

ORIENTAMENTI

ANGELO RAFFAELE SALERNO

Libertà di comunicazione e disciplina delle intercettazioni: la dimensione costituzionale dei limiti di ammissibilità.

Prendendo le mosse da una recente ordinanza del Tribunale di Roma in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni disposte in un altro procedimento, l'Autore riflette intorno alla dimensione costituzionale dei limiti di ammissibilità.

Freedom of communication and interception activities: the constitutional dimension of the limits of admissibility.

Starting from a recent ruling of the Tribunal of Rome, the Author speculates about the constitutional dimension of the limits of admissibility of the interception activities.

SOMMARIO: 1. Ragioni e metodo di un'indagine. - 2. La sentenza 'Cavallo'. - 3. Una recente ordinanza del Tribunale di Roma. - 4. Lo statuto costituzionale della libertà di comunicazione e la questione delle intercettazioni. - 5. Sul concetto di 'contraddizione' nel tessuto legislativo. - 6. Ragione e ragionevolezza. - 7. Determinatezza, tassatività, dinamica dei bilanciamenti. - 8. La dubbia legittimità costituzionale della novella del 2020.

1. *Ragioni e metodo di un'indagine.* L'uso «ulteriore» delle intercettazioni¹ rappresenta, per incertezze legislative e giurisprudenziali oltre che per le conseguenti, gravi ricadute sulle garanzie costituzionali, una delle questioni più complesse dell'intero tessuto legislativo processuale penale. Alla disciplina legislativa, ampiamente dibattuta in letteratura, si sono infatti tradizionalmente accompagnate linee giurisprudenziali della Corte di cassazione assai eterogenee; fattori che continuano ad ammantare d'insicurezza il tentativo di una ricostruzione ermeneutica tendenzialmente unitaria nonostante qualche anno fa, sul punto, fosse intervenuta una pronuncia delle Sezioni Unite².

Ciò che in queste pagine preme mettere a fuoco è invero un sotto-problema ancor più specifico, che paradossalmente proprio nella sua specificità illumina punti teorici assai delicati sul piano della tutela dei diritti fondamentali.

L'art. 270 cod. proc. pen. («Utilizzazione in altri procedimenti»), nella formulazione antecedente alle modifiche apportate con la legge n. 7 del 2020 che ha convertito il decreto-legge n. 161 del 2019, disponeva al comma 1 che «I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in *procedimenti di-*

¹ Col quale si intende «l'impiego probatorio delle captazioni rispetto a fatti-reato diversi da quelli considerati dall'autorizzazione giudiziale» (VALENTINI, *Un rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni. Riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie*, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2021, 281).

² Cass., Sez. un., 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo, in *Cass. pen.*, 2020, 1877 ss.

versi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza»³. Il punto è che il sintagma «*procedimenti diversi*» viene inteso da vari indirizzi giurisprudenziali, e in ogni caso da quello seguito dalle Sezioni Unite, in un'accezione sostanzialista; ragion per cui, al ricorrere di determinate condizioni che siano in grado di evidenziare un nesso sostanziale fra i 'procedimenti' (e.g.: connessione *ex art.* 12 cod. proc. pen.), specifiche risultanze delle intercettazioni disposte in quello che è *formalmente* un procedimento diverso⁴ vengono in quest'ottica considerate non estranee al procedimento *de quo*, fuoriuscendo così dal campo applicativo del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen.⁵. Più precisamente, la questione che qui ci occupa concerne un'ulteriore specificazione posta dalla Cassazione alla base di quest'interpretazione: l'indirizzo giurisprudenziale seguito dalle stesse Sezioni Unite afferma che i fatti di reato diversi da quelli che hanno in origine legitti-

³ L'attuale disposizione recita: «I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino *rilevanti e indispensabili* per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza *e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1*» (le interpolazioni sono evidenziate in corsivo). Novella oggetto, in letteratura, di giudizi assai critici (si veda ad esempio VALENTINI, *op. cit., loc. cit.*, nonché 295 ss., CAMON, *Alcuni tratti della riforma*, in *Leg. pen.*, 24 novembre 2020, 1 ss. o DE SANCTIS, *Profili di illegittimità costituzionale del nuovo regimen di circolazione delle intercettazioni (c.d. "pesca a strascico")*, in *Diritto di difesa*, 19 maggio 2022), sulla quale torneremo più oltre.

⁴ Si pensi all'iscrizione nel registro delle notizie di reato come criterio formalistico di individuazione.

⁵ Sul problema dell'utilizzabilità delle risultanze di intercettazioni in procedimenti diversi si è andata formando, negli anni, una vasta letteratura. Si vedano almeno, fra i molti, TABASCO, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in *questa Rivista*, 2, 2020, 1 ss., PASTA, *Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi*, in *Questa rivista*, 2, 2020, 1 ss., MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 cpp al crocevia fra interpretazioni Giurisprudenziali ed interventi normativi*, in *Leg. pen.*, 30 giugno 2020, 1 ss., LARINNI, *Intercettazioni "a strascico" e garanzie costituzionali, alla luce delle recenti riforme*, in *disCrimen*, 3 dicembre 2020, consultabile in *Criminalia*, 2020, GIORDANO, *Divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: il rilievo dell'unitarietà iniziale*, in *www.ilpenalista.it*, 23 maggio 2019, TAVASSI, *Le intercettazioni ubiquitarie fra legalità e non dispersione della prova*, in *questa Rivista*, 2, 2018, 1 ss., CHELO, *Il procedimento "diverso" ex art. 270 c.p.p. ovvero la portata del divieto di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche*, in *www.ilpenalista.it*, 17 marzo 2016, CAPITANI, *La Cassazione detta il vademecum per l'utilizzo delle intercettazioni in procedimenti diversi*, in *Dir. e Giust.*, 19 gennaio 2016, GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *questa Rivista*, 3, 2011, 1 ss., CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni in «procedimenti diversi»*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1437 ss., FELICIONI, *L'utilizzazione delle prove acquisite in altro procedimento penale: problema interpretativo o necessità di intervento legislativo?*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1824 ss., DI CHIARA, *Note in tema di circolazione di atti investigativi e probatori tra procedimenti diversi*, in *Foro it.*, II, 1992, 77, DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, I, 1992, 3257 ss.

mato l'autorizzazione alle intercettazioni – i cui procedimenti siano avvinti da connessione forte – possano essere provati anche alla luce delle risultanze di queste soltanto nel caso in cui siano a loro volta autonomamente passibili di autorizzarne l'impiego ai sensi dell'art. 266 cod. proc. pen. Ciò che qui ci interroga è in definitiva la necessità costituzionale di un simile requisito; il che, a catena, conduce giocoforza sul terreno della più ampia questione delle garanzie costituzionali rispetto alle quali le soluzioni legislative e giurisprudenziali in tema di intercettazioni telefoniche devono porsi in termini di non difformità.

Una recente ordinanza dell'VIII Sezione Penale del Tribunale di Roma (1° Collegio) pronunciata ai sensi dell'art. 495 cod. proc. pen. (reg. gen. dib. n. 272/19) rappresenta in tal senso un'interessante occasione da cui prendere le mosse per tentare di dipanare alcuni fili del nodo teorico ed ermeneutico: si tratta infatti di una pronuncia in cui il Tribunale valuta ogni opzione alternativa e, pur aderendo all'orientamento delle Sezioni Unite *Cavallo*, manifesta delle perplessità che danno in qualche modo il La per precisare alcuni punti teorici sulle dinamiche delle operazioni di bilanciamento fra valori costituzionali, delle modalità applicative del canone della ragionevolezza e, soprattutto, delle loro ricadute sull'inquadramento della disciplina delle intercettazioni in termini di *dover essere* costituzionale.

Concedendoci una prolessi, si potrebbe obiettare che, trattandosi di una decisione in cui il giudice era chiamato a interpretare la disposizione nella formulazione previgente la riforma, una simile riflessione non avrebbe che la funzione di rimarcare l'adesione alla soluzione interpretativa delle Sezioni Unite: né più né meno. In realtà, nonostante la soluzione della Corte di cassazione sia condivisibile, il terreno su cui intendiamo sviluppare la nostra riflessione attiene alla dimensione teorica dei crismi costituzionali cui la disciplina legislativa in materia di intercettazioni deve rispondere. In tal senso, l'indubbia importanza in termini di *dover essere* costituzionale della sentenza delle Sezioni Unite – momento topico del retroterra giurisprudenziale su cui la nostra riflessione si innesta – rende ineludibile un preliminare confronto con la stessa, e il suo attuale rilievo nel diritto vivente implica anche che pure il nostro incedere argomentativo vi si debba in più punti confrontare.

Premessa dunque l'opportunità di prendere le mosse dell'analisi da un quadro legislativo coevo a questa importante decisione⁶ nonché, ovviamente, dalla stessa sentenza *Cavallo*, rifletteremo sulle valutazioni fatte dal Tribunale di Roma, in particolare su alcune perplessità che hanno accompagnato l'adesione all'orientamento delle Sezioni Unite; tratteremo infine in termini più generali alcune linee teoriche dei crismi di necessità costituzionale cui la disciplina legislativa delle intercettazioni deve rispondere, precisando in che termini i risultati della nostra riflessione siano applicabili anche alle disposizioni novellate.

2. *La sentenza 'Cavallo'*. Il 13 aprile 2019, la Sesta Sezione penale della Corte di cassazione aveva rimesso alle Sezioni Unite⁷ una questione di diritto così sintetizzata: «*se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 cod. proc. pen., 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*».

Le Sezioni Unite, ricostruito il quadro costituzionale di riferimento attraverso il richiamo ad alcune pronunce della Corte costituzionale in tema di compressione della libertà di comunicazione⁸, hanno sottolineato la presenza di tre distinti indirizzi giurisprudenziali formatisi sulla questione.

Il primo orientamento passato in rassegna muoveva da una lettura che le stesse Sezioni Unite definiscono «sostanzialistica», individuando come discrimine fra un procedimento e un altro il riferimento ai fatti di reati per il cui accertamento si procede. Secondo tale linea interpretativa, nonostante una formale distinzione fra i procedimenti, la sussistenza di una connessione *ex art. 12 cod. proc. pen.* o di un collegamento *ex art. 371, comma 2, lett. b) e c), cod. proc. pen.* sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico basterebbe a considerare non configurata la diversità fra procedimenti che implicherebbe l'operare del divieto posto dall'art. 270, comma 1, e di conseguenza utilizzabi-

⁶ Da qui l'utilità di prendere in considerazione un'ordinanza come quella del Tribunale di Roma che, a distanza di alcuni anni, pur collocandosi nel solco della sentenza *Cavallo* pondera la sostenibilità delle possibili alternative interpretative e alla fine predilige la soluzione delle Sezioni Unite, senza peraltro lesinare perplessità.

