

ORIENTAMENTI

ALESSANDRO PASTA

Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi

L'interpretazione del primo comma dell'art. 270 c.p.p. ha diviso gli interpreti sin dall'introduzione del codice Vassalli. La disposizione non è formulata in modo lineare, e in essa compaiono termini relativi, che pongono peculiari problemi agli interpreti. L'importanza dei valori in gioco ha contribuito a rendere le dispute ancor più accese. L'autore, dopo aver dato conto dei principali orientamenti esegetici, ne evidenzia i limiti, proponendo una lettura che fa leva sui presupposti impliciti della disposizione, recentemente oggetto di una modifica normativa.

The formalist's lenses and the legislator's silence. On the use of wiretaps to detect crimes different from those for which wiretaps were disposed.

The interpretation of the first subsection of clause 270 Criminal Procedure Code has divided the interpreters of law ever since the Vassalli Code was issued. The clause is not linear, and it features relative terms which pose peculiar problems to the interpreters. The importance of the values involved has contributed to spark a debate. The author, after listing the main exegetical orientations, highlights its limits, proposing an interpretation based on the implicit assumptions of the clause, recently modified by law.

SOMMARIO: 1. Implicito e non detto. - 2. Il disagio dell'interprete innanzi all'implicito. - 3. Una questione non formale. - 4. Due attività da distinguere. - 5. L'implicito fuori dall'ombra. - 6. Rilievi conclusivi.

1. *Implicito e non detto.* Non sempre ciò che un testo legislativo non prevede espressamente, non prevede affatto.

L'art. 441-*bis* c.p.p. stabilisce che nei casi in cui il pubblico ministero modifichi l'imputazione a fronte di un'integrazione probatoria, l'imputato possa chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie. Nessuna disposizione prevede espressamente che, in assenza di un'esplicita decisione dell'imputato, il giudizio continui nelle forme del rito premiale. Eppure nessuno ha mai dubitato che questa sia la norma da seguire¹.

Non esiste ordinamento normativo che non sia «affollato di norme inesprese (che si pretendono implicite) non formulate in alcuna fonte del diritto: norme, insomma, elaborate, “costruite”, dagli interpreti, ma prive di una disposizione corrispondente»².

Secondo una tradizionale distinzione le norme esplicite «presentano uno scarso nullo o minimo rispetto al significato *prima facie* delle disposizioni corri-

¹ Sul tema, v. VIGONI, *La richiesta di giudizio abbreviato: tipologie e sviluppi del procedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1940.

² GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2013, 522.

spondenti»³: «sono il significato di disposizioni, individuato utilizzando le regole linguistiche (ed eventualmente le convenzioni dettate dal diritto positivo e quelle accettate nella cultura giuridica di riferimento) comunemente vigenti nella comunità di riferimento»⁴. Le norme implicite, invece, sono quelle «ricavate per via argomentativa da altre norme esplicite o da altre norme a loro volta implicite: caso tipico di norma implicita è una norma ricavata con un procedimento analogico, oppure la costruzione di un principio inespresso; le norme implicite presentano dunque uno scarto massimo rispetto alle disposizioni di partenza (le quali ultime possono anche, in ipotesi, mancare del tutto)»⁵.

Molti principi di rango costituzionale sono pacificamente previsti in modo implicito: «in nessuna parte la costituzione italiana afferma esplicitamente il principio di pluralismo, eppure questo è generalmente considerato uno dei pilastri del nostro sistema [...]. Da nessuna parte sono menzionati i diritti fondamentali alla libertà di coscienza e alla riservatezza: eppure solo menti stravolte dall'ideologia possono pensare che essi non siano garantiti implicitamente dalla costituzione: sono, in fondo, il presupposto delle altre libertà, e come tale il costituente li ha dati per scontati, per impliciti»⁶.

Naturalmente coloro i quali elaborano norme implicite sono ben consapevoli del ruolo del legislatore e di quello dell'interprete, e «allorché formulano un principio inespresso, non si atteggiavano a legislatori, ma assumono che tale principio sia implicito, latente, nel discorso delle fonti»⁷. Che, poi, sia in effetti così, non è sempre scontato: la «non menzione» in un testo normativo può rivelarsi assai problematica ed è inevitabile che innanzi ai silenzi legislativi alcuni individuino principi che altri proprio non intravedono.

Certo è che in alcuni casi stabilire se dietro al silenzio del legislatore ci sia la consapevole scelta di non regolare una determinata fattispecie, ovvero una dimenticanza, oppure un principio, una specificazione, un presupposto non espressamente enunciato, non è difficile. Talvolta non è nemmeno possibile ipotizzare una disputa interpretativa, tanto è evidente la conclusione a cui tutti sono destinati a giungere.

³ PINO, *Norma giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Pino, Schiavello, Villa, Torino, 2013, 155.

⁴ PINO, *Norma giuridica*, cit., 155.

⁵ PINO, *Norma giuridica*, cit., 155.

⁶ BIN, *Capire la Costituzione*, Bari, 2008, 25. Per altri esempi, v. GUASTINI, *La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di Mazzaresse, Torino, 2002, 197.

⁷ GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 208.

