’indagine di tipo funzionalistico che trascuri la “logistica” della trattazione e privilegi l’attenzione al fatto processuale.

Si vuol dire che il vizio di impostazione inficiante le posizioni esplorate risiede nella catalizzazione dell’analisi sulla categoria di “reato”, di sicuro fuorviante per un’indagine che miri ad individuare canoni ermeneutici vincolati ad istanze di accertamento.

L’errore di fondo, cioè, muove da un impiego improprio di concetti “sostanzialistici”, a scapito di un inquadramento funzionalistico di categorie processuali infungibili con istituti di diritto penale “generale”.

In pratica, non può misconoscersi che se il valore in gioco è rappresentato dall’accertamento bisogna ragionare sul “fatto processuale”, e non già sul reato. Anche perché - e non è questo il caso - quando il legislatore processuale ricorre al concetto di reato lo fa attribuendo ad esso un significato che esula da istanze connesse alla verifica della imputazione. La nozione di reato è richiamata dalle disposizioni sulla competenza. L’articolo 12 c.p.p., ad esempio, si riferisce ai reati nella individuazione del giudice competente per connessione. Negli articoli 516, 517 e 521 c.p.p. si ricorre, poi, alla nozione di reato per distinguere tra fatto e fattispecie.

Le previsioni da ultimo richiamate, miranti ad assicurare il contraddittorio sul contenuto dell’accusa e, quindi, il pieno esercizio del diritto di difesa dell’imputato, determineranno il conseguimento di tale obiettivo ogniqualvolta l’imputato sia stato posto in condizione di difendersi compiutamente e, dunque, nell’evenienza in cui la puntualizzazione dell’imputazione, comunque avvenuta, comprenda episodi riconoscibili nella imputazione originaria e, perciò, possibili oggetto di attività difensive. Insomma, è la percebilità del fatto processuale, oltre alla sua autonomia rispetto a quello contenuto nella imputazione “ufficiosa”, a determinare il discrimine tra fatto “diverso” e fatto “nuovo”, discrimine importante soprattutto quanto alla praticabilità dei riti alternativi, più che con riferimento al regime delle contestazioni ed ai poteri probatori (comunque salvaguardati)³⁶.

³⁶ Sul punto, RICCIO, *Fatti “nuovi” e fatti “diversi” nel regime delle contestazioni suppletive, Tre differenti riti a seconda del tipo di reato configurato*, in *Dir. giust.*, 2004, 13, 63. L’Autore, muovendo dal

In senso contrario, allorquando il legislatore disciplina uno strumento processuale utile per l'accertamento, si riferisce alla imputazione-fatto processuale: le norme disciplinanti gli istituti della riunione e della separazione dei processi si riferiscono alla imputazione e non al reato, in quanto funzionali ad esigenze di accertamento. Le norme in materia di intercettazioni telefoniche, sottendendo, anch'esse, un'esigenza di accertamento, non parlano di reati bensì di "procedimenti".

In tale differente prospettiva, diverso sarà quel procedimento che riguarderà una diversa imputazione³⁷ e non un diverso reato sicché, pur in presenza di un fatto reato scindibile, l'unità del fatto processuale non potrà essere minata da contingenze spazio-temporali.

Da simili premesse discende che avuto riguardo per le ipotesi connettive, a prescindere dalle evidenze legate alla trattazione unitaria o separata, il procedimento sarà diverso soltanto allorché le indagini non siano connesse, sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico, al reato in ordine al quale il mezzo di ricerca della prova sia stato disposto³⁸.

In tale evenienza, l'intercettazione conserverà la propria identità funzionale poiché l'autorizzazione del giudice copre il fatto nella sua interezza: il giudice per le indagini preliminari, nell'autorizzare le captazioni, esercita il suo potere di controllo sul fatto processuale e non sul reato, con una motivazione che lo ricomprenderà in *toto*.

Il legittimo esercizio del "potere" in ordine al fatto processuale, dunque, farà sì che l'atto autorizzato raggiunga lo scopo cui è preordinato, ossia la costitu-

punto di vista delle garanzie ed, in particolare, della autonomia del fatto e della sua "riconoscibilità" ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, ritiene che il discrimine tra fatto diverso e fatto nuovo è dato dall'ampiezza della mutazione della imputazione. Nel senso che, se la trasformazione, la sostituzione o la variazione dei contenuti essenziali del fatto addebitato in imputazione interessa il fatto nel suo naturale divenire integrerà, di conseguenza, la fattispecie prevista dall'art. 518 c.p.p.

³⁷ In tale direzione, in realtà, si era già mossa la Corte costituzionale la quale, nel pronunciarsi sulla compatibilità tra la previsione di cui all'art. 226 c.p.p. 1930 e l'art. 15 Cost., dichiarando infondata la questione, enucleò una serie di direttive che avrebbero dovuto indirizzare il legislatore in un auspicabile intervento riformistico, tra le quali, il principio secondo cui "nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute" (Corte cost., 6 aprile 1974, cit.).

³⁸ In questi termini, Cass., Sez. VI, 10 maggio 1994, Rizzo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 711; Cass., Sez. III, 28 settembre 1995, Russo, *ivi*, 816; Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1995, Pulvirenti, in *Cass. pen.*, 1997, 1437; Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia, *ivi*, 1997, 3500, con nota di MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*; Cass., Sez. I, 25 febbraio 1997, Gunnella, in *C.E.D. Cass.*, n. 209306.

zione della “prova”³⁹: l’intercettazione, disposta per uno specifico fatto processuale, non farà residuare fattispecie rispetto alle quali il giudice abbia omesso di pronunciarsi. Anche se l’unità di giudizio dovesse venir meno, ciò non minerebbe la “originaria” legittimazione all’atto⁴⁰.

La soluzione proposta è l’unica, peraltro, in grado di evitare gli arbitrii del pubblico ministero il quale, ad opinare diversamente, potrebbe favorire la diversità frazionando le indagini e determinando lo snodarsi della vicenda su percorsi procedurali alternativi e paralleli⁴¹.

³⁹ Si precisa che se l’attività tecnica è stata disposta per catturare un latitante, non ha senso distinguere tra medesimo o altro procedimento. Il concetto non va inteso in senso formale ossia come “fascicolo procedimentale” bensì in senso sostanziale come riferentesi ad una fattispecie concreta ed in particolare ad una determinata attività investigativa posta in essere dal pubblico ministero.

Ne deriva che ogni volta che emergono elementi investigativi si è in un altro procedimento essendo diversa “la fattispecie concreta” rispetto a quella per la quale l’intercettazione è stata disposta.