⁷ Ordinanza n. 11160 del 2019.

⁸ Vengono richiamate in particolare le sentenze n. 34 del 1973, n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994.

li le intercettazioni disposte nell'ambito di un procedimento in relazione a fatti di reato da accertare nell'altro⁹. Il secondo orientamento prendeva invece le mosse da una nozione di 'procedimento' di tipo formale, impernandosi intorno alla centralità dell'iniziale unitarietà procedimentale: nel caso in cui più notizie di reato originino nel medesimo procedimento, distinte iscrizioni nel registro delle notizie di reato non implicherebbero l'operatività dello speciale e rigido regime di utilizzabilità di cui all'art. 270 cod. proc. pen. Per converso, in caso di procedimenti diversi *ab origine*, le risultanze delle intercettazioni autorizzate nell'altro procedimento potranno essere utilizzate solo al ricorrere dei requisiti indicati dallo stesso art. 270, ovvero sia l'indispensabilità e l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza¹⁰. Per il terzo orientamento - il più risalente e garantista, seppur minoritario - al di là delle eccezionali ipotesi di deroga al divieto generale posto dall'art. 270, comma 1, non sarebbe stata consentita alcuna utilizzazione dei risultati delle intercettazioni autorizzate e disposte nell'ambito di un diverso procedimento, neanche in caso di connessione forte *ex art. 12* cod. proc. pen.¹¹.

Com'è noto, la Corte di cassazione nella sua composizione più autorevole ha infine aderito con dovizia di argomenti al più sostanzialista dei tre indirizzi, sia pur con l'importante precisazione per cui solo la connessione di cui all'art. 12, e non anche l'ipotesi di collegamento probatorio di cui all'art. 371, comma 2, lett. b) e c) legittimerebbe l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni al di fuori del campo operativo dell'art. 270 cod. proc. pen.

Ciò che in questa sede preme tuttavia evidenziare è come gli argomenti con cui le Sezioni Unite hanno accompagnato la pronuncia del principio di diritto sull'art. 270 cod. proc. pen.¹² siano in realtà preceduti da - e si leghino a - un passaggio ulteriore, parte integrante della lettura che la Cassazione dà al sotto-

⁹ Si veda, ad esempio, Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2015, La Volla, Rv. 275389.

¹⁰ Si veda Sez. II, 23 febbraio 2016, De Angelis, Rv. 267784. Nel quadro di quest'orientamento e del precedente v'è peraltro una scissione fra la tesi che richiede l'«autonoma intercettabilità» di cui all'art. 266, comma 1, cod. proc. pen. quanto al reato emerso alla luce delle captazioni, e quella che da essa ritiene di poter prescindere.

¹¹ Si veda, qui, Cass., Sez. III, 3 luglio 1991, Cerra, Rv. 188356.

¹² «Il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi *ex art. 12* cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge» (punto 12 del *Considerato in diritto*).

sistema normativo; una lettura che sembra orientata dalle garanzie costituzionali della libertà di comunicazione per come specificamente declinate dalla Corte costituzionale.

«Prima di approfondire l'esame dei tre orientamenti richiamati», premette la Cassazione nella sua composizione più autorevole, «è opportuno, sempre *in limine*, affrontare un problema, che contribuisce a definire la stessa portata della questione controversa rimessa alla cognizione delle Sezioni unite, ossia il problema della necessità o meno che il reato accertato sulla base dell'intercettazione autorizzata in specifica relazione ad altro reato rientri nei limiti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova». È la stessa questione che si pone al centro dell'ordinanza del Tribunale di Roma. «Al quesito», affermano le Sezioni Unite, «deve darsi risposta affermativa»¹³.

E la risposta affermativa giunge partendo proprio dal rilievo per cui «la previsione di limiti di ammissibilità delle intercettazioni», fra i quali spiccano quelli di cui all'art. 266 cod. proc. pen. per le intercettazioni ordinarie, «è espressione diretta e indefettibile della riserva assoluta di legge *ex art. 15 Cost.*». Affermazione rispetto alla quale la Cassazione argomenta che è proprio tramite la preventiva individuazione dei reati per cui si ammette il ricorso alle intercettazioni che viene definito «il perimetro legale all'interno del quale il giudice deve operare le valutazioni»¹⁴. Di conseguenza, l'ampliamento della sfera dei reati per i quali i risultati delle intercettazioni sarebbero considerati utilizzabili «svincolato dall'osservanza dei limiti di ammissibilità previsti dalla legge» finirebbe per incrinare il bilanciamento fra la libertà e segretezza delle comunicazioni da un lato e dell'interesse alla repressione dei reati dall'altro. Un «bilanciamento», proseguono le Sezioni Unite, «garantito, prima di tutto, dalla riserva assoluta di legge», che nei confronti del giudice dovrebbe stabilire i termini entro i quali poter autorizzare il ricorso al mezzo di ricerca della prova, e che nei confronti del legislatore - addirittura - «impone»¹⁵.

¹³ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Per le Sezioni unite, il carattere imprescindibile di tale limite legislativo emergerebbe in particolare in relazione al primo e al secondo degli orientamenti passati in rassegna. Del resto, il terzo orientamento preclude categoricamente qualsiasi lettura sostanzialista della nozione di 'diverso procedimento'.

¹⁵ Invero, in questo passaggio sembra di poter ravvisare una evidente forzatura di quanto la Corte costituzionale ebbe modo di affermare nella sentenza n. 63 del 1994, richiamata dalle Sezioni Unite in questo snodo argomentativo. Di fatti, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. «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», la Corte costituzionale si era infatti limitata ad affermare che «nell'ambito di un contesto

l'individuazione di un ulteriore elenco di reati di «particolare allarme sociale» rispetto ai quali riconoscere l'utilizzabilità delle risultanze delle captazioni disposte in procedimenti diversi. Da qui l'enucleazione della massima per cui «l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte nell'ambito di un “medesimo procedimento”», con ciò intendendosi anche due procedimenti formalmente distinti ma legati da connessione *ex art. 12 cod. proc. pen.*, «presuppone che i reati diversi da quelli per i quali il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato rientrino nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni stabiliti dalla legge»¹⁶.

Premesso che, ad avviso di chi scrive, la complessiva ricostruzione delle implicazioni della riserva di legge di cui all'art. 15 Cost. sul tessuto legislativo è da considerarsi, pur al netto di qualche fondamentale *caveat*¹⁷, condivisibile, la massima enunciata in questo passaggio della sentenza *Cavallo* ha attirato svariati ordini di critiche, in letteratura¹⁸ come in giurisprudenza¹⁹, al punto che il Procuratore generale della Corte di cassazione aveva sollevato perplessità, chiedendo nell'ambito di un successivo procedimento²⁰ la rimessione alle Se-

sociale caratterizzato dalla seria minaccia alla convivenza sociale e all'ordine pubblico rappresentata dalla criminalità organizzata, la norma che eccezionalmente consente, in casi tassativamente indicati dalla legge, l'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, costituisce indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Com'è chiaro, la Corte costituzionale non interpreta in alcun modo l'art. 15 Cost. in termini di obbligo di previsione di un regime di utilizzazione probatoria eccezionalmente più invasivo rispetto a quello ordinario, limitandosi ad argomentare nel senso della ragionevolezza del bilanciamento degli interessi posto in essere dal legislatore. Tanto che potrebbe quasi inferirsi che, con una simile forzatura, le Sezioni Unite abbiano colto l'occasione per tentare di ascrivere una legittimazione addirittura in termini di necessità costituzionale al regime di utilizzabilità probatoria speciale previsto dall'art. 270 cod. proc. pen.

¹⁶ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ Si veda la nota 12.

¹⁸ VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, in *Sistema penale*, 6, 2020, 180 ss., che definisce il limite dell'autonoma possibilità di autorizzazione alla luce dei limiti *ex art. 266 cod. proc. pen.* «un requisito di troppo» (ivi, 180),

¹⁹ Si veda l'ordinanza del 2 novembre 2020 del Tribunale di Milano, Sez. Riesame, annotata da ALBANESE, *Sull'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito del “medesimo procedimento”: il Tribunale di Milano prende le distanze dalle Sezioni unite “Cavallo”*, in *Sistema penale*, 1° dicembre 2020.

²⁰ Procedimento 641/2020.

zioni Unite della questione oggetto di tale precisazione. Fra i vari appunti critici mossi a questo passaggio della sentenza delle Sezioni Unite, si è ad esempio osservato che *i)* sarebbe stato così introdotto un limite di utilizzabilità non previsto sul piano legislativo e non necessario sul piano costituzionale; *ii)* che si ingenererebbe così un’auto-contraddizione del sotto-sistema normativo legato all’ipotesi che una stessa risultanza probatoria sia utilizzabile nello stesso procedimento per un reato rispondente ai requisiti per l’autonoma autorizzazione ma non per un reato-scopo allo stesso legato, contraddizione che contrasterebbe con l’art. 3 Cost.; *iii)* che la soluzione porrebbe il rischio di una sostanziale *interpretatio abrogans* del nuovo art. 270 cod. proc. pen.²¹; *iv)* che, infine, la questione non era stata affatto oggetto della rimessione alle Sezioni Unite e che ai fini della soluzione del contrasto giurisprudenziale non sarebbe stata neppure rilevante.

Ai nostri fini preme evidenziare in particolare le critiche *i)* e *ii)*, stanti le implicazioni delle stesse sul piano costituzionale. E proprio le argomentazioni addotte dalla Procura generale evidenziano il nesso fra i due ordini di critiche. Quanto alla non necessarietà costituzionale del limite individuato dalle Sezioni Unite, la Procura argomenta nel senso che l’apposizione dello stesso dovrebbe essere oggetto di «esercizio della discrezionalità legislativa, di un bilanciamento con altri principi costituzionali, rappresentati dal “principio di non dispersione degli elementi di prova” e dal “principio di uguaglianza”». Quanto alla più volte segnalata ‘auto-contraddizione’, la Procura segnala l’*aut aut* per cui «o si ritiene che l’inutilizzabilità delle conversazioni per i reati-fine refluisca sulla loro utilizzabilità ai fini della dimostrazione dell’associazione ed eventualmente ne impedisca la dimostrazione», «oppure si ritiene che le conversazioni siano utilizzabili ai fini della dimostrazione del reato associativo, ma non ai fini della dimostrazione dei reati-fine, con la conseguenza che una medesima base probatoria sarebbe al contempo utilizzabile e inutilizzabile nel medesimo procedimento». Nella memoria si legge inoltre che proprio il sostenere al tempo stesso la necessarietà del nesso di connessione fra reati per escludere la diversità fra procedimenti e la necessarietà della sussistenza dei requisiti di cui all’art. 266, comma 1, cod. proc. pen. genererebbe una auto-

²¹ Il quale ora dispone che «I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e dei reati di cui all’articolo 266, comma 1».

contraddizione del sistema, e dunque «a una conclusione contrastante con lo stesso art. 3 Cost.».