Quando il legislatore, con l'art. 234 c.p.p., ha previsto che «è consentita l'acquisizione di scritti o altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo», non ha avvertito la necessità di specificare la finalità alla quale l'attività era destinata, o il valore degli atti acquisiti. Eppure, sulla base del solo tenore letterale della disposizione, la questione non è banale: in teoria un atto a contenuto probatorio potrebbe essere utilizzato solo come notizia di reato, oppure per adottare un provvedimento nel corso delle indagini preliminari, o come fondamento di una sentenza, o per la sola applicazione di una norma processuale. La collocazione della disposizione nel libro III («prove»), titolo II («mezzi di prova») non ha ovviamente lasciato spazio ad alcun dubbio. Non tutto ciò che si vuole dire, deve essere esplicitamente detto, non tutto ciò che si vuole prescrivere, deve essere espressamente prescritto.

2. *Il disagio dell'interprete innanzi all'implicito.* Un esempio di un principio previsto dal codice in modo implicito, che è stato enunciato anche in modo espresso, è quello della pertinenza della prova⁸.

Quale sia l'oggetto di prova, quali i fatti da investigare e quali gli accadimenti da accertare, viene stabilito sulla base delle disposizioni che si crede possano essere applicate una volta appresa la notizia di reato e, in dibattito, una volta formulata l'imputazione⁹. Quanto stabilisce l'art. 187 c.p.p. quindi non è illogico. È inutile. Nel prevedere l'articolo il legislatore ha dimenticato che è la norma che si ritiene possa essere applicata a «funge[re] da schema qualificativo»¹⁰, che «è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo costituisce "il fatto"»¹¹. Sulla base di questo si determina l'oggetto di prova. Non c'è bisogno di alcuna disposizione che prescriva ciò che non può che essere: che siano «oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza» è prescrizione inestricabilmente connessa alla disciplina del processo penale, istituto che è stato previsto per decidere se sono accaduti i fatti indicati nell'imputazione, se

⁸ Sembrerebbe contraddittorio affermare che un principio implicito sia stato enunciato anche in modo espresso. Correttamente, si sarebbe dovuto dire che il principio nella forma esplicita è stato enunciato solo in relazione a determinate fasi, mentre il principio implicito opera per l'intero arco del procedimento.

⁹ Si riprendono le considerazioni formulate in PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, XLV, nota 80 e 179, nota 106.

¹⁰ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, 1966, Torino, 12.

¹¹ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 69, il quale precisa che la norma «funziona come criterio di selezione, nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione».

l'imputato deve essere punito e, nel caso, con quale sanzione. Che siano «inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante dal reato» quando «vi è costituzione di parte civile» è prescrizione che segue alla scelta legislativa di prevedere la possibilità di cumulare all'azione penale, quella civile. Che, infine, siano «altresi oggetto di prova i fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali» discende direttamente dal concetto di norma, o meglio, di norma che si presume possa mai essere applicata: stabilire una norma e non prevedere (implicitamente o espressamente, poco cambia) la possibilità di accertarne i presupposti, sarebbe bizzarro: significherebbe relegarla nel mondo dell'irrelevanza¹². Ogni norma presuppone la possibilità di accertare la sussistenza dei presupposti in essa indicati, senza alcuna necessità di riconoscere espressamente questa possibilità.

Se si volesse obiettare che l'art. 187 c.p.p. è stato previsto per impedire che gli inquirenti potessero indagare, come a volte si dice, «senza limiti», si potrebbe replicare che questo articolo è un rimedio del tutto inefficace. La conclusione che un pubblico ministero al quale sia giunta una notizia di reato relativa al furto di una bicicletta non sia legittimato a indagare in relazione alla corruzione di un funzionario ministeriale non dipende dalla decisione del legislatore di prevedere l'art. 187 c.p.p., da applicare in via analogica nella fase delle indagini, ma dalla configurazione del processo penale come mezzo di accertamento di quanto previsto dalla legislazione come reato, che nel caso concreto sarebbe un furto e non una corruzione: il criterio di pertinenza è implicito nel sistema. La sua previsione espressa non ha cambiato nulla. O meglio, ha creato confusione, perché è stato formulato in relazione a determinate fasi del procedimento (quelle in cui esiste un'«imputazione»), inducendo taluni interpreti a credere che non valesse per la fase per la quale non era stato espressamente previsto¹³ (sulla base dell'argomento *a contrario* produttivo di una

¹² È difficile sostenere che se fosse mancato il secondo comma dell'art. 187 c.p.p., non sarebbe stato possibile depositare il certificato medico che giustifica l'impedimento del difensore. È il quinto comma dell'art. 420 *ter* c.p.p., non il secondo comma dell'art. 187 c.p.p., a rendere oggetto di prova il fatto che configura il legittimo impedimento.