La lettura che si propone dell’art. 295 c.p.p. è nel senso che un’intercettazione originariamente utilizzata per rintracciare un latitante può avere valenza probatoria solo per accertare un delitto per il quale è previsto come obbligatorio l’arresto in flagranza e non ha, quindi, rilievo alcuno l’aspetto formale del fascicolo all’interno del quale l’intercettazione è stata disposta. (CANTONE, *L’utilizzazione probatoria delle intercettazioni disposte per la cattura di latitante*, in *Cass. pen.*, 2003, 1992).

⁴⁰ Né varrebbe obiettare che la riunione sia rimessa pur sempre alla mera facoltà del giudice; in realtà siamo in presenza di un potere-dovere rigidamente vincolato nel fine, che è rappresentato dalla ineludibile necessità di accertare il reale svolgimento dei fatti, ciò desumendosi chiaramente dall’art.18 c.p.p. (POTETTI, *L’art. 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. pen.*, 1993, 787).

⁴¹ Va sottolineato che la giurisprudenza ha ritenuto che i risultati delle intercettazioni di comunicazioni non sono utilizzabili in procedimenti diversi da quello in cui sono state disposte in caso di mancata trasmissione dei decreti autorizzati dal giudice al tribunale del riesame, poiché non si rinvenivano disposizioni normative, sulla cui base possa presumersi la legittimità di tali decreti, una volta eseguite le operazioni con essi autorizzate (Cass., Sez. I, 28 febbraio 2001, Caramazza, in *Cass. pen.*, 2002, 296). Cfr. Cass., Sez. I, 13 marzo 2003, Gullo, in *C.E.D. Cass.*, n. 224669 ove si è affermato che il principio secondo il quale al giudice che adotta una misura cautelare e, successivamente, al giudice del riesame debbono essere trasmessi gli atti autorizzativi delle intercettazioni trova applicazione anche nel caso in cui si tratti di intercettazioni eseguite in altri procedimenti ai sensi dell’art. 270 c.p.p., stante la generale valenza del disposto dell’art. 271 c.p.p. e non essendovi ragione di ritenere inoperanti, nel procedimento in cui l’esito delle intercettazioni è riversato, le garanzie normalmente spettanti all’indagato nel procedimento da cui le stesse provengono né potendosi ritenere le operazioni di captazione disposte in un dato procedimento, assistite, in quello diverso, da presunzione di legittimità e sottratte alla doverosa verifica giudiziale dei presupposti di utilizzabilità. Ed il controllo demandato al giudice nel procedimento diverso utilizzi i risultati delle intercettazioni, sia in ordine alla necessità di eseguire le intercettazioni nel procedimento di origine, sia ai fini dell’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza, dà luogo a un giudizio di fatto che è censurabile in cassazione solo per mancanza o manifesta illogicità della motivazione (V. anche Cass., Sez. I, 7 febbraio 2002, Coppola, in *Cass. pen.*, 2003, 2360).

4. *L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite*. Il perpetuarsi, nel tempo, del contrasto esistente in ordine al rapporto tra “fatto processuale” e diversità procedimentale ha fornito l'occasione per un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Invero, con ordinanza n. 11160 del 2019, è stato chiesto al Massimo organo di nomofilachia di chiarire se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione *ab origine* disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione.

La Suprema Corte, con sentenza n. 51 del 2020, Cavallo, ha specificato che il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi (da quelli per i quali siano state autorizzate) non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi *ex art. 12 c.p.p.* a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge⁴².

La pronuncia, a definitiva risoluzione del contrasto insorto in seno alla giurisprudenza di legittimità sui criteri di individuazione della connessione, oggettiva, probatoria o finalistica, ovvero sul legame o collegamento che deve sussistere tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione viene emessa ed il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione ha, così, ritenuto compatibile con la previsione recata dall'art. 15 Cost. solo l'ipotesi in

Sotto diverso profilo, si è ritenuto che il mancato deposito, contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, degli atti relativi alle intercettazioni telefoniche non determina l'inutilizzabilità delle stesse, allorché si tratti di intercettazioni disposte in un procedimento diverso, poiché le limitazioni temporali di cui agli artt. 415 bis e 416 c.p.p. sono operative solo con riguardo alle indagini espletate nell'ambito dello stesso (Cass., Sez. I, 16 maggio 2002, Benedetti, in *Cass. pen.*, 2003, 3482; cfr. Cass., Sez. VI, 16 maggio 2000, Bossert, *ivi*, 2002, 286).

⁴² Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, Cavallo, in *questa rivista*, 19 marzo 2020, con nota di SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *sistemapenale.it*, 30 gennaio 2020, con nota di ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*.

cui tra fatti, pur storicamente diversi, ricorra la connessione cd. “forte” o “sostanziale” prevista dall'art. 12 c.p.p. escludendo che, in tale evenienza, sempreché i reati emersi rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p., si sia in presenza di un *procedimento diverso*.

Non rileva, invece, il mero collegamento investigativo *ex art. 371, comma 2, lett. b) e c)*, c.p.p.

Insomma, secondo le conclusioni della “sentenza Cavallo”, fondata sulla esegesi dell'art. 12 c.p.p., attributivo di un originario ed autonomo criterio di competenza fondato sul legame sostanziale tra i fatti-reato, il procedimento relativo al reato per il quale l'autorizzazione è stata concessa non può, in forza del legame sostanziale esistente, considerarsi diverso rispetto a quello relativo al reato accertato in ragione dei risultati intercettivi. La parziale coincidenza della regiudicanda, oggetto dei procedimenti connessi, ed il legame sostanziale e non meramente processuale tra i diversi fatti-reato esclude, infatti, che il provvedimento del giudice assuma la fisionomia di una autorizzazione in bianco⁴³.

Ora, è indiscutibile che le ipotesi di connessione, sia quella di cui alla lett. c) dell'art. 12 c.p.p. (reati commessi gli uni per eseguire o occultare gli altri) che i casi di concorso formale di reati e di reato continuato – di cui alla lett. b) dell'art. 12 c.p.p. – fondino, prima ancora che su di un legame processuale, su di un vincolo oggettivo tra due o più fatti-reato, ovvero sulla finalizzazione della condotta alla commissione o all'occultamento di un altro reato⁴⁴ o, ancora, sulla identità del disegno criminoso essendo necessario, a questo fine, che già al momento della commissione del primo reato i successivi siano stati programmati almeno nelle loro linee essenziali⁴⁵.