Si tratta di critiche su cui, ai fini dell'analisi dell'ordinanza del Tribunale di Roma, soffermarsi è imprescindibile; e tuttavia, sul piano della scansione logica del nostro discorso è anzitutto necessario dar conto in che termini il Tribunale di Roma si richiama alla sentenza delle Sezioni Unite e delle declinazioni dello statuto garantistico della libertà di comunicazione nello specifico sottosistema normativo tracciato dalla legislazione ordinaria.

3. *Una recente ordinanza del Tribunale di Roma.* Il Tribunale di Roma era stato chiamato a pronunciarsi su una questione di inutilizzabilità posta dalle difese di alcuni imputati in merito a intercettazioni di conversazioni telefoniche e tra presenti, di cui era stata chiesta la trascrizione da parte del pubblico ministero. Nella specie, la questione posta era strutturata partendo dall'affermazione del divieto di utilizzabilità *ex art. 270 cod. proc. pen.*, cui in subordine si legavano l'insussistenza di una connessione ai sensi dell'art. 12 cod. proc. pen. ma di un collegamento investigativo e, ciò che ai nostri fini rileva, l'illegittima utilizzabilità delle risultanze rispetto a fattispecie che, pur ove considerate legate a quella che legittima il ricorso all'intercettazione da connessione *ex art. 12*, non rientravano autonomamente nelle ipotesi elencate tassativamente dall'art. 266 cod. proc. pen.

Nel caso di specie, il Tribunale ha aderito all'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite, con una motivazione a sostegno della scelta ermeneutica che sotto il profilo dei *topoi* argomentativi opera ampi richiami a precedenti della stessa Corte di cassazione.

In particolare, l'VIII Sezione Penale ripercorre le principali risultanze della giurisprudenza di legittimità sul tema, prendendo posizione in senso affermativo sull'irrelevanza del dato di originaria identità o alterità dei procedimenti ai fini della risoluzione della questione²²; affermando che l'accoglimento del principio - desunto dalla giurisprudenza costituzionale²³ - per il quale «il legame sostanziale» fra fatti-reato esclude di incorrere nell'ipotesi di 'autorizzazione in bianco' implica che è proprio il fatto-reato inteso oggettivamente a

²² Punto 3.

²³ Sentenza n. 366 del 1991.

porsi al centro dell'analisi, «e non già la sua qualificazione giuridica»²⁴; condividendo la tesi per cui la preventiva individuazione della persona sottoposta alle indagini è di per sé irrilevante ai fini delle possibilità di ammettere legittimamente le intercettazioni²⁵.

Ma i passaggi chiave dell'ordinanza riguardano la ricostruzione delle condotte oggetto di attività investigativa, rispetto alle quali il Tribunale conclude asserendo che esse sono «avvinte da un legame originario e sostanziale» che esclude, di per sé, l'operatività del divieto posto dall'art. 270 cod. proc. pen. Di conseguenza, l'ordinanza affronta l'ulteriore, decisiva questione della sussistenza o meno di «limiti ulteriori» al ricorso a intercettazioni per fatti emersi in corso di captazione rispetto ai quali si rinvenga la sussistenza di un vincolo di connessione forte.

Sul punto, il Tribunale aderisce alla ricostruzione offerta dalla sentenza delle Sezioni Unite. Nella motivazione si richiama infatti la 'precisazione' della necessità dell'«autonoma intercettabilità» enucleata dalla sentenza *Cavallo* e le adesioni alla stessa in ulteriori pronunciamenti della Cassazione²⁶, le quali inducono il Tribunale a rilevare come tale lettura sia ormai assurta a «diritto vivente»²⁷.

Ora, lo si evidenzierà pure più oltre, nel caso di specie il Tribunale di Roma sembra aver dato seguito alla lettura più prossima allo statuto garantistico della libertà di comunicazione che si sostanzia nel principio individuato nell'art. 15 Cost.; soluzione che, alla luce delle analisi svolte, va senz'altro accolta con favore.

Tuttavia, al netto della condivisibile adesione all'orientamento delle Sezioni Unite, è proprio il 'non detto' nell'apparato argomentativo dell'ordinanza a fornire alcuni spunti di riflessione, ed è per questo che soffermarsi sulle critiche mosse alla pronuncia della Cassazione è, ai fini della nostra analisi, imprescindibile.

Infatti, senza ulteriori argomentazioni – se non *per relationem* rispetto ad alcuni passaggi delle sentenze *Bozzini* e *Mazzone*, conformi alla sentenza delle Sezioni Unite – il giudice accoglie l'interpretazione richiamata, ma nel farlo

²⁴ Punto 4.

²⁵ Punto 5.

²⁶ Vengono richiamate in particolare Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2021, *Bozzini*, Rv. 281501 e Id., 19 gennaio 2021, *Mazzone*, Rv. 281989.

²⁷ Punto 12.

pone un'interessante precisazione: il Collegio asserisce infatti di essere consapevole che una simile lettura ingenererebbe la contraddizione che insorge «laddove viene ammesso l'utilizzo del dato intercettivo rispetto a reato conseguenza di delitto che non ammette intercettazione», ovvero sia quella segnalata dai critici della sentenza *Cavallo*, sottolineando che «trattasi di effetto necessitato allo stato dell'interpretazione la cui incongruenza già è stata portata all'attenzione della Corte di legittimità e risolta nei termini indicati»²⁸.

In realtà, il fatto che si tratti o meno di contraddizione rimane un punto rilevante - e non particolarmente approfondito - non foss'altro che una contraddizione interna al sottosistema legislativo potrebbe esser ben passibile di pronuncia d'illegittimità costituzionale, essendo il principio sancito all'art. 3 Cost. «il fondamento della inammissibilità della contraddizione interna della legge»²⁹.

Ebbene, sarebbe veramente opinabile che le Sezioni Unite, declamando di orientare la propria lettura alla luce dell'interpretazione sistematica, guardando alla *ratio* delle disposizioni e ai principi costituzionali³⁰, finissero per trarre norme autocontraddittorie sul piano applicativo.

Prima di entrare nel merito delle critiche mosse a questa ricostruzione e alla loro sostenibilità, è opportuno un breve *incursus* sul quadro costituzionale nel quale la questione si colloca.

4. *Lo statuto costituzionale della libertà di comunicazione e la questione delle intercettazioni.* Fra i diritti fondamentali espressamente contenuti nel testo costituzionale, la libertà riconosciuta dall'art. 15 Cost. è veramente peculiare, essendo delineata attorno al dipolo libertà-segretezza: «la corrispondenza», ebbe a scrivere Paolo Barile, «è libera in quanto segreta; è segreta per poter

²⁸ Il Tribunale afferma in conseguenza che nel caso di specie, per il reato-scopo non avente i requisiti di cui all'art. 266 cod. proc. pen. - condotte di finanziamento illecito - «si farà utilizzo dei restanti elementi di prova», pur sussistendo il vincolo di connessione qualificata con il reato di associazione per delinquere (art. 416 cod. pen.), per converso rispondente a tali requisiti.

²⁹ MODUGNO, *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 337 ss.

³⁰ In effetti, muovendo dall'assunto per cui l'interpretazione si conduce partendo dagli enunciati, i quali devono essere collocati *nel contesto linguistico e nella situazione non linguistica* nella quale si inseriscono, è stato sottolineato che «ogni interpretazione di enunciati, almeno e particolarmente di quelli normativi, non può non essere, nel senso detto, sistematica» (MODUGNO, *Interpretazione giuridica. Tomo primo. L'oggetto*, Padova, 2015, 187).

essere libera»³¹. Libertà accompagnata dalle garanzie di una riserva di legge inquadrata dalla Corte costituzionale come assoluta e rinforzata³² e di una riserva di giurisdizione assoluta, declinata in modo tale da escludere qualsivoglia compressione di natura extra-giurisdizionale, incluso l'intervento della polizia³³. Ciò a riprova del fatto che ritenere la libertà di comunicazione sia disciplinata dalla Costituzione in maniera lacunosa e che necessiti di integrazioni tramite analogia con la disciplina delle garanzie relative alle altre libertà che nel catalogo costituzionale la precedono finirebbe per sminuire l'autentico portato garantistico di cui all'art. 15³⁴.

³¹ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 163. Seppure vada osservato che può ancora esservi libertà di comunicazione senza segretezza, risultando tuttavia «una situazione soggettiva estranea all'art. 15 Cost.», rilevando per contro sotto i profili della proprietà del messaggio, del suo rilievo sul piano economico e delle questioni attinenti alla sua diffusione alla luce degli artt. 42, 41 e 21 Cost. (PRINCIPATO, *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, in Benvenuti e Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. Vol. III. I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022, 87 ss.).

³² Corte cost., n. 34 del 1973, punto 2 del *Considerato in diritto*. In questa importante sentenza, la Corte opera infatti un'interpretazione «adeguatrice» della legge (PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*², Padova, 1992, 255) affermando che «il rispetto della norma costituzionale di raffronto non trova soddisfazione solo nell'obbligo della puntuale motivazione del decreto dell'autorità giudiziaria. Altre garanzie sono richieste: a) garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche, in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione; b) garanzie di ordine giuridico che attengono al controllo sulla legittimità del decreto di autorizzazione ed ai limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni sia utilizzabile nel processo».

³³ Com'è noto, quest'assolutezza della riserva di giurisdizione ha fatto avanzare addirittura la proposta di una revisione costituzionale atta a stemperarla (ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 134), essendo stata adottata secondo certe ricostruzioni in assenza di una specifica consapevolezza sul punto da parte dell'Assemblea costituente (BARILE e CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, 1962, 749). A tale ricostruzione si è opposta l'idea che in Costituente si intese ammantare tale libertà di garanzie ulteriori di quelle proprie della libertà personale e di domicilio, in quanto potenzialmente oggetto assai più facilmente di abusi attraverso interferenze esterne (PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, cit., 264).