¹³ A proposito della disputa interpretativa relativa all'applicabilità del criterio nella fase delle indagini, fin dai primi commenti sul codice Vassalli si sono formati due orientamenti: da una parte si è affermato che «ove si prescindesse dal requisito della pertinenza, lo sviluppo delle indagini preliminari [...] sarebbe ingovernabile [...] Invece, con la *notitia criminis* si delinea [...] una "imputazione preliminare" [...] idonea a consentire o imporre quella diagnosi di pertinenza - rilevanza che, per sua stessa natura, pretende un giudizio di relazione» (NOBILI, *Commento all'art 187*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, II, 391; F. R. DINACCI, *Le regole generali sulle prove*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, vol. I, *Soggetti. Atti. Prove*, a cura di Spangher, Torino, 2015, 763; GREVI, *Prove*, in, *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Padova, 2016, 284). Dall'altra si è replicato che

norma implicita di contenuto negativo¹⁴). L'espressa previsione dell'articolo ha così avuto come unico effetto una disputa interpretativa che, nelle intenzioni di una parte dei contendenti, avrebbe portato a una restrizione dell'operatività del principio di pertinenza, che è connaturale al processo quanto lo è il concetto di accusa.

L'art. 187 c.p.p. non fa altro che ribadire, per delle fasi del procedimento, ciò che vale per ogni fase del procedimento¹⁵. Come ebbe del resto a dire la Corte costituzionale in una delle sue pronunce più note: «la legge processuale è già ispirata e dominata dal principio (connaturale alla finalità stessa del processo) secondo il quale non può essere acquisito agli atti se non il materiale

«l'art. 187, co. 1, c.p.p., che indica come possibile oggetto di prova – anzitutto – “i fatti che si riferiscono all'imputazione” [...] non si presta affatto ad un'applicazione nella fase delle indagini: queste si svolgono proprio per stabilire se *si debba formulare un'imputazione* (e quale), esercitando l'azione penale [...]; onde nella suddetta fase – appunto – la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero, in esito ad una *notitia criminis*, sono chiamati ad “investigare a tutto campo”, per prendere conoscenza anche di eventuali ulteriori reati e di altri possibili indagati, diversi dall'illecito o dall'indagato riguardato dalla suddetta iniziale notizia» (MOSCARINI, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Torino, 2017, 86-87 (il corsivo è nel testo; SIRACUSANO, voce *Prova*, *III Nel nuovo codice di procedura penale*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani 1991, 12). Che prima dell'esercizio dell'azione penale non sia possibile parlare di imputazione, che l'addebito provvisorio sia suscettibile di essere modificato, che si possa parlare di «fluidità del momento investigativo» (così SCALFATI, voce *Prova (sagoma e sistema)*, in *Digesto del processo penale on line*, Torino, 2013, 15), è sicuro. Ma un conto è sostenere che l'ipotesi che guida il pubblico ministero nella fase delle indagini non sia immutabile, altro è dire che non c'è alcuna ipotesi che guidi le indagini, tracciando i confini di ciò che può essere legittimamente oggetto delle investigazioni, o che non sia possibile, sin dal primo atto d'indagine, individuare temi certamente estranei a esse.

¹⁴ L'argomento *a contrario* «può essere usato sia per colmare una lacuna, sia per crearla. Facciamo un esempio. L'art. 18, 1 co., cost. dispone che “I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente [...]”. Proviamo a domandarci se la costituzione conferisca il diritto di riunione anche agli stranieri o agli apolidi. Argomentando *a contrario* dalla disposizione menzionata, si può rispondere in due modi alternativi. a) Prima risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; dunque gli stranieri e gli apolidi ne sono esclusi. Da questo punto di vista, la costituzione non è lacunosa: conferisce un diritto ad una certa classe di soggetti e, così facendo, implicitamente nega quel diritto ad ogni altro soggetto. b) Seconda risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; ma ciò non significa che gli apolidi e gli stranieri ne siano esclusi. La costituzione, semplicemente, tace in proposito: dunque omette di disciplinare questa fattispecie; insomma, contiene una lacuna. Nell'un caso, l'argomento *a contrario* è usato come argomento produttivo di una norma implicita (di contenuto negativo), e sortisce l'effetto di colmare una lacuna. Nell'altro caso, lo stesso argomento è usato come argomento semplicemente interpretativo, e sortisce l'effetto non già di colmare una lacuna (mediante una norma implicita), ma anzi di metterla in luce, lasciando aperta la possibilità di colmarla in modi diversi» (GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 365).

¹⁵ Il problema è quello consueto: al giurista, che maneggia prescrizioni e opera in un modo immateriale, non appare evidente ciò che risulta ovvio a chi opera nel mondo naturale. Se qualcuno dicesse che «gli uomini sopra i sessant'anni respirano», a nessuno verrebbe in mente di ricavare, *a contrario*, che allora «gli uomini sotto i sessant'anni non respirano» o che «le donne sopra i sessant'anni non respirano», intuendo immediatamente che l'affermazione si limita a descrivere la situazione degli ultrasessantenni, nulla dicendo sulle persone più giovani.

probatorio rilevante per il giudizio»¹⁶. Una disposizione che enunciassero espressamente questo principio, tanto più in relazione a una parte solo del procedimento, non era necessaria.

3. *Una questione non formale.* Moltissime disposizioni stabiliscono in modo implicito condizioni e attività, qualità e presupposti. La disciplina delle intercettazioni telefoniche non fa eccezione.