In tale prospettiva, “diverso” sarà quel procedimento avente ad oggetto una distinta imputazione, e non già un “altro” reato sicché, pur in presenza di un fatto-reato scindibile, l'unità del fatto processuale non sarà infirmata da contingenze spazio-temporali⁴⁶.

⁴³ La sentenza mutua, sul punto, quanto affermato da Corte cost., sent. n. 366 del 1991, cit.

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2017, n. 53390, in *C.E.D. Cass.*, n. 271223.

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 18 maggio 2017, n. 28659, in *C.E.D. Cass.*, n. 270074.

⁴⁶ BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 174; BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema id intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra-Orlandi, Torino, 2018, 259; CASSIBBA,

Proprio per tali ragioni, le Sezioni Unite hanno coerentemente escluso che il criterio basato sul mero collegamento investigativo di cui all'art. 371 c.p.p. sia idoneo ad attrarre nella latitudine del decreto autorizzativo genetico ulteriori fatti, emersi per via intercettiva, in quanto il collegamento ivi previsto, che risponde ad esigenze di efficace conduzione delle indagini, non presuppone quel necessario legame, originario e sostanziale, che, come si è visto, consente di ricondurre anche il reato oggetto del procedimento connesso ex art. 12 c.p.p. alla originaria autorizzazione⁴⁷.

Correttamente, di tal che, le Sezioni Unite hanno preso a misura del potere autorizzativo il fatto processuale, che si presenta unitario nelle ipotesi connettive, a prescindere dalla cognizione, disgiunta, rispetto a ciascuna singola fattispecie.

Solo in tal modo potrà argomentarsi nel senso che il legittimo esercizio del “potere” di controllo da parte del giudice per le indagini preliminari consentirà la piena utilizzabilità probatoria del mezzo autorizzato il quale raggiungerà, così, lo “scopo” cui è preordinato.

5. A seguito della decisione delle Sezioni Unite il varo del “nuovo” articolo 270 c.p.p. Immediatamente dopo il deposito delle motivazioni della decisione delle Sezioni Unite, Cavallo, si è messo in moto un meccanismo legislativo

La circolazione delle intercettazioni tra «archivio riservato e «captatore informatico», in Le nuove intercettazioni, a cura di Mazza, Torino, 2018, 170; CERCOLA, Procedimenti separati e cumulativi: quali limiti all'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni?, in Cass. pen., 2017, 4230; LONGO, L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento, in Percorsi di procedura penale, vol. IV, a cura di Perchinunno, Milano, 2008, 117; MANI, Sull'utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento, in Giur. it., 2012, 1, 169; ROMBI, La circolazione delle prove penali, Padova, 2003, 224; RUGGERI, Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche, Milano, 2001, 106.

⁴⁷ In altri termini, le Sezioni Unite Cavallo hanno affermato che il divieto probatorio di utilizzabilità di intercettazioni in relazione a reati diversi da quelli in relazione ai quali l'autorizzazione del giudice è stata adottata, è destinato ad operare in presenza di un rapporto tra i reati riconducibile - fuori dai casi di connessione - alle ipotesi di collegamento tra indagini, che esprime un collegamento di tipo probatorio tra reato a quo, per il quale è stata disposta l'intercettazione, e reato *ad quem*, accertato grazie ai risultati di tale intercettazione, e non su quel legame originario e sostanziale necessario a ricondurre anche il secondo al provvedimento autorizzatorio e, quindi, ad escludere l'operatività del divieto probatorio di cui all'art. 270 c.p.p.

teso a specificare i reati per il cui accertamento sarebbe indispensabile l'impiego dei risultati delle intercettazioni *aliunde* conseguiti⁴⁸.

Ergo, la legge 28 febbraio 2020, n. 7, di conversione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, ha aggiunto nell'elenco di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p. ai delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza i delitti di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p.⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 2, comma 1, lett. g), del citato decreto legge, introdotto, come detto, in sede di conversione, novellando il comma 1 dell'art. 270 c.p.p. e stabilendo, altresì, che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, fatta eccezione per la ipotesi in cui risultano rilevanti ed 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, c.p.p.

Si è continuato a prevedere, dunque, il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, ma sono state fissate due distinte deroghe. La prima ricalca la disciplina previgente e consente la circolazione extraprocedimentale delle intercettazioni in funzione dell'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. La seconda concerne i reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. tra i quali, 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, che ha introdotto nell'art. 266, comma 1, la lett. f-*quinqüies*, anche i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo.

Per la prova dei reati che rientrano nelle suddette deroghe, i risultati delle intercettazioni sono utilizzabili anche in procedimenti diversi da quello in cui sono state autorizzate se sono rilevanti ed indispensabili.

La locuzione, che aggiunge al carattere della indispensabilità anche quello della rilevanza, implica innovativamente, ed in modo rafforzato, la valutazione

⁴⁸ VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova, 2011, 184.

⁴⁹ A tal proposito, osserva CORDI, *D.l. 27.7.2005 n. 144, conv., con modif., in l. 31.7.2005 n. 155 - Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*, in *Legisl. pen.*, 2005, 544, che l'effetto indiretto talvolta è più rilevante dell'ampliamento dei casi di arresto obbligatorio. Ad esempio, la modifica della lettera i dell'art. 380 c.p.p. ad opera dell'art. 13, comma 1, del d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv., con modif. in L. 31 luglio 2005, n. 155, che ha ridotto da cinque a quattro anni il limite edittale minimo della pena, per cui nell'ipotesi di delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento è obbligatorio l'arresto, è capace di ampliare l'ambito di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento seppure nei limiti di "di un modestissimo apporto quantitativo".

del peso del mezzo di prova, dovendo il giudice esplicitare, con adeguata motivazione, la imprescindibilità delle captazioni, autorizzate nel procedimento *a quo*, per la prova dei reati contestati nel (diverso) procedimento *ad quem*.

La utilizzabilità degli esiti delle captazioni realizzate *aliunde*, in altri termini, presuppone o che il reato sia tanto grave che per esso il legislatore ha previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, o, alternativamente, che per il titolo di reato accertato sarebbe stato comunque consentito procedere, autonomamente, ad operazioni di intercettazione.

Ad una prima lettura della previsione potrebbe ritenersi che il legislatore abbia positivizzato la citata decisione delle Sezioni Unite Cavallo⁵⁰. Tuttavia, una diversa e più accorta disamina fa ipotizzare che si sia voluto restringere l'ambito di operatività delle fattispecie derogatorie al divieto probatorio richiedendo, ai fini della utilizzabilità dei risultati captati *aliunde*, non solo che il nuovo delitto emerso dall'attività di intercettazione rientri tra quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ma anche tra quelli di cui all'art. 266, comma 1, del codice di procedura penale⁵¹.