³⁴ È stato autorevolmente osservato che «la portata, davvero notevole, dell'idea garantista sottesa alla separata formulazione di questo diritto» rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero emergerebbe con nitore dal raffronto tra l'art. 21 Cost. e gli artt. 5 e 10 del *Grundgesetz* della Repubblica Federale Tedesca: i costituenti italiani avrebbero infatti sancito «una disciplina sostanziale di alcune forme di espressione del pensiero», altre rispetto a quelle di cui allo stesso art. 21 (così PACE, *Art. 15*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 13-20*, Bologna-Roma, 1977, 81). Del resto, per cogliere il passaggio garantista con la Costituzione repubblicana basta por mente al fatto che lo Statuto albertino non prevedeva un riconoscimento esplicito di tale libertà, e che nonostante talune leggi ordinarie vi riconnettersero alcune garanzie, ciò finì per legittimare un'invasione del pubblico po-

Ciò che qui rileva è mettere a fuoco le possibilità di compressione di tale libertà previste dal secondo comma dell'art. 15, e come tali limitazioni dovrebbero sostanziarsi nel sottosistema processuale penale. La chiave sta nel chiarire quali siano le *rationes* sottese alle garanzie poste dall'art. 15 e le ricadute di esse sul piano dell'interpretazione e applicazione della legge limitativa di tale libertà.

Sul punto può sinteticamente dirsi che, da un lato, la riserva di legge («con le garanzie stabilite dalla legge»), pur formulata in una maniera giudicata «un po' capziosa»³⁵, implica la necessità costituzionale che ogni ipotesi di compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni sia prevista in astratto dalla legge, con tutti i crismi di cui una legge deve essere provvista affinché essa non si ponga in difformità rispetto alla stessa legalità costituzionale, dovendo dunque risultare ragionevole, non troppo vaga - l'indeterminatezza non è un vizio proprio della sola materia penale³⁶ - e in ogni caso non lesiva di altre norme costituzionali. D'altro canto, quanto alla riserva di giurisdizione («soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria»), è chiaro che l'«atto motivato» richiesto dall'art. 15 Cost. dovrà essere emanato alla luce delle fattispecie limitative previste dalla legge in ossequio alla prima riserva, e riflettendo la determinatezza legislativa con una interpretazione il più possibile 'tassativa' rispetto alle fattispecie limitative della libertà, le quali anche alla luce del principio personalista devono considerarsi eccezioni alla regola della libertà stessa. In altri termini, se la riserva di legge è istituito che può e deve essere letto alla luce della sua funzione di garanzia dei diritti fondamentali³⁷, una interpretazione estensiva della disposizione dovrebbe ritenersi conforme alla *ratio* dell'istituto soltanto nella misura in cui l'estensione stessa si traduca in un rafforzamento delle garanzie, e non in un ampliamento della latitudine delle compressioni ai diritti stessi. In ogni caso, anche al netto di tale, ultimo rilievo, può comunque dirsi che le due tipologie di riserva sono avvinte da un nesso garantistico.

tere in questa sfera di libertà «ogniquale lo richiedessero ragioni di necessità o di urgenza o superiori interessi di regime» (BARILE e CHELLI, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., 746).

³⁵ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 166.

³⁶ La determinatezza e la tassatività sono infatti corollari del funzionamento della riserva di legge, come si evidenzierà più oltre.

³⁷ Seppure sia anche vero che, in uno dei più noti studi sull'istituto, si afferma che la sua funzione primigenia nel contesto delle monarchie costituzionali sarebbe stata anzitutto quella di garantire la separazione dei poteri (FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e profili attuali*, Milano, 1963, ora in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, spec. 15).

Spostando il fuoco dell'analisi sulle tipologie dei limiti alla libertà di comunicazione costituzionalmente ammissibili, in assenza di esplicite indicazioni dal testo le implicazioni sul piano del dover essere ascrivibili alla riserva di legge di cui all'art. 15 Cost. devono esser tratte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. E il Giudice delle Leggi ha ricostruito l'inviolabilità di questa libertà individuandone le possibilità di compressione nell'«inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse»³⁸, oltre al rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione. E un limite così declinato legittima la Corte «a operare un bilanciamento fra i principi costituzionali di volta in volta coinvolti»³⁹.

Del resto, la stessa Corte ha avuto modo di pronunciarsi anche su questioni specificamente attinenti alle intercettazioni, fornendo ulteriori indicazioni alla luce del riconoscimento dell'inviolabilità del diritto in questione nel primo comma dell'art. 15 e delle possibilità di limitazione stabilite dal secondo.

«Nel precetto costituzionale», si legge ad esempio nella nota sentenza n. 34 del 1973⁴⁰, «trovano perciò protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connesso ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale»⁴¹. Il bilanciamento opera proprio alla luce di tali interessi, nel concreto estrinsecarsi della disciplina legislativa in materia di intercettazioni, nella «non raggiungibile varietà del caso concreto»⁴².

Ma la giurisprudenza costituzionale fornisce indicazioni ulteriori in merito all'operatività della riserva di giurisdizione. Ci dice ad esempio che il giudice, nel valutare se autorizzare le intercettazioni, opera un bilanciamento a valle fra i due interessi sopra richiamati, ed «è indispensabile che accerti se ricorrano effettive esigenze, proprie dell'amministrazione della giustizia, che real-

³⁸ Sentenza n. 366 del 1991, punto 3 del *Considerato in diritto*.

³⁹ PINELLI, *Diritto pubblico*², Bologna, 2022, 406.

⁴⁰ Si tratta della prima pronuncia in materia di intercettazioni.

⁴¹ Punto 2 del *Considerato in diritto*. Si veda quanto già rilevato in merito alla nota 10.

⁴² Sentenza n. 644 del 1988, punto 3 del *Considerato in diritto*. L'icastica immagine è ripresa anche da BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, che sottolinea le implicazioni di un tale vincolo fattuale oltre che rispetto all'operato del legislatore, rispetto allo stesso giudizio costituzionale (ivi, 127).

mente legittimino simile forma di indagine e se sussistano fondati motivi per ritenere che mediante la stessa possano essere acquisiti risultati positivi per le indagini in corso». E l'obbligo di motivazione è funzionale a giustificare il «corretto uso del potere» che il giudice esercita nell'operare una simile scelta: è dunque per questa ragione che l'atto giudiziario limitativo della libertà di comunicazione dev'essere connotato da «adeguata e specifica motivazione»⁴³. Non solo. La Corte ha sottolineato che l'art. 15 Cost. garantisce non soltanto la segretezza, ma anche la libertà delle comunicazioni, la quale «risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione di intercettazioni al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati»: di conseguenza, l'uso ulteriore delle risultanze delle intercettazioni in un altro procedimento trasformerebbe l'atto motivato del giudice in «un'inammissibile autorizzazione in bianco», che renderebbe sostanzialmente vano lo stesso obbligo costituzionale di motivazione⁴⁴.

Una deroga al generale divieto di utilizzazione di intercettazioni disposte in un altro procedimento trova infine secondo la Corte una possibilità di deroga, ma alla duplice condizione dell'indicazione tassativa dei casi eccezionali e della perimetrazione dell'eccezione entro i limiti dell'accertamento dei «reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale»⁴⁵.

5. *Sul concetto di 'contraddizione' nel tessuto legislativo.* Tornando ora alle critiche avanzate alla sentenza delle Sezioni Unite, come anticipato, ai fini della nostra analisi prendiamo in considerazione quelle per cui: *i) un simile limite di utilizzabilità non solo non sarebbe previsto sul piano legislativo, ma neppure necessario sul piano costituzionale; ii) l'ipotesi che una stessa risultanza probatoria sia utilizzabile nello stesso procedimento per un reato rispondente ai requisiti di cui all'art. 266 cod. proc. pen. ma non per un reato-scopo allo stesso legato ingenererebbe un'auto-contraddizione del sottosistema normativo*⁴⁶. Si tratta di due piani di critica assai prossimi.

⁴³ Corte cost., n. 34 del 1973, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Corte cost., n. 366 del 1991, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Corte cost., n. 63 del 1994, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶ Gli altri ordini di critiche - il rischio di un'*interpretatio abrogans* del nuovo art. 270 cod. proc. pen. e il non essere la massima incidentalmente pronunciata dalle Sezioni Unite oggetto di rimessione - sono

Ritenere infatti che il limite di utilizzabilità ricondotto dalle Sezioni Unite all'art. 266 cod. proc. pen. rientrerebbe fra quelli generali di ammissibilità, «espressione diretta e indefettibile della riserva di legge assoluta ex art. 15 Cost., che governa la materia delle intercettazioni, e dell'istanza di rigorosa e - inderogabile - tassatività che ne discende»⁴⁷, sposta l'asse della questione sul piano dell'interpretazione conforme a Costituzione. Tant'è che sempre le Sezioni Unite osservano che tanto nell'ipotesi di connessione ex art. 12 cod. proc. pen. (primo orientamento del contrasto che erano chiamate a ricomporre) quanto nel caso di emersione di un nuovo reato nel procedimento iscritto *ab origine* (secondo orientamento), l'utilizzo probatorio delle risultanze di intercettazioni relative a reati non rientranti nei limiti di ammissibilità sostanzierebbe il «surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti», vulnerando gravemente gli interessi tutelati dall'art. 266 cod. proc. pen., che esprime appunto le garanzie di cui all'art. 15 Cost.⁴⁸. È il fatto stesso che si ritenga una lettura di questo tipo il frutto di una necessità costituzionale a far sì che si sia di fronte a una sostanziale operazione di interpretazione conforme, pur senza dichiararlo esplicitamente, ed è proprio questo il punto sul quale le due critiche si saldano: sostenere la necessità costituzionale dell'autonomia dei requisiti per l'autorizzazione e allo stesso tempo causare l'«auto-contraddizione» di cui si è detto, causa a sua volta d'illegittimità costituzionale, assumerebbe quasi le vesti del paradosso⁴⁹. Il punto chiave diventa dunque la verifica della sostenibilità delle due critiche.

È anzitutto necessario intendersi su che cosa sia una «contraddizione» legislativa. Questione che trova il proprio punto di caduta all'interno del discorso intorno alla «validità» - o «invalidità» - degli atti giuridici, «concetto di «relazione» tra l'oggetto o fatto di cui essa è predicata», e dunque fra l'oggetto «e una

stati già oggetto di refutazione dalla stessa Corte di cassazione, fra le altre, nelle citate sentenze *Bozzini* e *Mazzone*.

⁴⁷ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ *Ibidem*. Le Sezioni Unite richiamano qui un passaggio di Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2004, Kolakowska Bozena, in *Riv. pen.*, 2005, 1410, in cui l'art. 266 cod. proc. pen. è inteso come disposizione che pone limiti sostanziali alle compressioni della libertà di comunicazione, appunto in conformità all'art. 15 Cost.

⁴⁹ Tanto più ove si consideri che l'interpretazione conforme è tanto prossima all'interpretazione sistematica da essere stata inquadrata come una sua «naturale evoluzione», segnando con ciò «il trapasso dallo Stato liberale allo Stato costituzionale» (LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta OnLine*, 2012, 29; *contra*, LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007, 6).

norma o regola che lo disciplina e rispetto alla quale può, o può non, essere “conforme”»⁵⁰.