Nel codice Vassalli è stato previsto che i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali erano state disposte, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (primo comma dell'articolo 270 c.p.p.). Un recente intervento normativo¹⁷, immediatamente successivo a un importante intervento del giudice nomofilattico¹⁸, ha esteso la possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni anche per l'accertamento dei reati indicati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p.

Sul significato della disposizione, gli interpreti si sono sempre divisi.

Secondo un primo orientamento, ampiamente prevalente in dottrina e solo sporadicamente seguito in giurisprudenza¹⁹, il divieto enunciato nell'art. 270 c.p.p. impedirebbe l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli indicati nel decreto di autorizzazione, salvo che per l'accertamento dei delitti per i quali è stata prevista la deroga nell'art. 270, co. 1, seconda parte c.p.p.²⁰.

¹⁶ Corte cost., n. 34 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 316, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

¹⁷ Il primo comma dell'art. 270 c.p.p. è stato sostituito dall'art. 2, co. 1, lett. g) n. 01) d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv., con modif., in l. 28 febbraio 2020, n. 7. Per un commento, v. TABASCO, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in questa *Rivista web*.

¹⁸ Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, in questa *Rivista web*, con nota di SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*; in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2020, con nota di ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*.

¹⁹ Cass., Sez. II, 11 dicembre 2012, Perra, in *Mass. Uff.*, n.253916; Cass., Sez. IV, 11 dicembre 2008, Mucciarone, in *Cass. pen.* 2010, 5, 1899; Cass., sez. III, 3 luglio 1991, PM in proc. Cerra, in *Cass. pen.*, 1992, 1820, con nota di FELICIONI, *L'utilizzazione delle prove acquisite in altro procedimento penale: problema interpretativo o necessità di intervento legislativo?*; in *Giur. it.*, 1992, 204, con nota di VALENTINI REUTER, *Limiti all'utilizzabilità di prove assunte in altro procedimento*, in *Foro it.*, 1992, II, 77, con nota di DI CHIARA, *Note in tema di circolazione di atti investigativi e probatori tra procedimenti diversi*.

²⁰ BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 174; BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garan-*

Per sostenere questa tesi qualche autore fa leva sull'art. 335 c.p.p.²¹; praticamente all'unanimità si argomenta sulla base di quella che sarebbe la *ratio* del divieto: l'uso dei risultati per la prova di «un fatto di reato diverso da quello per il quale il mezzo di ricerca della prova fu autorizzato [...] fa venire meno la garanzia del previo “atto motivato dell'autorità giudiziaria” sul diverso fatto, sul quale è mancato il controllo giurisdizionale in ordine all'esistenza dei “gravi indizi di reato” e all’“indispensabilità” dell'intercettazione»²². A conforto di questa lettura viene spesso richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale dei primi anni Novanta²³.

Larga parte degli autori che aderiscono a questa tesi non hanno difficoltà ad ammettere che l'interpretazione avanzata incontra qualche problema sotto il profilo strettamente letterale. Talora riconoscono che, al fine di adeguare la disposizione all'art. 15 Cost., l'unica via sarebbe quella di «interpretare l'endiadi “procedimenti diversi” come “reati diversi”»²⁴; in altri casi osservano

zie difensive e nuove tecnologie informatiche, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2018, 259 CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni tra «archivio riservato» e «captatore informatico»*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018, 170; CERCOLA, *Procedimenti separati e cumulativi: quali limiti all'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni?*, in *Cass. pen.*, 2017, 4230; CHELO, *Intercettazioni telefoniche e divieto di utilizzabilità: quale significato alla nozione di diverso procedimento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1418; DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, III, 3261; DINACCI, *sub art. 270*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 890; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 182; ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi*, cit., 2; LONGO, *L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento*, in *Percorsi di procedura penale*, vol. IV, a cura di Perchinunno, Milano, 2008, 117; MANI, *Sull'utilizzabilità di intercettazioni in diverso procedimento e sullo status del dichiarante in dibattimento*, in *Giur. it.*, 2012, I, 169; ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 224; RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 106; TAVASSI, *Le intercettazioni ubiquitarie fra legalità e non dispersione della prova*, in *Arch. pen. web.*, 2018, n. 2, 7. Già sotto il previgente codice, dopo la modifica del 1978 dell'art. 226 quater c.p.p., la tesi era sostenuta dalla dottrina prevalente; tra gli altri, GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche (artt. 6-9 d.l. 21 marzo 1978 n. 59 convertito con modificazioni nella l. 18 maggio 1978 n. 191)*, Milano, 1982, 66 ss. e ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 168.

²¹ V. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili*, cit., 3262; DINACCI, *sub art. 270*, cit., 890; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 181; GAITO, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *Arch. pen. web.*, n. 3, 21. Per una critica a queste considerazioni, v. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 281.

²² FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 182. L'argomento è avanzato da tutti gli autori indicati nella nota 20.

²³ In particolare vengono richiamate Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Cass. pen.*, 1991, II, 914 e Corte cost., 10 febbraio 1994, n. 63, in *Cass. pen.*, 1994, 1477.