Viepiù, si è ritenuto che le anzidette categorie di reati vadano intese in senso disgiuntivo e, pertanto, l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni sarebbe possibile quando si tratti di accertare reati per i quali sia previsto l'arresto in flagranza obbligatorio ovvero allorché oggetto della regiudicanda sia uno dei delitti contenuti nell'elenco di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. In ogni caso, se il reato emerso grazie all'attività captativa rientra nel catalogo di quelli previsti dall'art. 266 c.p.p., i risultati delle intercettazioni disposte *aliunde* saranno pienamente utilizzabili⁵².

⁵⁰ Secondo MARANDOLA, *Intercettazioni: una riforma nel segno della "non dispersione". I nuovi limiti di utilizzabilità ex art. 270 c.p.p.*, in *ilpenalista.it*, 24 febbraio 2020, "l'estensione dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto [...] ai reati di cui all'art. 266 c.p.p., seppur temperati dai criteri della rilevanza e della indispensabilità (di per sé evanescenti e inutilmente duplicati) finisce per appannare le differenze in tema di inutilizzabilità [delle fattispecie previste dal codice di procedura penale]".

⁵¹ PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *sitemapenale.it*, 2 marzo 2020, osserva che i requisiti dei reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza sono così stringenti che qualora fosse richiesto anche il soddisfacimento delle condizioni previste dall'art. 266 c.p.p. non ne conseguirebbe alcun effetto restrittivo.

⁵² Ancora PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, cit., 8, il quale ritiene che la soluzione interpretativa prospettata trova conferma nei

A ben vedere, però, una lettura cumulativa dei requisiti predetti, che richiederebbe – ai fini della utilizzabilità delle intercettazioni captate in altro procedimento – che il nuovo delitto in via di accertamento sia riconducibile tanto nel catalogo dell'art. 380 c.p.p. quanto in quello dell'art. 266 c.p.p. non è autorizzata né dall'interpretazione letterale della disposizione, né dalla *voluntas legis* che affiora dai lavori preparatori⁵³. Evidentemente, una restrizione della latitudine della deroga alla inutilizzabilità extraprocedimentale derivante dalla valutazione congiunta dei citati parametri, che sarebbe parzialmente abrogativa del precedente testo normativo, non si rivela coerente con la (successiva) disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. Quest'ultima, nel regolamentare la utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile contempla analoga deroga al divieto, consentendone la esportabilità per la prova di “reati diversi” da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, sempre che si tratti di risultati indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti indicati dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.⁵⁴

lavori parlamentari «laddove si indica che tale modifica estende l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi anche nei casi indicati dall'art. 266 c.p.p. per i quali non sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza». Cfr. FILIPPI, *Luci ed ombre nel d.l. sulle intercettazioni*, in *penaledp.it*, 26 febbraio 2020.

⁵³ Parere della Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 19 febbraio 2020 relativamente all'emendamento n. 2.219.

⁵⁴ VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, in *sistemapenale.it*, 12 giugno 2020. Come accennato, la novella del 2020 contempla una serie di interventi ulteriori anche rispetto alla disciplina del captatore informatico, in particolare estendendone l'impiego a prescindere dallo svolgimento in concreto di attività criminose, anche nei luoghi di privata dimora indicati dall'articolo 614 del codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione in relazione ai quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni e richiedendo – nel contempo – una motivazione rafforzata per giustificare il citato impiego dello strumento particolarmente invasivo nei luoghi di privata dimora, in relazione ai soli reati contro la pubblica amministrazione. Così l'art. 2, comma 1°, lett. c), del d.l. n. 161 del 2019, modificato *ad hoc* dalla legge di conversione. Per un'ampia panoramica sulla giurisprudenza di legittimità sul tema dei presupposti e dei limiti all'utilizzo del captatore informatico nonché per l'analisi dei complessi problemi di diritto intertemporale posti dalla rapida successione delle due riforme del 2017 (c.d. riforma Orlando, approvata con d.lgs. n. 216 del 2017 e mai entrata sostanzialmente in vigore) e del 2019 (attuata con il d.l. n. 161/2019, preceduto nello stesso anno dalla citata legge 9 gennaio 2019, n. 3, in gergo “legge spazzacorrotti”, che ha stabilito le prime modifiche ed abrogazioni di disposizioni della normativa del 2017), si veda GIORDANO, *Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in *sistemapenale*, 2020, 4, 109 ss. Sul tema della successione di norme nel tempo cfr. anche la disamina di

Nel quadro così delineato, i principi espressi dalle Sezioni unite Cavallo e dalla giurisprudenza successiva⁵⁵ fissano canoni irrefragabili quanto alla identificazione della nozione di “stesso procedimento” ed ai requisiti di utilizzabilità delle captazioni endoprocedimentali.

L'opzione ivi accolta non evidenzia, peraltro, tensioni con le disposizioni sovraordinate, anche perché la Corte costituzionale ha sempre ritenuto che la norma che eccezionalmente consente, in casi tassativamente indicati dalla legge, l'utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, costituisce un non irragionevole bilanciamento operato dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà ed alla segretezza delle loro comunicazioni e quello dell'interesse pubblico primario alla repressione dei reati ed al perseguimento in giudizio di coloro che delincono⁵⁶.

L'estensione dell'ambito della deroga introdotta dal legislatore, con il correttivo della richiesta motivazione rafforzata nella valutazione di indispensabilità e rilevanza, non sembra, di conseguenza, contraddire il principio di eccezionalità dei limiti al generale divieto di circolazione dei risultati captativi.

Ad ogni modo, la contemporanea modifica della norma “generale” fissata dal primo comma dell'art. 270 c.p.p., nel senso già esaminato dell'estensione probatoria dei risultati delle intercettazioni “comuni” in procedimenti diversi, sia in relazione ai reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza che a tutti i reati previsti dall'art. 266, 1° comma, pone seri problemi di interpretazione e coordinamento perché il comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., che è norma “speciale” sul captatore e che prevede l'estensione dei risultati delle operazioni tecniche ai soli reati di criminalità organizzata ed a quelli più gravi

SANTALUCIA, *Delitti dei c.d. colletti bianchi e intercettazioni tra presenti su dispositivo portatile: termine iniziale di efficacia delle nuove disposizioni*, in *sistemapenale*, 2020, 4, 5 ss. Sull'impianto complessivo della riforma del 2019, si veda altresì il commento critico di SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *sistemapenale*, 2020, 1, 47 ss., con un'analisi anche delle modifiche alla disciplina sull'impiego dei captatori informatici.