Fra le varie declinazioni della validità delle leggi, seguendo ad esempio la nota tassonomia di Zagrebelsky e Marcenò, sarebbero distinguibili le due macrocategorie dell’«*incostituzionalità*», che implica un vizio della legge «*alla luce di ciò ch’essa deve essere alla luce di altre leggi (le “leggi delle leggi” stabilite nella costituzione)*», e dell’«*arbitrarietà*», che implica un vizio della legge «*alla luce di ciò ch’essa deve essere in quanto legge*»⁵¹. E proprio nel quadro dell’arbitrarietà, gli autori distinguono fra le varie forme della stessa il vizio dell’«*irrazionalità*»⁵², all’interno del quale andrebbe sussunta proprio l’ipotesi della contraddizione legislativa, che si sostanzia nella «*rottura dell’interna coerenza dell’ordinamento giuridico*»⁵³. L’irrazionalità si traduce in una simile tassonomia come un vizio che va alle radici del giuridico, in quanto «ha a che vedere con *l’unità del diritto*, cioè con la possibilità di concepire la congerie di norme che lo compongono come struttura dotata di ordine concettuale, *tenuta insieme dal principio formale di non contraddizione*»⁵⁴.

Del resto, già in epoca prerепublicana Carlo Esposito ebbe a sostenere come «anche una legge per essere valida non debba essere contraddittoria o priva di ogni senso, e non debba avere un contenuto di realizzazione impossibile», e che ciò che in letteratura si andava già da tempo affermando «in materia di atti contraddittori ed impossibili vale coi dovuti mutamenti anche nel campo delle leggi, ed anche in questo caso sarebbe inesatto di sostenere che la impossibilità di attuazione derivante dal contenuto dell’atto renda quest’ultimo solo inefficace e non invalido»⁵⁵. Ci si può a questo punto chiedere se l’ipotesi segnalata dai critici della sentenza *Cavallo* configuri effettivamente una contraddizione.

Invero, puntuali contro-argomentazioni sono giunte proprio con la pronuncia della Cassazione nell’ambito dello stesso ricorso in cui è stata depositata la memoria della Procura generale citata in precedenza, la quale ha ribadito il

⁵⁰ MODUGNO, *Validità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1.

⁵¹ ZAGREBELSKY e MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 160.

⁵² Oltre, com’è noto, all’«*irragionevolezza*» e all’«*ingiustizia*» (ivi, 163).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem* (i corsivi sono nostri).

⁵⁵ ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, 167 ss.

principio affermato dalle Sezioni Unite⁵⁶. Da un lato, la Suprema Corte osserva che in realtà non è stato introdotto alcun limite ulteriore oltre a quelli previsti dall'art. 266 cod. proc. pen., e che semmai si tratterebbe di interpretazione e applicazione della disposizione contenuta nello stesso⁵⁷. Per altro verso, viene sottolineato come il principio di «non dispersione della prova» non potrebbe comunque incrinare le garanzie poste dall'art. 15 Cost. alla libertà di comunicazione, e che il bilanciamento si pone – in ossequio a risalente giurisprudenza costituzionale – fra il diritto fondamentale e l'interesse a prevenire e reprimere i reati. La pronuncia è, su quest'ultimo punto, perentoria: «Lo sbarramento, stabilito per la legge, attraverso il divieto di intercettazione per tutti i reati non rientranti nei limiti prestabiliti, è invalicabile e rappresenta un parametro imprescindibile per evitare che il mezzo di prova violi il segreto di comunicazioni per le quali non potrebbe essere consentito». Infine, si controargomenta nel senso che la prospettata violazione dell'art. 3 Cost. è questione manifestamente infondata, in quanto la disciplina processuale diversificherebbe fra reati differenti in maniera ragionevole, riflettendo un congruo bilanciamento fra interessi costituzionali⁵⁸.

Alle argomentazioni contenute nella sentenza n. 1757 del 2021 si potrebbero aggiungere alcune osservazioni.

⁵⁶ Cass., Sez. V, 15 gennaio 2021, n. 1757, Rv. 280326-02.

⁵⁷ Punto 6.5.1 del *Considerato in diritto*. Qui la Suprema Corte richiama per la verità il giudizio dell'operazione interpretativa della sentenza *Cavallo* come «piana applicazione» dell'art. 266 cod. proc. pen., formulato in letteratura da ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sistema penale*, 30 gennaio 2020.

⁵⁸ Punto 6.5.2 del *Considerato in diritto*. È interessante riprendere uno dei vari sotto-argomenti della Corte, più importante di quanto non possa sembrare nell'ottica di un giudizio sulla razionalità della legge, poiché guarda proprio alla coerenza del sottosistema normativo: «il sistema processuale italiano», precisa la Cassazione, «conosce varie situazioni nelle quali le prove seguono regimi di utilizzabilità diversi all'interno del medesimo procedimento e addirittura per il medesimo reato». Affermazione cui accompagna gli esempi delle regole di utilizzabilità dei verbali di prove di altri procedimenti che si legano a manifestazioni di volontà financo differenti degli imputati (art. 238, comma 4, cod. proc. pen.), oltre che della diversificazione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali nei confronti dell'imputati che si sia sottratto all'esame e che però le abbia rese, dei coimputati che invece abbiano prestato consenso all'utilizzabilità *erga alios* e dei coimputati che invece non lo abbiano prestato (art. 513 cod. proc. pen.). In questi esempi, sottolinea la Corte di cassazione, le risultanze processuali possono ben divergere, financo a risultare opposte, «senza che per questo possa ritenersi leso il principio di uguaglianza o bollarsi come contraddittorie le regole dettate dal codice di rito».

6. *Ragione e ragionevolezza*. La conformità alle garanzie specificamente previste dall'art. 15 Cost., relative a un diritto fondamentale, si colloca su un piano al contempo logicamente priore e assiologicamente poziore rispetto a eventuali, specifiche problematiche interpretative e applicative del tessuto legislativo ordinario; problematiche che non necessariamente si sostanziano in contraddizioni – dal che ne deriverebbe verosimilmente un vizio in grado di ingenerare l'invalidità della legge – se non guardando a simili ipotesi attraverso una lente ermeneutica guidata da una precomprensione per cui ad essere accettabile addirittura in termini di legittimità costituzionale sarebbe solo un'assoluta, perfetta razionalità.

Al contrario, il canone della ragionevolezza rappresenta la traslazione nel giuridico della ragione sufficiente⁵⁹, è una forma di «ragione attenuata»⁶⁰, un concetto più ampio ed elastico; mentre il giudizio di ragione (razionale) «consegue (o cerca di conseguire) *la certezza, il vero*», il giudizio di ragionevolezza «consegue (o cerca di conseguire) *la probabilità, il verosimile*»⁶¹. In questo quadro, «*un bilanciamento tra principi costituzionali diversi (che positivizzano valori) e che implicano diritti e interessi costituzionalmente protetti, è proprio, connaturale, si direbbe, alla funzione legislativa*»⁶².

Nel caso di specie, l'individuazione di un indice legislativo che funge da discriminare impedendo, in talune peculiari circostanze, di utilizzare le risultanze probatorie di intercettazioni la cui disposizione è stata autonomamente autorizzata alla luce di un fatto di reato rientrante nelle ipotesi di cui all'art. 266 cod. proc. pen. anche rispetto al reato-scopo – non rispondente a detti requisiti – è semplicemente il frutto di un ragionevole bilanciamento fra la necessità costituzionale di legare ogni singola compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni a un'autonoma legittimazione di essa attraverso la legge che soddisfa la riserva posta dall'art. 15 Cost., e dall'altro il più generale interesse all'accertamento dei reati e delle relative responsabilità. Il fatto che un

⁵⁹ MODUGNO, *Ragione e Ragionevolezza*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo I. Ragione, ragionevolezza, esperienza (esperimento), dimensione oggettiva e storica della ricerca scientifica e giuridica*, Atti del Convegno di Studi, a cura di Cerri, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007, 12 ss.

⁶⁰ MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 63.

⁶¹ MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 16. L'insigne Autore chiarisce infatti che «la differenza tra il giudizio di razionalità (inteso come giudizio di ragione apodittica) e giudizio di ragionevolezza» si sostanzierebbe proprio in ciò: «il primo non ammette soluzione alternativa tra il vero e il falso, mentre il secondo l'ammette» (ivi, 33 ss.).

⁶² MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 33.

simile bilanciamento legislativo sia ‘ragionevole’ implica d’altro canto la necessità di sacrificare una struttura legislativa perfettamente inquadrata in una prospettiva razionalmente orientata alla più ampia tutela di un solo, specifico interesse o valore, al fine di salvaguardare un contenuto minimo, costituzionalmente necessario, di tutti gli interessi e valori sottesi alla stessa scelta legislativa.

Se di ‘contraddizione’ si vorrà dunque discutere, l’importante è che si scinda il piano della perfetta razionalità, per definizione estranea a una legislazione ordinaria e a una correlativa interpretazione della stessa nel quadro di una superiore costituzione aperta e per principi⁶³, da quello della ragionevolezza, che non soltanto è ad essa sottesa, ma costituisce su un piano più ampio uno degli elementi più caratterizzanti di una democrazia costituzionale, se non addirittura – secondo alcune ricostruzioni – il suo più forte fattore di legittimazione⁶⁴ o di ordine e integrazione politica⁶⁵.

È in tal senso interessante richiamare un condivisibile passaggio argomentativo delle Sezioni Unite nel caso *Cavallo*, in cui si afferma che «l’indiscriminato, in quanto svincolato dall’osservanza dei limiti di ammissibilità previsti dalla legge, allargamento dell’area dei reati per i quali... sarebbero utilizzabili i risultati delle intercettazioni incrinerebbe il bilanciamento tra i valori costituzionali contrastanti»⁶⁶.

In effetti, se la libertà garantita dall’art. 15 Cost. può subire compressioni solo eccezionali e comunque individuate con elevata precisione alla luce delle riserve di legge e di giurisdizione, è evidente che il bilanciamento legislativo con l’interesse all’accertamento dei reati trova il proprio punto di caduta proprio in queste tassative eccezioni. Aggirare il carattere tassativo delle compressioni

⁶³ Del resto, «in democrazia nessuno, nemmeno la Corte costituzionale, è investito del compito di stabilire una volta per tutte il significato della costituzione. In questo senso *anche l’organo titolare dell’ultima parola è parte di un processo interpretativo sempre aperto*. In questo senso si comprende perché *il diritto per principi*, che *sarebbe impensabile in presenza di canoni predeterminati di interpretazione*, non potrebbe d’altra parte svilupparsi all’ombra di un tempio popolato da sommi sacerdoti» (PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Sociologia*, 3, 2010, 143, i corsivi sono nostri).