²⁴ CERCOLA, *Procedimenti separati e cumulativi*, cit., 4237; CIAPPI, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni*, cit., 1246; DE GREGORIO, *Brevi considerazioni in margine ai concetti di “stesso procedimento” e di “procedimento diverso” ai fini dell'utilizzabilità dibattimentale del contenuto degli interrogatori*, in *Cass. pen.*, 1991, II, 1002.

che «più corretto sarebbe stato un riferimento al “reato diverso”»²⁵, o che sarebbe «opportuna una modifica legislativa che sostituisca la locuzione “procedimento diverso” con “fatto diverso”»²⁶.

Accedendo a questa interpretazione, le questioni che si pongono si riducono rispetto a quelle che si hanno con interpretazioni meno rigorose: per esempio non è necessario chiedersi se il nuovo reato che sembra emergere dalle intercettazioni debba essere ricompreso in quelli per i quali le intercettazioni sono consentite ai sensi del primo comma dell'art. 266 c.p.p.: comunque si tratterebbe di un reato diverso da quello per il quale l'autorizzazione era stata concessa ed i risultati sarebbero inutilizzabili (sempre che il reato non fosse riconducibile all'elenco della seconda parte dell'art. 270, comma 1, c.p.p.).

Che il divieto enunciato nell'art. 270 c.p.p. miri a rendere inutilizzabili i risultati delle intercettazioni per la prova dei reati diversi da quelli indicati nel decreto di autorizzazione è recisamente negato da altra parte degli interpreti²⁷, oltre che dalla pressoché unanime giurisprudenza. Questo fronte interpretativo, univoco nel sostenere che «la nozione di “procedimento diverso” non coincide con quella di “diverso reato”»²⁸, si divide nell'individuare il significato dell'espressione «procedimento diverso» e nel risolvere le questioni che si pongono nel momento in cui viene dissolto il nesso tra risultato delle intercettazioni e accertamento del reato per il quale erano state disposte, quale è quella relativa alla necessità che il nuovo reato appartenga a quelli indicati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p.²⁹.

²⁵ ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, 225; RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 104.

²⁶ FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 182. Mostra delle perplessità GAITO, *La circolazione delle prove*, cit., 21, il quale rileva che «deve anche convenirsi - se le parole hanno un senso - che il riferimento normativo a “procedimenti diversi” appare inequivoco, non potendo in alcun modo ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi a “reati diversi”».

²⁷ CANTONE, *L'elaborazione giurisprudenziale sull'art. 270 c.p.p.; brevi riflessioni*, in *Cass. pen.*, 2000, 2048; DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti dal decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, 22; POTETTI, *L'articolo 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *Riv. pen.*, 1993, 787; PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sistem. pen.*, 2 marzo 2020; SANTALUCIA, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Giust. pen.*, 1996, III, 262.

²⁸ Tra le innumerevoli, v. Cass. sez. III, 28 febbraio 2018, Marotta, rv. 273226.

²⁹ Al quesito ha risposto negativamente la giurisprudenza maggioritaria. Tra le tante, Cass. sez. III, 28 febbraio 2018, Marotta, cit.; Cass., sez. VI, 26 aprile 2017, P., rv. 270431; Cass., sez. fer., 23 agosto 2016, Tagliapietra, Rv. 267598; Cass. sez. V, 16 marzo 2016, Damiani De Paula, rv. 268453; Cass., sez. VI, 25 novembre 2015, M., rv. 265757; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2014, PM in proc. La Volla, Rv. 262496; Cass., sez. VI, 4 novembre 2014, De Col, rv. 261838; Cass., sez. VI, 5 aprile 2012, Maggioni, Rv. 252870; Cass., sez. VI, 16 giugno 2011, Anzillotti, in *Cass. pen.*, con nota adesiva di VALIERI, *Sulla*

Secondo una prima linea interpretativa, che espressamente dichiara di accogliere una nozione di «procedimento diverso» «di natura sostanzialistica» e di «non considerare tanto l'aspetto estrinseco della separazione e del numero di iscrizione»³⁰, il divieto enunciato nell'art. 270 c.p.p. non si estende fino ad escludere la possibilità di utilizzare le intercettazioni in procedimenti concernenti indagini strettamente connesse e collegate, sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico, al reato in ordine al quale il mezzo di ricerca della prova è stato disposto³¹. Secondo gli autori che avanzano questa tesi la possibilità di «individuare il concetto di “unitarietà” e di “separatezza” in un dato normativo obiettivo – e precisamente nell'art. 17 c.p.p. che individua i casi di riunione – permette di ancorare la “diversità” di cui all'art. 270 c.p.p. ad un elemento certo e indeterminato»³².