⁵⁵ Cass., Sez. V, sent. n. 1757 del 17 dicembre 2020, Lombardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 280326; Cass., Sez. V, sent. n. 37697 del 29 settembre 2021, Papa, in *C.E.D. Cass.*, n. 282027.

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 63 del 1994, cit.

contro la pubblica amministrazione, non è (più) ben coordinato con il comma precedente⁵⁷.

In definitiva, abbandonando il circolo vizioso dei rinvii numerici, il problema è stato originato dall'ampliamento del primo comma dell'art. 270 c.p.p.: ora è prevista l'estensione probatoria dei risultati delle intercettazioni "comuni" all'intera categoria dei reati non connessi per i quali sono ammesse le captazioni, mentre per le indagini con captatore informatico vale - logicamente - un criterio più restrittivo⁵⁸.

Indubbiamente, si tratta di disposizioni mal articolate tra loro a seguito del menzionato intervento novellistico che ha dato, come si è detto, una "risposta" scarsamente sistematica alla sentenza delle Sezioni Unite Cavallo. L'ostacolo all'accertamento di un "diverso reato" per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, laddove per ipotesi meno gravi - come quelle dei reati contro la pubblica amministrazione - i risultati delle intercettazioni eseguite con il *trojan* sono utilizzabili, appare palesemente irragionevole ed genera marchiani dubbi di costituzionalità.

Pertanto, anche in virtù della formulazione letterale del comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., che continua a rinviare al comma precedente facendone salva l'applicazione, è preferibile ritenere, con interpretazione costituzionalmente orientata, che sia comunque utilizzabile l'intercettazione effettuata 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 applicabile la norma speciale posta dal comma 1-*bis*, con utilizzabilità derivata solo per i

⁵⁷ Ciò perché il primo comma dell'art. 270 c.p.p. prevede ormai una doppia categoria di reati a cui i risultati delle captazioni si estendono anche in procedimenti diversi (*id est*: per reati non connessi) e quella "nuova" e più ampia prevista dall'art. 266, comma 1, c.p.p. confligge con quella del medesimo articolo, comma 2-*bis*, richiamata per le intercettazioni con captatore dal comma 1-*bis* dell'art. 270 (VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, cit.).

⁵⁸ In forma più dubitativa, SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 59, secondo il quale "la sostituzione del catalogo criminoso di riferimento, pur connotato da particolare gravità, potrà creare un irragionevole impedimento probatorio a fronte delle necessità di ricostruzione di fatti particolarmente gravi, collocati tra quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, anche se non ricompresi nel catalogo meno ampio costituito dall'elencazione di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen".

reati di criminalità organizzata ed eversiva o contro la pubblica amministrazione (e non per gli altri previsti dall'art. 266 c.p.p., come disposto per le intercettazioni "tradizionali")⁵⁹.

6. *Il dies a quo di applicabilità della novellata disciplina intercettiva.* Il parametro attorno al quale ruotano le dinamiche di operatività del "nuovo" articolo 270 c.p.p. è costituito dalla iscrizione del procedimento in data successiva al 31 agosto 2020.

Invero, il citato decreto legislativo 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con legge 28 febbraio 2020, n. 7, ha previsto, tra l'altro, che le disposizioni ivi contemplate acquistino efficacia, per l'appunto, nei procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020.

Dunque, contrariamente a quanto prevedeva la c.d. Riforma Orlando, l'art. 1 del d.l. n. 161 del 2019 impone che l'efficacia della disciplina sia subordinata alla data in cui risulta effettivamente iscritto il procedimento penale.

La scelta operata dal legislatore del 2019 chiarisce e semplifica il regime a cui devono sottostare le intercettazioni, determinato dal giorno di iscrizione del reato nel registro ai sensi dell'art. 335 c.p.p., e non già da quello in cui interviene il decreto autorizzativo. Il nuovo dettato normativo sembrerebbe arginare le problematiche concernenti la commistione di due differenti discipline all'interno di un medesimo procedimento penale.

E però, bisogna interrogarsi sul concetto di iscrizione procedimentale rilevante ai fini della applicabilità della novella legislativa.

E' indubbio, il pubblico ministero è obbligato ad iscrivere la notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. non appena riscontri la corrispondenza di un fatto di cui abbia avuto notizia ad una fattispecie di reato⁶⁰.

Ma il problema non è questo, piuttosto, di stabilire quando nasce l'esigenza (*recte*: il dovere) di procedere ad una nuova iscrizione in ragione di elementi investigativi acquisiti nell'ambito del procedimento penale (*a quo*) già in essere.

La giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere che, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero, salvi i casi di mutamento della qualificazione giuridica del fatto o dell'accertamento di circostanze aggravanti, deve

⁵⁹ VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, cit.

⁶⁰ Cass., Sez. Un., sent. n. 40538 del 24 settembre 2009, Lattanzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 244378.

procedere a nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato sia quando acquisisce elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona, sia quando raccoglie elementi in relazione al medesimo o ad un nuovo reato a carico di persone diverse dall'originario indagato⁶¹.

La materia delle iscrizioni è, infatti, funzionale non solo al controllo del rispetto dei termini di durata previsti dall'art. 405 c.p.p., la cui violazione trova sanzione processuale nella inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la relativa scadenza, ma anche dei casi in cui a siffatto adempimento la legge colleghi effetti giuridici o, come nel caso in esame, l'applicazione di norme *ratione temporis*.

Ad ogni buon conto, ricorrono nella struttura e nella disciplina dell'atto di iscrizione elementi di inevitabile fluidità che rendono lo scrutinio dei suoi presupposti meno meccanica di quanto i predicati di doverosità presenti nella disposizione dell'art. 335 c.p.p. potrebbero, *prima facie*, suggerire. L'iscrizione, invero, è atto a struttura complessa nel quale simbioticamente convivono una componente "oggettiva", quale è la configurazione di un determinato fatto ("notizia") come sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa, ed una componente "soggettiva", rappresentata dal nominativo dell'indagato, dalla cui individuazione i termini cominciano a decorrere⁶².

⁶¹ Cass., Sez. II, sent. n. 22016 del 06 marzo 2019, Nicotra, in *C.E.D. Cass.*, n. 276965.