⁶⁴ D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 441, il quale afferma che in una democrazia pluralista l’ordinamento «trova nella ragionevolezza il proprio principio architettonico e l’imprescindibile condizione per la propria esistenza».

⁶⁵ MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 35; ID., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 130 ss. Com’è noto, l’A. citato ritiene lo stesso bilanciamento sussunibile nel più ampio *genus* della ragionevolezza.

⁶⁶ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

nelle ipotesi di intercettazioni ordinarie *ex art. 266* cod. proc. pen. ‘relativizzando’ un elenco di specifiche eccezioni finirebbe dunque inevitabilmente per alterare un simile bilanciamento, spostandone l’asse verso il secondo interesse e riducendo le garanzie *ex art. 15* Cost.

Peraltro, anche l’altra critica mossa dalla Procura generale intorno alla introduzione per via giurisprudenziale del limite individuato dalle Sezioni Unite, accompagnata dal rilievo dell’asserita non necessarietà costituzionale, è difficilmente condivisibile.

Si è prima osservato come l’operazione ermeneutica delle Sezioni Unite fosse molto prossima a un’interpretazione conforme a Costituzione. E tuttavia, ammesso e non concesso che si condivida la tesi della necessità costituzionale della previsione di questo limite, non sembra affatto che il campo semantico della disposizione di cui all’art. 266 cod. proc. pen. («L’intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati...») sia stato violato nell’estrapolazione della norma dell’«autonoma intercettabilità». Il modo deontico dell’enunciato implica infatti un divieto di disporre intercettazioni in assenza dei presupposti ivi elencati⁶⁷. In tal senso, una lettura come quella delle Sezioni Unite, a suo modo rigida ma pedissequamente, strettamente ‘appoggiata’ sul modo deontico di un enunciato che *non consente* le intercettazioni in mancanza di certi requisiti, dovrebbe suscitare assai meno dubbi, in

⁶⁷ Invero – giova sottolinearlo, nonostante la precisazione sia prossima al pleonasmio – il fatto che si accolga la distinzione dogmatica fra disposizione e norma (imprescindibile il rinvio a CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.), che riflette nel giuridico la distinzione fra ‘significante’ e ‘significato’, non implica affatto che la disposizione ‘non dica nulla’, e che qualsiasi interpretazione sia ammissibile. È stato del resto osservato che proprio nella specifica ottica di ricercare il limite semantico e in particolare il modo deontico della disposizione – ma si badi: soltanto alla luce di tale funzione – l’interpretazione letterale dovrebbe essere un criterio ermeneutico considerato prioro rispetto ad altri. Il punto è infatti che nel caso di violazione del modo deontico dell’enunciato «*una interpretazione contraria alla lettera sarebbe anche contraria allo spirito della legge*» (così, LONGO, *L’immobile freccia. Confutazioni e refutazioni in merito alla distinzione tra disposizione e norma*, in Modugno e Id., *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021, 32). Sul punto, è stato da altri osservato che il giudice «deve poter ricavare norme conformi a Costituzione fin dove l’orizzonte di senso del testo soggetto al processo di interpretazione/applicazione lo consente. Non può sostituirsi al legislatore, ma, presumendo la legittimità costituzionale della scelta politica, può dare un apporto decisivo per far sì che la stessa esprima virtualità normative conformi a Costituzione. Banalmente: il giudice non è strumento dichiarativo della volontà del legislatore, ma nemmeno può essere soggetto capace di stravolgere il voluto che si manifesta attraverso la disposizione. È una questione di misura, è un problema di confini» (RUOTOLO, *L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Consulta OnLine*, III, 2019, 592).

termini di ‘creatività’ giurisprudenziale, rispetto a un’interpretazione che invece le *consentisse* attraverso il ‘grimaldello’ della prima autorizzazione e del legame *ex art. 12 cod. proc. pen.* In definitiva, la lettura delle Sezioni Unite rimane una interpretazione della legge senz’altro sostenibile, traendo una delle norme che il campo semantico dell’enunciato consente di trarre.

In quest’ottica ci appaiono dunque condivisibili alcune autorevoli considerazioni svolte in margine alla sentenza *Cavallo*, per le quali una simile interpretazione costituisce «una piana applicazione della legge, senza che nemmeno si debba scomodare l’art. 15 Cost., posto che l’art. 266 c.p.p. vieta l’impiego di questo mezzo di indagine per i reati che non superino una soglia minima di gravità»⁶⁸. Peraltro, si è pure osservato che «L’autorizzazione non è un *passerpartout* per disapplicare, una volta che sia stata concessa, i limiti stabiliti in via generale. Il fatto che il segreto delle comunicazioni sia stato legittimamente infranto non implica che ogni forma di tutela sia per ciò stesso venuta meno, e che il diritto inviolabile non necessiti più di essere garantito in relazione agli ulteriori sviluppi dell’indagine»⁶⁹. Osservazioni che, da un lato, riflettono una valorizzazione del campo semantico dell’enunciato, e dall’altro una visione per così dire proporzionalistica⁷⁰ del trattamento garantistico della libertà di comunicazione. Non solo. Si è inoltre opportunamente osservato, capovolgendo la critica relativa all’asserita auto-contraddittorietà del sistema ingenerata da quest’interpretazione, che sarebbe proprio il mancato accoglimento di una simile lettura a ingenerare irrazionalità, in quanto si incorrerebbe nel rischio per cui, «ove l’intercettazione non abbia fornito gli elementi attesi con riferimento ai reati che la consentivano e per i quali era stata autorizzata (e magari per questo motivo destinati all’archiviazione), i risultati finirebbero con l’essere utilizzabili come prova solo per quei reati occasionalmente scoperti che, di per sé, non avrebbero mai potuto legittimare il ricorso all’intercettazione»⁷¹. Esito normativo, evidentemente, non soltanto intrinsecamente irrazionale, ma chiaramente in contrasto con le minime garanzie richieste dinanzi alla riserva di legge posta all’art. 15 Cost.

⁶⁸ ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi*, cit., § 3.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Il che riecheggia sostanzialmente la definizione dei principi data da ALEXY, per il quale essi sarebbero «*optimization requirements*» (*Proportionality and Rationality*, in Jackson e Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, 14).

⁷¹ ILLUMINATI, *op. cit.*, *loc. cit.*

Alla luce di quest'analisi, l'ulteriore critica relativa alla non necessarietà costituzionale del limite dell'«autonoma intercettabilità» perde ogni rilievo nella sua *pars destruens* e si pone in tensione con la legalità costituzionale per la sua - implicita - *pars construens*. Infatti, per il primo verso, la questione non solo si risolve nell'ambito del fisiologico estrinsecarsi dell'interpretazione giuridica, ma sul piano sostanziale traduce nel caso concreto il ragionevole bilanciamento fra interessi costituzionali implicato dall'art. 15 Cost., alla luce del quale, al netto della morfologia della legislazione ordinaria che ne dia attuazione, un certo grado di tassatività delle ipotesi di compressione del diritto fondamentale è comunque richiesto. Per altro verso, non accogliere il requisito dell'«autonoma intercettabilità» rischia di ingenerare esiti ermeneutici non solo intrinsecamente contraddittori - il che già basterebbe a segnarne l'insostenibilità - ma finanche in contrasto con le stesse garanzie costituzionali.

Anche alla luce di tali argomenti, ci sembra dunque da rigettare l'ulteriore critica mossa in letteratura, per la quale l'enucleazione del requisito dell'«autonoma intercettabilità» non sarebbe condivisibile poiché «quando i reati di cui si discute sono già connessi tra loro, alla stregua del primo requisito richiesto dalla S.C. e, dunque, essendo strettamente avvinti, si sottraggono al divieto di “autorizzazioni in bianco”, risulta difficile sostenere l'argomento delle Sezioni Unite, che fa leva proprio sull'esigenza di interpretare con rigore l'autorizzazione originaria delle operazioni di captazione»⁷². L'argomento prova troppo poco.

Ritenere la sussistenza di una connessione forte *ex art. 12 cod. proc. pen.* un requisito di esclusione dell'operatività del divieto di cui all'art. 270 è un'interpretazione possibile alla luce dell'ambiguità della definizione di 'procedimento' nel sottosettore normativo; ma questo non ha nulla a che vedere con l'interpretazione conforme dell'art. 266 cod. proc. pen. avanzata dalle Sezioni Unite, che si ricollega alla ritenuta necessità costituzionale di precisione del precetto che determina la compressione del diritto fondamentale, corollario di una riserva di legge ritenuta assoluta dalla stessa Corte costituzionale. In altri termini, la connessione forte tra procedimenti non basta a ritenere di per sé soddisfatta, nella prospettiva delle Sezioni Unite, la riserva di legge posta dall'art. 15 Cost. Le esigenze di precisione dalla stessa implicate

⁷² VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi*, cit., 183.

si traducono infatti nell'operatività del principio di determinatezza rivolto al legislatore nella previsione delle ipotesi di compressione dei diritti fondamentali, e marcano la preferibilità verso interpretazioni delle disposizioni nei casi concreti da parte del giudice auspicabilmente improntate al principio di tassatività, stante il carattere eccezionale delle restrizioni a un diritto fondamentale e il particolare grado di invasività sullo stesso del ricorso a intercettazioni⁷³. In ogni caso, l'interpretazione meno tassativa conduce a conseguenze irrazionali, ragion per cui la scelta ermeneutica delle Sezioni Unite risulta, per così dire, necessitata.

7. Determinatezza, tassatività, dinamica dei bilanciamenti. È stato autorevolmente sottolineato come «anche fuori dalla materia penale – dove, quindi, non sarebbe possibile invocare la determinatezza come principio autonomo dalla riserva di legge, ricavabile implicitamente dall'art. 25, 2° co., Cost. – la Corte costituzionale esamina se i poteri conferiti al giudice siano così ampiamente discrezionali da contrastare con la riserva di legge disposta nella materia... Determinatezza e tassatività non sono, dunque, principi diversi ed autonomi rispetto alla riserva di legge, ma il suo modo di operare nei confronti degli atti concreti»⁷⁴.

Se così è, anche alla luce di un'assiologia costituzionale che vede «la persona al centro»⁷⁵, è senza dubbio preferibile⁷⁶ che il verso dell'*estensione* in fase in-

⁷³ Che è l'argomento alla luce del quale Giuliano AMATO aveva osservato già nel 1977 che il caso – al tempo astrattamente ipotizzabile – dell'ispezione domiciliare compiuta con apparecchi all'insaputa del domiciliato avrebbe dovuto essere ricondotto proprio nella disciplina di cui all'art. 15, e non in quella meno garantista di cui all'art. 14, terzo comma, Cost. (Art. 14, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 13-20*, Bologna-Roma, 1977, 79). Sul punto, osserva PINELLI, *Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di Stato"*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 75 come già cinquant'anni fa fosse ben presente nel dibattito la consapevolezza della dimensione problematica dell'individuazione delle garanzie costituzionali limitative delle ingerenze del pubblico potere «negli spazi di libertà» propri del domicilio e delle comunicazioni; problema il cui peso sarebbe stato destinato a ricadere soprattutto sulle spalle della giurisprudenza.