Una variante temperata di questa interpretazione, fatta propria dalla recente sentenza delle Sezioni unite, limita l'uso all'accertamento dei reati oggetto di procedimenti connessi ex art. 12 c.p.p. al procedimento nel quale le intercettazioni erano state autorizzate, escludendo che abbia invece rilievo il più fluido collegamento investigativo ex art. 371 c.p.p.³³ (va peraltro rilevato che sia nella motivazione³⁴, che nell'enunciazione del principio in diritto³⁵, la Corte

utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, solo in rare occasioni si è aderito alla diversa interpretazione (Cass., sez. VI, 11 dicembre 2019, R.C., in *Ilpenalista.it*, 28 gennaio 2020; Cass., sez. VI, 17 giugno 2015, Morena, Rv. 264087; Cass., sez. VI, 15 gennaio 2004, Kolakowska Bozena, in *Arch. n. proc. pen.*, 2004, 423). La recente sentenza delle Sezioni unite, Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, cit. ha aderito all'orientamento minoritario. Sulla (possibile) rilevanza della questione, nonostante la modifica normativa, v. il par. 6.

³⁰ Così, nel compendiare questo orientamento, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, Cass., sez. VI, 13 febbraio 2019, Cavallo.

³¹ Tra le tante v. Cass. sez. III, 5 novembre 2015, Pulvirenti, rv. 266423; Cass. sez. V, 20 gennaio 2015, Catanzaro, rv. 264001; Cass., sez. III, 23 settembre 2014, Sarantsev, rv. 261971; Cass., sez. VI, 2 febbraio 2009, Paviglianiti, rv. 246524. In dottrina, CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni*, cit. 1445; POTETTI, *L'articolo 270 del codice di procedura penale*, cit., 787; SANTALUCIA, *Stesso procedimento*, cit., 260.

³² CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni*, cit. 1445.

³³ Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, cit.

³⁴ Nella quale si afferma che nella «terminologia codicistica, il termine “procedimento” allude anche al singolo reato commesso da una persona (art. 12)». Che un legislatore possa essere tanto goffo dal servirsi della parola «procedimento» dove avrebbe voluto scrivere «reato» è forse possibile, vista la qualità della legislazione degli ultimi decenni. Ma che sia avvenuto con la redazione dell'art. 12 c.p.p. è quanto meno discutibile: in quell'articolo «reato» significa reato, e «procedimento», procedimento. A essere connessi non sono i reati, ma i procedimenti, nel momento in cui hanno a oggetto dei reati tra i quali sussiste uno dei nessi indicati nell'articolo (quello della «connessione» è un legame che attiene al modo di accertare, al piano epistemologico; i nessi tra i reati hanno invece natura ontologica: non dipendono dal modo con il quale i reati vengono conosciuti – la qual cosa non significa che non possano essere, proprio come i reati, oggetto di accertamento).

³⁵ «Il divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state

usa impropriamente i concetti di «reato», di «procedimento» e di «connessione»).

In un codice in cui i riferimenti ai procedimenti connessi o collegati sono frequenti ed espliciti³⁶, la palese manipolazione del dato testuale dell'articolo che questa tesi comporta ha sempre sollevato critiche, inducendo alcuni autori a parlare apertamente di «operazioni di fantasia giudiziaria»³⁷.

Una diversa interpretazione – alla quale solitamente si attribuisce una maggiore aderenza al dato letterale, non solo da parte dei fautori della tesi medesima³⁸ – sostiene invece che, una volta legittimamente eseguite le intercettazioni in un procedimento, i risultati siano utilizzabili come prova di tutti i reati il cui accertamento è in corso nel medesimo procedimento, senza alcuna necessità di verificare che tra i reati ci sia un nesso di qualunque tipo; nel caso in cui si trattasse invece di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione sarebbe subordinata alla sussistenza dei parametri indicati dall'art. 270 c.p.p.³⁹.

Questa interpretazione, così come la precedente (sia pure in misura minore), si espone a una critica di difficile confutazione: fa dipendere dal caso, se non dalla malizia degli inquirenti, il regime di utilizzabilità delle intercettazioni, essendo «la riunione e la separazione dei processi [...] fenomeni determinati dalle vicende più disparate»⁴⁰. Coerentemente sviluppata, poi, dovrebbe condurre a ritenere inutilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in un procedimento per l'accertamento di un reato, poi archiviato, nel successivo pro-

autorizzate, [...], non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata disposta *ab origine*, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge» (v. la nota che precede).

³⁶ Tra gli innumerevoli esempi, v. gli artt. 106, comma 4 bis, 144, comma 1, lett. d), 192 comma 3, 197, comma 1, lett. a) e b), 197 bis, comma 1 e 2, 210, comma 1 e 6, 222 c.p.p.

³⁷ Così DINACCI, *sub art. 270*, cit., 890. V. anche SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali?*, cit., 7, il quale, pur ritenendo la decisione delle Sezioni unite «meritevole di deciso apprezzamento», riconosce la distanza tra la norma elaborata dalla Corte e il dato letterale (da questa constatazione l'autore trae spunto per interessanti considerazioni sul metodo interpretativo).

³⁸ Questa interpretazione viene per esempio considerata «la più fedele al dato testuale» da CAMON, *sub art. 270*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da Conso, Illuminati, Padova, 2015, 1050, e «quella più aderente alla lettera della legge» da CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni*, cit. 1443.