⁶² Cass., Sez. Un., sent. n. 16 del 21 giugno 2000, Tammaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 216248. E' così individuata, per imporre l'iscrizione, un'area tutta da perscrutare sul piano contenutistico, nella quale sono inevitabili i margini di variazione con riferimento sia alla componente oggettiva (è evidente che la configurabilità, anche solo in termini di notizia di reato, di una complessa fattispecie associativa, evoca un "lavorio" definitorio che può comportare spazi temporali non comparabili rispetto a quelli che, invece, consuetamente richiedono fatti *ictu oculi* sussumibili nell'ambito di una determinata fattispecie di reato); sia, e ancor più, con riferimento alla componente soggettiva (al punto che è lo stesso legislatore, stavolta, ad aver espressamente previsto che l'obbligo di iscrizione del relativo nominativo debba avvenire soltanto dal momento in cui esso risulta) - Cass., Sez. un., sent. n. 40538 del 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 13554 -.

La consapevolezza della potenziale complessità dello scrutinio ha, così, condotto ad escludere la configurabilità (prima dell'avvento della "riforma Cartabia") di un potere del giudice di verificare la tempestività dell'iscrizione, per farne conseguire effetti sanzionatori di inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine decorrente, anziché dal momento della formale iscrizione, dal momento in cui la *notitia criminis* avrebbe potuto e dovuto essere annotata, ciò che esalta le prerogative processuali del Pubblico Ministero a fini di garanzia. Del tutto diverso è, invece, il sindacato del giudice sullo sviluppo dinamico delle iscrizioni, dell'aggiornamento - ove ne ricorrano le condizioni (*ex multis*, Cass., Sez. IV, sent. n. 32776 del 6 luglio 2006, Maniero, in *C.E.D. Cass.*, n. 234822) - e delle nuove iscrizioni, fondate sul principio dell'autonoma individuazione del *dies a quo* per la determinazione del termine di dura-

Da quanto precede consegue che per determinare il “*dies a quo*” ai fini della individuazione di un “nuovo” procedimento, iscritto successivamente al 30 agosto del 2020, l’unico criterio da seguire è quello di ordine sostanziale desumibile dall’art. 335, comma 2, c.p.p. secondo il quale quando non si tratti di mutamento della qualificazione giuridica del fatto, né emergano diverse circostanze del medesimo fatto, non può parlarsi di “aggiornamento di iscrizione”, ma di iscrizione autonoma.

L’approccio sembra ricevere conforto dalla Relazione di accompagnamento alla “riforma Cartabia” ove, quanto al profilo oggettivo, rielaborando uno spunto nato in seno alla Commissione Riccio, la notizia di reato viene definita come la rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza, riconducibile in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice. Le circostanze di tempo e di luogo del fatto non sono indispensabili ad integrare il requisito della determinatezza.

Quanto, poi, alla iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito, i requisiti sono precisati nel “nuovo” comma 1-*bis* dell’art. 335 c.p.p.: il nominativo va iscritto quando, contestualmente all’iscrizione della notizia di reato o in epoca successiva, risultino «*indizi a suo carico*». L’espressione, mutuata per coerenza sistematica dall’art. 63 c.p.p., vale ad escludere sia la sufficienza di meri sospetti, sia la necessità che sia raggiunto un livello di gravità indiziaria⁶³.

In questo quadro si è consumato il contrasto ermeneutico rispetto alle modalità applicative della disciplina dettata dall’art. 270 c.p.p. riformato.

7. Il recente contrasto sorto in seno alla Suprema Corte. Si principia osservando che la Corte di cassazione, con sentenza n. 37911 del 6 ottobre 2022⁶⁴,

ta e del regime di utilizzabilità degli atti che ne deriva; regime condizionato, quanto alla valenza nei diversi procedimenti iscritti, della tempestiva adozione dell’atto nel procedimento in cui è stato acquisito (Cass., Sez. V, sent. n. 40500 del 24 settembre 2009, Barletta, in *C.E.D. Cass.*, n. 277345).

⁶³ Da ultimo, con il nuovo comma 2-*bis*, è stato attribuito al pubblico ministero, ove non si sia provveduto tempestivamente alle iscrizioni previste dai due commi precedenti, il potere di indicare la data anteriore a partire dalla quale l’iscrizione deve intendersi effettuata. La previsione, che traduce in norma di legge una prassi virtuosa già attualmente seguita da alcune Procure, ha l’obiettivo di consentire al pubblico ministero, ove riconosca un ritardo delle iscrizioni, di porvi rimedio senza la necessità di attendere l’attivazione del meccanismo giurisdizionale previsto dalle successive lettere q) e r) della delega.

⁶⁴ In *Guida dir.*, 2023, 1, 68 segg.

ha ritenuto che la locuzione procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020 vada riferita ai procedimenti nel cui ambito si intendano utilizzare i risultati di intercettazioni *aliunde* captate, e non già ai procedimenti in cui le stesse siano state autorizzate. E' soltanto riguardo alla circolazione extraprocedimentale del dato captativo che si porrebbe, infatti, la questione del divieto di utilizzabilità e delle deroghe, e non già in riferimento al diverso procedimento nel quale le intercettazioni sono state generate.

Dunque, bisognerebbe aver riguardo, nella prospettiva tracciata, alla accensione del procedimento *ad quem* nell'ambito del quale le captazioni dovrebbero essere impiegate.

Di diverso avviso la sentenza n. 4141 del 30 gennaio 2023 della Sesta cassazione⁶⁵ con la quale è stato affermato un principio di difficile coordinamento con quanto statuito dalla sentenza n. 37911 del 2022 essendo discesa, nel caso concreto, la applicabilità del regime antecedente alla riforma intercettiva, determinando la inutilizzabilità delle captazioni nel diverso, e successivamente attivato, procedimento non connesso a quello originario.

La soluzione da ultimo prospettata, maggiormente aderente allo spirito della sentenza Cavallo, appare in grado di scongiurare possibili arbitrii del pubblico ministero il quale, ad opinare diversamente, potrebbe favorire la "diversità" frazionando le indagini ed agevolando lo snodarsi della vicenda su percorsi procedurali alternativi e paralleli.

D'altro canto, è la stessa diversità procedimentale a tracciare la cesura tra "vecchia" e "nuova" disciplina o, meglio, tra procedimento *a quo* e procedimento *ad quem*.