⁷⁴ CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 7 (il terzo corsivo è nostro).

⁷⁵ CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in *Astrid-online*, Relazione presentata al Seminario di Astrid *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, Roma, 5 marzo 2009, 6.

⁷⁶ Parliamo di 'preferibile' in quanto è sempre necessario verificare, caso per caso, quando l'opzione legislativa e la sua interpretazione giurisdizionale non rispondano più alla 'logica del probabile' rispetto alla compressione dei diritti fondamentali. Finché dalle disposizioni si traggano norme 'ragionevoli' e comunque non in contrasto con la legalità costituzionale, è quasi pleonastico sottolineare come i giudici, nella loro latitudine interpretativa, non possano sentirsi vincolati a una lettura piuttosto che a un'altra,

interpretativa di una disposizione che traduce un bilanciamento tanto delicato sia rivolto all'ampliamento delle garanzie, piuttosto che alla loro restrizione. Ma il punto necessita evidentemente alcune precisazioni.

La disposizione di cui all'art. 15 Cost. è, nella giurisprudenza costituzionale, interpretata come un principio, e «*un principio non tutela mai un singolo valore, ma sempre un assetto di valori*», al punto che può dirsi che «*i principi sono sempre il risultato di un bilanciamento, sono sempre rappresentativi di una gerarchia di valori*»⁷⁷. In tal senso, l'assenza nell'ordinamento costituzionale italiano di una generale scala assiologica rigidamente predefinita (*Wertordnung*) non esclude affatto che vi siano «istanze di valore» che hanno «un pregio maggiore di altre», e che possa dunque emergere, in conseguenza, «una serie di micro-gerarchie che determinano la forma assiologica dei vari principi»⁷⁸.

Ora, l'individuazione nella disposizione di una riserva di legge assoluta, cui si lega – come evidenziato poc'anzi – un'esigenza di determinatezza nella legislazione e di conseguente tassatività nell'interpretazione, restituisce l'immagine di un bilanciamento fra libertà di comunicazione e interesse all'accertamento e alla repressione dei reati che può, alla luce della Costituzione, reggersi soltanto alla condizione di fattispecie legislative limitative del primo valore definite con una ragionevole precisione⁷⁹. Il che restituisce chia-

purché l'interpretazione si mantenga entro il perimetro del «carapace semantico» da cui una disposizione «non può evadere senza diventare altro da sé» (GIOSTRA, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del distretto di Ancona*, consultabile in *Dir. pen. cont.*, 2014, 4).

⁷⁷ LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi ed ipotesi*, Napoli, 2007, 372.

⁷⁸ LONGO, *Tempo, interpretazione, costituzione. Vol. I. Premesse teoriche*, Napoli, 2016, 239-240. L'Autore riprende qui un concetto, quello di micro-gerarchia assiologica, in precedenza sviluppato da BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 658, il quale individua nella teoria dei valori costituzionali «una tecnica ricostruttiva e interpretativa della Costituzione: una tecnica che, lungi dal sovrapporre una propria gerarchia culturale a quella espressa dalle disposizioni costituzionali, presuppone che ciascuna norma consista in una particolare gerarchia di valori relativa ad una determinata materia».

⁷⁹ A proposito della libertà di comunicazione e delle libertà ad essa contigue come quella di domicilio, riflettendo sulla loro dimensione assiologica non si è mancato – invero già da qualche anno – di registrare una duplice tendenza, da un lato teorica, dall'altro pratica: sul piano teorico, la sussunzione nel campo del valore 'riservatezza' di una moltitudine di diritti, anche costituzionali, che prima non si tendeva a ricondurre a unità; sul piano pratico, proprio questa tendenza a ricercare una matrice unitaria attraverso un ampio utilizzo di analogia e interpretazione sistematica avrebbe ampliato il significato ascrivito al valore della riservatezza, fino ad avvicinarlo con un autentico «*slittamento di senso*» – e con tutti i *caveat* del caso – al concetto anglosassone di *privacy*. In questi termini, LONGO, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, in *Giur. cost.*, 2002, 2212 ss.

ramente l'idea di una micro-gerarchia, perché la positivizzazione assiologica posta dal principio - per come interpretato dalla Corte costituzionale - inquadra la libertà come regola e la limitazione della stessa come tassativa eccezione.

In questo quadro, l'ampliamento per via ermeneutica dell'elenco tassativo delle ipotesi di compressione del diritto fondamentale altera inevitabilmente un simile bilanciamento in un verso opposto rispetto a quello individuato dal principio costituzionale. È proprio per questo che il tentativo di legittimare una simile operazione ermeneutica, pur adducendo come argomento l'implementazione di altri 'principi' costituzionali - ma sarebbe più congruo riferirsi a 'valori' o 'interessi'⁸⁰ - variamente individuati, piuttosto che a un'interpretazione della legge conforme a Costituzione (*verfassungskonforme Auslegung*) appare assai più prossimo all'opposta operazione dell'interpretazione di un principio costituzionale alla luce della legge (*gesetzeskonforme Auslegung*)⁸¹.

Tra l'altro, lo si è più volte evidenziato, una interpretazione che non assumesse l'«autonoma intercettabilità» come requisito costituzionalmente necessario potrebbe ben essere rispettosa del campo semantico di cui all'art. 266, com-

⁸⁰ Il che, evidentemente, varia a seconda della prospettiva teorica adottata. Di fatti, non tutti concordano nell'individuare l'oggetto dei bilanciamenti nei valori, opponendo a questa ricostruzione la teorica del bilanciamento degli interessi in cui la categoria del valore sembra dissolversi in quella di interesse e in cui il bilanciamento può addirittura prescindere da un necessario riferimento al testo costituzionale, giungendo tuttavia in tal modo all'esito di ammettere addirittura come possibile la soccombenza di interessi individuati in norme costituzionali rispetto a interessi tratti da norme non costituzionali. In quest'ultima prospettiva, inquadrata in una teoria «debole» della Costituzione, uno dei suoi più autorevoli propugnatori, BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 154 ss., ha del resto riconosciuto la difficoltà di fugare l'impressione che il bilanciamento degli interessi, applicato ad una problematica così intimamente legate - consustanziale, verrebbe da dire - al diritto costituzionale, come le libertà e i diritti fondamentali, comprometta ogni significato della Costituzione: in termini di prevalenza gerarchica nel sistema delle fonti, in termini di decisione o accordo fondamentale politico-istituzionale, in termini di garanzia stabile degli individui, e sotto ogni altro profilo in cui venga in considerazione la circostanza per cui un ordinamento sociale si è dotato di una legge fondamentale scritta»; l'Autore citato cerca di bilanciare questo esito asserendo che il testo si porrebbe «come linea ultima di difesa della regolarità del gioco, linea della cui presenza ci si deve accorgere solo nel momento in cui viene varcata», e dunque, in ultima analisi, «le regole costituzionali sono in uno stato di semiquiescenza, perché il gioco politico si svolge nel loro sostanziale ed implicito rispetto». In un'altra prospettiva, LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 115 osserva che se pure si possa assumere come verosimile che «oggetto concreto delle operazioni di bilanciamento siano degli *interessi*, è altrettanto verosimile che il *criterio* di composizione di tali interessi sia un assetto di *valori*», i quali rappresentano «*il canone ideale* (e per ideale si intende semplicemente un'istanza cognitivamente priore) *ai sensi del quale si risolve un conflitto materiale*».

⁸¹ Su cui si veda, quanto alle varie forme che il fenomeno assume, BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 19 ss.

ma 1, cod. proc. pen., ma condurrebbe a conseguenze costituzionalmente inaccettabili in termini di contraddizione legislativa e, a catena, di rispetto delle stesse garanzie costituzionali.

Resta a questo punto da chiedersi in che termini queste riflessioni mantengano una loro validità in relazione al nuovo art. 270, comma 1, cod. proc. pen. dopo la novella del 2020.

8. *La dubbia legittimità costituzionale della novella del 2020.* L'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. è stato modificato dalla legge n. 7 del 2020 (che ha convertito con modifiche il decreto-legge n. 161 del 2019) in questi termini:

I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino *rilevanti e indispensabili* per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1⁸².

Entrare nel merito della relazione fra la novella e la sentenza delle Sezioni Unite implica una minima premessa su queste interpolazioni, in quanto l'intero discorso riposa proprio sulle possibilità interpretative alle stesse ascritte.

Va anzitutto osservata, sia pur incidentalmente, la marginalità dell'introduzione del requisito della rilevanza, da più voci ritenuta di dubbia incidenza sulla portata precettiva del tessuto legislativo alla luce del suo accompagnarsi al più restrittivo concetto d'indispensabilità⁸³.

In secondo luogo, guardando alla parte della sentenza delle Sezioni Unite relativa alla declinazione del sintagma «procedimenti diversi», che si traduce nell'adesione alla soluzione giurisprudenziale «di compromesso»⁸⁴ sulla nozione di 'stesso procedimento' - pur con le precisazioni di cui si è detto - e dunque la ricerca di una *via media* fra l'approccio più marcatamente sostanzialista e quello più formalista, non sembra che la novella del 2020 abbia por-

⁸² In corsivo le interpolazioni apportate.

⁸³ Si vedano ad esempio, fra gli altri, DELLA TORRE, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, in *Diritto di internet*, suppl. al fasc. 3, 2020, 96, NATALI, *I limiti del divieto ex art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi*, in *Cass. Pen.*, 2020, 1912 e VALENTINI, *Un rompicapo senza fine*, cit., 299.

⁸⁴ VALENTINI, *op. cit.*, 305.

tato con sé un'incidenza significativa. Al netto della differente formulazione della disposizione di cui al comma 1 dell'art. 270 cod. proc. pen. rispetto a quanto previsto con la riforma del 2017, il persistente riferimento non a procedimenti, ma a «reati diversi» contenuto nel comma 1-*bis*⁸⁵ in relazione all'utilizzabilità delle risultanze di intercettazioni fra presenti operate con captatore informatico rappresenta infatti un significativo argomento a favore di opzioni interpretative differenti da quella che, ai fini della nozione di 'stesso procedimento', equipara 'procedimento' e 'reato'; opzione del resto non condivisa dalle Sezioni Unite anche alla luce di quest'argomento, nonostante il comma 1-*bis* nella differente formulazione allora prevista dall'art. 4 d.lgs. n. 216 del 2017 non fosse all'epoca ancora entrato in vigore⁸⁶. Di conseguenza, nonostante non si possa aprioristicamente escludere che la modifica del comma 1-*bis* condurrà in futuro all'adesione a una diversa opzione interpretativa da parte della Cassazione, conveniamo con chi ha ritenuto che in realtà questa parte della sentenza delle Sezioni Unite conserva verosimilmente una sua attualità anche a seguito della novella del 2020⁸⁷.