³⁹ Cass. sez. V, 9 febbraio 2018, Trani, rv. 272852; Cass., sez. VI, 26 aprile 2017, P., in *Cass. pen.*, 2018, 303; Cass. Sez. VI, 1 marzo 2016, Masciotta, rv. 266921; Cass., sez. IV, 8 aprile 2015, Della Rocca, rv. 264382; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2014, La Volla, rv. 262496; Cass., sez. VI, 4 novembre 2014, De Col, rv. 261838; Cass. sez. VI, 13 febbraio 2012, Sarra Fiore, rv. 254056.

⁴⁰ DE GREGORIO, *Diritti inviolabili*, cit., 3261; il rilievo è comune. Tra gli altri v. BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., cit. 182; CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni*, cit., 169; CAMON, *sub art. 270*, cit., 1050; FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 183.

cedimento instauratosi per lo stesso reato a seguito della riapertura delle indagini, certamente «diverso» sotto il profilo formale⁴¹.

L'assurdità della conclusione – i risultati sarebbero inutilizzabili proprio per l'accertamento del reato per il quale sono state disposte le intercettazioni – dovrebbe fare riflettere sul modo di impostare la questione: quando si tenta di interpretare l'art. 270 c.p.p. non ci si deve chiedere tanto quale sia la nozione di «diverso procedimento» o di «medesimo procedimento», ma quale funzione hanno il procedimento e le prove. L'attenzione non va posta sull'involucro, ma sul legame intercorrente tra prova (i «risultati delle intercettazioni») e fatto che con questa si vorrebbe dimostrare.

4. Due attività da tener distinte. Come si è visto questo legame è al centro dell'attenzione di coloro i quali propendono per l'interpretazione che vorrebbe limitare l'uso dei risultati delle intercettazioni al solo accertamento del reato per il quale sono state disposte. Questi interpreti, pur ammettendo qualche difficoltà con il tenore letterale della disposizione, per sostenere la propria tesi si servono principalmente dell'argomento di matrice costituzionale. Per venire a capo della questione – si sostiene – non si dovrebbe dimenticare che «ciò che rileva è che la garanzia giurisdizionale sia intervenuta sul fatto, l'autorizzazione diventando altrimenti una “inammissibile autorizzazione in bianco” a eseguire le intercettazioni»⁴². Si giunge così alla conclusione che «la mancanza della garanzia rappresentata dal controllo preventivo del giudice giustifica che le informazioni ottenute a seguito di intercettazioni disposte nell'ambito di un determinato procedimento, sulla base di un dato provvedimento autorizzativo [...] non siano utilizzabili nell'ambito di un diverso procedimento»⁴³.

Queste osservazioni meritano un'attenta analisi.

Innanzitutto, per evitare equivoci, va escluso che sia necessario prendere posizione in relazione alla controversa teoria dei c.d. frutti dell'albero avvelenato⁴⁴, poiché l'assunto alla base di essa – l'illegittimità dell'attività mediante la quale si ottiene l'elemento di prova – in questo caso manca.

Va altresì escluso che il tema sia stato affrontato dalla celebre sentenza della

⁴¹ Salvo che il reato non sia riconducibile all'elenco della seconda parte dell'art. 270 c.p.p.

⁴² FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 184 (come si vedrà a breve, la citazione è tratta dalla giurisprudenza costituzionale).

⁴³ BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., 174-175. Come già detto, l'argomento è proposto da quasi tutti gli autori indicati nella nota 20.

⁴⁴ V. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 122.

Corte costituzionale del 1973⁴⁵, fondamentale riferimento dei sostenitori dell'esistenza della categoria della c.d. prova incostituzionale⁴⁶. Alcune proposizioni della motivazione di questa sentenza vengono a volte evocate dagli autori che trattano la questione in esame («nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute»⁴⁷) ma, come posto in rilievo sin dagli anni Settanta⁴⁸, in quell'occasione la Corte aveva formulato considerazioni a proposito di un diverso problema, ossia quello della tutela della *privacy*, che sarebbe stata indebitamente violata se fossero state rese note in dibattimento le conversazioni oggetto di intercettazione prive di rilevanza⁴⁹.

Si deve piuttosto stabilire se acconsentire all'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un reato, anche per la prova di altri, in relazione ai quali l'autorizzazione non è stata emessa, sia rispettosa del secondo comma dell'art. 15 Cost. Gli autori che giungono alla conclusione negativa affermano che la garanzia della motivazione di fatto sarebbe svuotata: verrebbe infatti meno il controllo preventivo del giudice, il quale avrebbe valutato i presupposti dell'intercettazione in relazione a un reato, e non a quello per il quale le intercettazioni verrebbero utilizzate.

È stato però replicato, non senza ragioni, che «la motivazione serve a giustificare l'intercettazione [...]; essa “fonda” lo strumento conoscitivo, non l'oggetto di conoscenza»⁵⁰. Se, allora, «il provvedimento autorizzativo era adeguatamente argomentato, non può dirsi carente nella motivazione in base ad un'analisi *ex post*, basata sulla circostanza che il controllo telefonico ha permesso di raccogliere risultanze ulteriori»⁵¹. Una disposizione che consentisse un simile

⁴⁵ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.

⁴⁶ Tra i quali, v. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 56, nota 17 e soprattutto 101 ss., che a supporto della propria tesi richiama le statuizioni di questa pronuncia.