⁶⁵ A pagina 3 della sentenza in oggetto è possibile ricavare i passaggi della complessa vicenda procedimentale scaturigine della presa di posizione della Corte: "il Pubblico ministero, con provvedimento del 17 maggio 2021, operava uno stralcio dall'originario fascicolo...formava quello oggetto dell'odierno ricorso...provvedeva a nuova iscrizione...per i reati in questa sede contestati (artt. 353, 319 e 512-bis cod. pen., tutti aggravati dall'art. 416-bis cod. pen.), con spostamento delle utenze intercettate dall'originario procedimento a quello attuale...Una volta esclusa l'identità del procedimento, alle intercettazioni svolte in quello originario sino al 7 maggio 2021, data dello stralcio, si applica la disciplina del previgente art. 270 cod. proc. pen. secondo cui l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni disposte nell'ambito di un processo è ammesso in procedimenti diversi purché si tratti di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. La *ratio* della disposizione, ed il limite fissato in termini così rigorosi, è individuato dalle Sezioni Unite negli interessi in gioco: "Consentire, in caso di commissione dei reati o di emersione del nuovo reato nel procedimento *ab origine* iscritto, l'utilizzazione probatoria dell'intercettazione in relazione a reati che non rientrano".

L'assunto è ben spiegato proprio nella decisione del 2023 laddove si fa rilevare che i due procedimenti iscritti nei confronti del ricorrente sono diversi, pur promanando da una medesima originaria indagine, in quanto discendenti proprio dalle intercettazioni disposte dal pubblico ministero precedente, facenti emergere elementi di ulteriori fatti costituenti reato. A cagione di tanto, si era provveduto ad effettuare (il 7 maggio 2021) nuova ed autonoma iscrizione nel registro delle notizie di reato ed alla formazione di un nuovo fascicolo.

Orbene, una volta esclusa la identità procedimentale, per le intercettazioni svolte in quello "originario", sino alla data dello stralcio, è stata ritenuta applicabile la disciplina del previgente art. 270 c.p.p., a mente del quale nelle ipotesi in cui dalle captazioni emergano reati, diversi ed ulteriori rispetto a quelli oggetto di autorizzazione per i quali non è consentito l'arresto obbligatorio in flagranza, i risultati di queste non sono utilizzabili.

In realtà, è proprio su tali basi che le Sezioni Unite Cavallo hanno ricusato una nozione formalistica di diversità, anche perché l'ordinamento processuale si paleserebbe contraddittorio se al *favor separationis*, accordato dal legislatore, facesse da contraltare la previsione di istituti capaci di mettere in crisi la "prova" e la sua utilizzabilità.

Non solo.

Ai fini dell'impiego dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, la valutazione dell'esistenza di un vincolo di connessione *ex art. 12 c.p.p.* tra il reato "diverso" e quello per il quale le captazioni sono state autorizzate va operata in relazione a quanto accertato, e non con riguardo alla mera prospettazione, astratta, formulata dal giudice nel momento in cui l'autorizzazione viene resa.

E' di conseguenza indubbio che le intercettazioni di conversazioni telematiche e telefoniche autorizzate in un procedimento "originario" potranno essere utilizzate nel diverso, e non connesso, procedimento dallo stesso promanante solo in quanto indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, alla stregua della previgente formulazione dell'art. 270 c.p.p.

Detto altrimenti, al cospetto di procedimenti non connessi, alle intercettazioni disposte prima della accensione di un nuovo procedimento penale, la cui formalizzazione ai sensi dell'art. 335 c.p.p. sia successiva al 31 agosto del 2000, si applicherà la previgente disciplina codicistica, con tutte le implicazio-

ni che ne discendono ai sensi dell'art. 270 c.p.p. A nulla vale, a tali fini, che il "procedimento madre" abbia avuto geritura in epoca precedente al 31 agosto del 2000. Ciò che conta, è che il "diverso" e non connesso procedimento sia postumo alla data indicata.

A diverse conclusioni, invece, dovrà pervenirsi in merito alla utilizzabilità delle intercettazioni disposte successivamente alla data di attivazione del "nuovo procedimento" (pur sempre iscritto dopo il 31 agosto del 2020) in relazione alle quali troverà applicazione la novellata formulazione dell'art. 270 c.p.p.

La soluzione tracciata appare decisamente commendevole anche perché, a voler opinare *a contrario*, la applicabilità del "nuovo" o del "previgente" art. 270 c.p.p. sarebbe rimessa, come detto, alla esclusiva discrezionalità del pubblico ministero.

Dipenderebbe, insomma, dalle scelte del Pubblico Ministero la "novità" procedimentale e, di conseguenza, il regime di applicabilità dell'art. 270 c.p.p.

Per dovere di completezza espositiva, v'è da dire che dalla lettura della sentenza n. 4141 del 2023 è ricavabile un ulteriore principio di diritto meritevole di approfondimento ed afferente al doveroso impiego di "motivazione rafforzata" rispetto ai decreti intercettivi adottati per il ricorso al captatore informatico. Ivi, infatti, si legge che il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, deve indicare le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini, e questo anche se si procede per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione.

Ad di là della valenza intrinseca della affermazione di diritto, che dimostra come il captatore informatico non possa essere considerato a mo' di ordinaria microspia, dalla stessa discendono due conseguenze di non secondaria portata.

In primis, a voler assegnare valenza ai principi sanciti dalla sentenza n. 37911 del 2022, la applicabilità della "nuova" disciplina in tema di intercettazioni esigerebbe che i decreti autorizzativi delle captazioni necessitino, inevitabilmente, di motivazione rafforzata.

Ciò è imposto dal tenore della previsione di cui all'art. 267, comma 1, c.p.p., come interpolato dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.l. n. 161 del 2019.

Invero, in considerazione della particolare capacità di introdursi nella sfera di riservatezza del cittadino, lo strumento investigativo in esame deve essere uti-

lizzato solo ove necessario. Il giudice deve dare conto del bisogno di impiegare tale modalità di captazione per realizzare le intercettazioni nella stessa motivazione del provvedimento autorizzativo. Questo aspetto, nell'impostazione della legge di riforma delle intercettazioni, rappresenta uno dei contenuti tipici del decreto del giudice per le indagini preliminari.

Pare comunque evidente che la necessità deve riguardare il *quomodo* dell'intercettazione; deve trattarsi, invero, di un giudizio di congruità tra la tecnica esecutiva ed il particolare contesto investigativo contingente nel quale si deve operare per svolgere proficuamente le indagini.

A voler, invece, valorizzare i principi di diritto affermati dalla sentenza n. 4141 del 2023, fino alla “nuova iscrizione procedimentale”, successiva all'agosto del 2020, troverebbe applicazione la disciplina anteriore alla “delega Orlando” e, per quanto concerne il captatore informatico, quanto statuito dalle Sezioni unite Scurato⁶⁶.

8. *Considerazioni conclusive e prospettive de iure condendo.* Volendo individuare le ragioni del frastagliato contesto interpretativo descritto, bisogna concentrarsi su due, distinti, versanti.