Più complesso è invece il discorso relativo all'intreccio fra la novella del 2020 e il requisito dell'«autonoma intercettabilità», autentico portato garantistico della sentenza *Cavallo*. Il che impone però di fare un passo indietro, e di vagliare brevemente le due principali ipotesi interpretative prospettate in merito alle modifiche apportate all'art. 270, comma 1.

⁸⁵ «Fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-bis».

⁸⁶ Si veda il punto 10 del *Considerato in diritto* della sentenza, dove si legge che «la stessa equazione procedimento/reato è smentita, proprio sullo specifico terreno della disciplina delle intercettazioni, dal comma 1-*bis* dell'art. 270 cod. proc. pen.», il quale al netto dei differimenti nell'entrata in vigore prevedeva che i risultati di intercettazioni operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile «non possono essere utilizzati come prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza». Si legge dunque nel passo richiamato che «il significato normativo del riferimento al "reato" e non già al "procedimento" è volto a distinguere il regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni» e che soltanto nel caso delle intercettazioni operate con captatore informatico e non per quelle «tradizionali» «tale regime viene (a parte i casi di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza) delineato con riguardo al "reato" per il quale è intervenuto il provvedimento autorizzatorio: distinzione, questa, che, smentisce il presupposto sul quale si basa il terzo orientamento», ovvero sia quello che equipara il concetto di 'stesso procedimento' a quello di 'stesso reato'.

⁸⁷ VALENTINI, *op. cit.*, 306.

Com'è stato osservato, l'intera questione ruota infatti intorno all'individuazione del significato da ascrivere alla congiunzione «e». Un conto è infatti ascrivere ad essa un valore condizionale, tale per cui prescriverebbe che l'utilizzabilità di intercettazioni disposte in un procedimento diverso sia subordinata al fatto che i delitti che con esse si intendano accertare rientrino nella categoria dei delitti per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza e siano ricompresi fra i reati di cui all'art. 266, comma 1, cod. proc. pen.; un altro è ritenere che le risultanze delle intercettazioni siano utilizzabili nel caso in cui i reati che si mira ad accertare siano riconducibili ad almeno una delle categorie indicate, e cioè ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza o elenco di cui all'art. 266, comma 1. Letture che peraltro si prestano a ulteriori precisazioni sul piano dell'ascrizione di significato, con esiti financo opposti sul piano del grado di condivisione - o non condivisione - degli apprendimenti giurisprudenziali maturati con la sentenza delle Sezioni Unite tanto rispetto alla prima quanto rispetto alla seconda⁸⁸.

In realtà, convincenti argomentazioni relative alla lettera della disposizione e a una lettura sistematica della stessa nell'ambito del sottosettore normativo inducono a ritenere che l'interpretazione più corretta - rispetto, si badi, al quadro legislativo di riferimento - sebbene non anche la più garantista, sia proprio la seconda⁸⁹. Stando così le cose si è pure osservato che le conseguenze cui una simile soluzione conduce risultano «alquanto stravaganti», vista la sostanziale equiparazione del regime previsto l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni disposte nel medesimo procedimento e di quello relativo a intercettazioni relative a procedimenti diversi, al netto ovviamente del requisito dell'indispensabilità⁹⁰. E sempre in questo quadro non desta stupore che si sia dubitato della permanente attualità della parte della sentenza delle Sezioni Unite per cui deve sempre sussistere il requisito dell'«autonoma intercettabilità» e, conseguentemente, della stessa legittimità costituzionale della nuova disciplina⁹¹. Del resto, come abbiamo evidenziato, l'affermazione per cui ogni nuovo reato debba rispondere alle condizioni di cui all'art. 266, comma 1, cod. proc. pen. risponde alla necessità costituzionale espressa dalla riserva di

⁸⁸ Acuta in tal senso l'analisi di NATALI, *I limiti del divieto ex art. 270 c.p.p.*, cit., 1912 ss.

⁸⁹ Si veda, ad esempio, PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sistema penale*, 2 marzo 2020, par. 4.

⁹⁰ NATALI, *op. cit.*, 1913. Un requisito, quello dell'indispensabilità, che si è peraltro giudicato «ampiamente svuotato a livello giurisprudenziale» (così, ancora, VALENTINI, *op. cit.*, 307).

⁹¹ VALENTINI, *op. cit.*, 308.

legge di cui all'art. 15 Cost. e dai principi di determinatezza e tassatività alla stessa ancillari. In altre parole, la tensione con la legalità costituzionale – non in discussione in merito alla disposizione relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni disposte nello stesso procedimento – sorgerebbe in relazione alle condizioni cui le eccezioni al divieto di utilizzabilità di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. dovrebbero soggiacere, perché nel caso di delitti per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza verrebbe così meno il requisito dell'«autonoma intercettabilità» e viceversa, il che significa che la sola «autonoma intercettabilità» giustificerebbe una deroga non più eccezionale al divieto di utilizzabilità delle intercettazioni provenienti da altri procedimenti. Argomentando in merito, si è invero osservato che lo stesso esito di una questione di legittimità costituzionale non sarebbe neppure scontato⁹², anche alla luce della tendenza alla progressiva espansione tanto del novero dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza quanto di quelli autonomamente intercettabili⁹³, tenuto pure conto del fatto che una pronuncia della Corte costituzionale non basterebbe a eliminare ogni profilo di irrazionalità della disciplina⁹⁴.

Ebbene, pur condividendo il rilievo per cui la soluzione ottimale risiederebbe in un nuovo intervento legislativo, il fatto che si consideri questo «l'unica strada idonea a rabberciare questa regolamentazione»⁹⁵ non vale però a superare ogni argomento circa l'opportunità di un intervento della Corte costituzionale, preso atto che le potenzialità interpretative del testo rendono un'interpretazione conforme improbabile.

Essendo in gioco la garanzia dei diritti fondamentali di persone sottoposte a procedimento penale, riportare almeno per questo aspetto la disciplina delle intercettazioni in una dimensione di ordine – e dunque di almeno tendenziale prevedibilità nell'esercizio del pubblico potere – sarebbe non solo quantomai opportuno, ma in una prospettiva di *dover essere* anche costituzionalmente

⁹² MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 cpp al crocevia fra interpretazioni giurisprudenziali ed interventi normativi*, cit., 28, richiamandosi ad alcune più risalenti riflessioni di MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. Pen.*, 2008, 4840 ss., sposta ad esempio il baricentro della ricerca di una soluzione sull'interpretazione del richiamo all'art. 266 cod. proc. pen., inteso non solo nel senso del riferimento esclusivo all'elenco ivi contenuto ma anche nel senso di richiedere la sussistenza di «gravi indizi di reato».

⁹³ Così ancora VALENTINI, *op. cit.*, 309.

⁹⁴ *Ivi*, 310.

⁹⁵ *Ibidem*.

necessario. Il fatto che la deroga eccezionalmente prevista al divieto di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. non si mantenga più «entro i precisi confini della stretta necessarietà della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico primario che la giustifica»⁹⁶ ingenera infatti una fortissima tensione con la legalità costituzionale⁹⁷ rispetto a una libertà inviolabile e – pleonastico sottolinearlo – primario compito del Giudice delle Leggi è quello di espungere dall'ordinamento le norme che illegittimamente violano i diritti fondamentali. Peraltro, se è vero che eliminare con una pronuncia tutte le irrazionalità proprie del sottosistema risulterebbe alla Corte impossibile, è altrettanto vero che è risalente l'affermazione per cui essa «non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale»⁹⁸.

In attesa di un'adeguata riforma della disciplina⁹⁹, trattandosi di norme dall'immane incidenza sui diritti fondamentali¹⁰⁰ e versandosi in materia coperta da riserva di legge, una riserva che richiede un'elevata precisione delle disposizioni dal legislatore e una correlativa tassatività dell'interpretazione dal

⁹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 63 del 1994, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁹⁷ Peraltro, spostando l'asse con la compatibilità con la legalità propria del diritto dell'Unione europea e ripercorrendo in particolare alcuni indirizzi della Corte di giustizia in tema di proporzionalità e riserva di giurisdizione, LA ROCCA, *L'art. 270 c.p.p. e la proporzionalità perduta: moniti per un recupero dalla Corte di Giustizia UE*, in *questa Rivista*, 1, 2021, 1 ss. ha evidenziato da un'ulteriore prospettiva quanto ampio e profondo sia lo iato fra essere e dover essere in questa materia, auspicando un intervento delle alte corti per ripristinare la legalità violata.

⁹⁸ Sentenza n. 317 del 2009, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁹⁹ Riferendosi al distinto versante della necessità di un intervento legislativo atto a far sì che le risultanze raccolte dagli inquirenti non siano utilizzate per fini altri rispetto a quelli di giustizia ma con riflessioni valide a marcare una certa difficoltà anche rispetto al versante della disciplina analizzata in queste pagine, osserva GIOSTRA, *La nuova tutela della privacy ovvero l'assai scadente traduzione giuridica di un proponimento indivisibile*, in Id. e Orlandi (a cura di), *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit., 156 che ci sarebbe bisogno di «un legislatore che non insegue il consenso di questa o quella corporazione professionale, lo scandalo dell'ultima vicenda di cronaca, il sensazionalismo di certe trasmissioni televisive, i sondaggi e gli umori dell'opinione pubblica, ma che approfondisse e ponderasse attentamente il bilanciamento dei fondamentali valori in gioco, che operasse le proprie scelte con consapevolezza e con sapienza tecnica: insomma, avremmo bisogno di un "anacronismo" politico, di una maturità culturale e di un'etica civile che sono al di là dell'orizzonte attualmente traguardabile».

¹⁰⁰ Condivisibili sul punto le riflessioni di CAPRIOLI, *Intercettazioni e tutela della privacy nella cornice costituzionale*, in *Cass. Pen.*, 2021, 1141 ss., imperniata intorno alle conseguenze legate all'impiego di intercettazioni, di per sé intrinsecamente lesive dei diritti fondamentali. Intercettazioni, sottolinea l'Autore, la cui disciplina ha peraltro tradizionalmente scontato, in Italia, «un evidente deficit di tipicità» che ha a lungo goduto della disinvolta tolleranza degli interpreti.

giudice, una pronuncia della Corte costituzionale potrebbe rappresentare una soluzione, se non ottimale, quantomeno necessaria.