Partendo dall'art. 270 c.p.p., è indubbio come all'indomani della sentenza Cavallo si sia ingenerato un movimento funzionale a neutralizzarne o ridurne gli effetti. Sul punto, a voler tracciare un percorso ideale che prende le mosse dalla introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. ed epiloga nella novella del comma 1 della previsione, ci si accorge del salto culturale che ha segnato lo snaturamento dell'istituto.

Da disposizione dei divieti (di impiego), l'art. 270 c.p.p. è diventato meccanismo della circolazione intercettiva, soprattutto per quanto concerne il materiale acquisito a mezzo di captatore informatico.

⁶⁶ Ed, in proposito, non può non rammentarsi quanto recentemente affermato dal giudice di legittimità: “In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria delle norme codicistiche prevista dall'articolo 13 del decreto legge n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, poiché rientrano nella nozione di delitti di «criminalità organizzata» solo le fattispecie criminose associative, comuni e non, è da ritenere che il richiamo ai delitti «elencati nell'articolo 51, commi 3 bis, e 3 quater, del Cpp», operato dalla sentenza delle Sezioni Unite, 28 aprile 2016, Scurato, non può che intendersi riferito ai delitti associativi annoverati in quell'elenco, e non, anche, ai delitti non associativi, per quanto commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del Cp ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal suddetto articolo (Cass., Sez. I, sent. n. 34895 del 30 marzo 2022, in *C.E.D. Cass.*, n. 255526).

Insomma, sono state gradualmente sfrangiate le maglie che avrebbero dovuto segnare le osmosi procedimentali tracciate dalla sentenza Cavallo alla quale bisogna, giocoforza, rifarsi per recuperare la originaria *voluntas* legislativa.

Soltanto la connessione, infatti, costituisce il parametro distintivo della medesimezza procedimentale.

A tal proposito, deve indurre a riflettere la sentenza della Corte di Giustizia UE in materia di violazioni della *privacy* “per esigenze di accertamento del reato e sicurezza sociale”⁶⁷.

Immediatamente vincolante per i giudici estoni, la decisione della Grande Sezione sulla portata dell’art. 15 par. 1 della Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali ed 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 ed imparziale e per finalità estranee alla lotta contro reati di una consistente gravità.

E’ 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 nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: tali misure devono essere appropriate, strettamente proporzionate allo scopo perseguito, necessarie in una società democratica e soggette a idonee garanzie conformemente alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali⁶⁸.

A valle della disamina messa a punto emerge la valenza omnicomprensiva della “griglia selettiva”⁶⁹ declinata dall’art. 270 c.p.p. con il correlativo abban-

⁶⁷ Corte giust. UE, Gr.Sez., 2marzo2021, C-748/18.

⁶⁸ Proprio il bisogno di combattere le diverse forme di criminalità induce spesso a pensare che tutto sia consentito alle autorità preposte alla tutela della collettività: enfatizzando la contrapposizione fra bene e male, la tendenza ad incentivare l’uso delle intercettazioni è istillata sempre più dall’idea di un’inevitabile restrizione delle libertà in favore della sicurezza, sul presupposto che il probato cittadino non avrebbe nulla a temere e, anzi, una sua eventuale resistenza sarebbe quantomeno sospetta (RODOTA, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, a cura di Bovero, *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, 56).

⁶⁹ LA ROCCA, *L’art. 270 c.p.p. e la proporzionalità perduta: moniti per un recupero della Corte di Giustizia UE*, in *questa rivista*, 2021, 1, 12 segg.

dono di quella logica di *extrema ratio* nella quale si inserisce, in generale, il ricorso al mezzo di ricerca della prova ed, 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 negazione.

Si avverte, dall'approfondimento di tali passaggi, una sensazione di smarrimento se posti 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 precedenti⁷⁰.

Affiora con forza, allora, l'importanza del richiamato principio di proporzionalità, al quale affidarsi per calibrare la compressione dei diritti individuali secondo criteri razionali ed orientati alla scala di valori ricavabile dalle normative sovrallegali, senza possibilità di puntare in via sostitutiva sul vaglio di proporzionalità in concreto e su valutazioni discrezionali dell'utilizzatore dei dati ricavati dai controlli occulti⁷¹.

Prova ne è quanto evidenziato a proposito della imprescindibilità della "motivazione rafforzata" dei decreti disponenti l'uso del captatore informatico, ma ciò non è esaustivo.

Per scongiurare distorsioni applicative ed abusi prasseologici determinati da qualificazioni giuridiche "forzate", ovvero il rischio della evanescenza dei pre-

⁷⁰ 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 criminalità, senza che possa farsi questione su altri fattori, sui dosaggi caso per caso, basati appunto sulla durata del periodo di ingerenza nella vita privata.

⁷¹ Si tratta dello stesso principio di proporzionalità che, come ricordato in precedenza, aveva guidato anche la Corte costituzionale per il vaglio di compatibilità delle ingerenze non previamente autorizzate con l'art. 15 Cost., ora accantonato dalla riforma della disciplina italiana delle intercettazioni (L. 28 febbraio 2020, n. 7) secondo una logica liberticida senza precedenti.

supposti intercettivi (anche rispetto ai reati di particolare allarme sociale), bisogna intervenire per via legislativa.

E' imprescindibile, in proposito, imporre al pubblico ministero l'invio del fascicolo delle indagini al giudice per le indagini preliminari decidente in ordine alla attivabilità delle intercettazioni: non sussiste alcuna controindicazione in termini di segretezza trattandosi di rapporto, interno, tra organo richiedente ed organo giudicante.

Specularmente, le proroghe non possono essere automatiche e preconfezionate ma devono essere disposte dal giudice per le indagini preliminari previa conoscenza dello stato delle indagini.

Soltanto in questo modo si potranno limitare le distorsioni connesse all'impiego indiscriminato delle captazioni, e non già attraverso la (sola) limitazione delle stesse a questo o quel tipo di reato.

Non è pensabile, infine, che si possa decidere in ordine alla (assoluta) necessità e/o indispensabilità ai fini investigativi dello strumento intercettivo precludendo la conoscenza della genesi e degli sviluppi investigativi.

Il che è tanto più vero se si pone mente alla "debolezza" della sanzione della inutilizzabilità.

E' del tutto pacifico, come accennato che in materia intercettiva le attività inutilizzabili possono essere scaturigine di notizie di reato o, comunque, costituire l'*input* per nuove investigazioni. A non voler considerare, poi, che al cospetto di una qualificazione giuridica dei fatti errata, emersa all'esito del giudizio di merito, le intercettazioni *ab origine* disposte mantengono, pur sempre, la loro validità.