⁴⁷ Richiamata, per esempio, da DE GREGORIO, *Diritti inviolabili*, cit., 3260-3261.

⁴⁸ VOENA, *Chiarimenti interpretativi in tema di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche*, in *Cass. pen.*, 1976, 519. Così anche CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 273 e DE LEO, *Vecchio e nuovo*, cit., 22.

⁴⁹ Che le sacrosante affermazioni di questa pronuncia siano estranee al tema che si sta trattando, emerge con chiarezza dal passo in cui si afferma che il rispetto del principio di pertinenza è «essenziale per la puntuale osservanza degli artt. 2 e 15 Cost.: violerebbe gravemente entrambe le norme costituzionali un sistema che, *senza soddisfare gli interessi di giustizia*, in funzione dei quali è consentita la limitazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni, autorizzasse la divulgazione in pubblico dibattimento del contenuto di comunicazioni telefoniche non pertinenti al processo» (Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.; il corsivo è aggiunto). Ma, appunto, per la questione che si sta esaminando è fuori discussione l'utilità ai fini di prova dei risultati delle intercettazioni, necessarie proprio perché funzionali all'accertamento di reati diversi rispetto a quelli per i quali erano state disposte.

⁵⁰ DE LEO, *Vecchio e nuovo*, cit. 24.

⁵¹ CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 272. Queste considerazioni sono riprese da ROMBI, *La circolazione*,

utilizzo, dunque, non potrebbe «considerarsi costituzionalmente illegittima, sotto il profilo dell'art. 15 comma 2 Cost., atteso che il controllo giurisdizionale è pure sempre garantito dall'autorizzazione»⁵².

In quest'ordine di idee viene posta in rilievo «l'affinità strutturale»⁵³ delle intercettazioni con gli altri mezzi di ricerca della prova, strumenti capaci di portare alla imprevedibile apprensione di elementi probatori - non suscettibili di formazione in contraddittorio - che possono rivelarsi utili per la dimostrazione dei più vari fatti: «la dottrina secondo cui l'art. 270 c.p.p. contiene una regola di esclusione doverosa, perché imposta dal superiore principio di motivazione di cui all'art. 15 comma 2 cost., di regola, non affronta un parallelismo "inquietante": anche le ispezioni e le perquisizioni richiedono un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (art. 13 comma 2 e 14 comma 2 cost.); eppure, tali atti circolano liberamente da un processo all'altro (art. 238 comma 3 c.p.p.)»⁵⁴.

Risulta invece fondamentale evitare che «l'imputato nel "diverso" procedimento [venga] automaticamente espropriato del potere di eccepire eventuali difetti del provvedimento di autorizzazione; tutto sta nell'approntare congegni normativi tali da metterlo in condizione di valutare con consapevolezza la legittimità del decreto»⁵⁵. Ma se un'attività è legittimamente disposta, non diventa illegittima solo perché quanto ottenuto non è quanto si contava di ottenere, come se il nuovo giudizio di rilevanza formulato in relazione a ciò che viene effettivamente acquisito possa far scolorire la motivazione del provvedimento con cui era stato legittimamente disposto il mezzo di ricerca della prova.

È chiaro che con questa lettura non si elimina in radice il pericolo di deliberati abusi⁵⁶, non si sterilizza il rischio «che l'intercettazione contro A serva a nascondere le indagini in realtà interessate a B, invisibile al principe»⁵⁷. Ma per scongiurare (quanto possibile) questo rischio, non va esclusa la possibilità di

cit., 218.

⁵² Così UBERTIS, PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 602 in relazione al previgente penultimo comma dell'art. 226 *quater* c.p.p..

⁵³ L'espressione è tratta da UBERTIS, PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche* 6, cit., 600.

⁵⁴ CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 275.

⁵⁵ CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 272. Sulle disposizioni emanate in attuazione di questo vincolo costituzionale, v. il prossimo paragrafo.

⁵⁶ Che ben potrebbero verificarsi, non presupponendo necessariamente, come pur è stato detto, «scenari sudamericani» (DE LEO, *Vecchio e nuovo*, cit. 25).

⁵⁷ La citazione è tratta da DE LEO, *Vecchio e nuovo*, cit. 25, il quale ricorda come questo fosse uno dei pericoli paventati durante la discussione parlamentare sulla legge del 1978 che modificò l'art. 226 *quater* c.p.p. previg.

utilizzare le intercettazioni per la prova di un diverso reato, proprio come non va precluso al difensore il diritto di effettuare investigazioni difensive sulla base del presupposto che sono ipotizzabili «manovre di inquinamento, soppressione e falsificazione del materiale probatorio destinato a far parte del patrimonio conoscitivo del giudice»⁵⁸. È piuttosto necessario assicurare che «la richiesta di provvedimenti autorizzativi della intercettazione [sia] valutata con cautela scrupolosa», che il giudice accerti «se ricorrano effettive esigenze, proprie dell'amministrazione della giustizia, che realmente 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», dovendo «del corretto uso del potere attribuitogli [...] dare concreta dimostrazione con una adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo»⁵⁹.

Le garanzie previste dal secondo comma dell'art. 15 Cost. devono essere assicurate nel momento in cui viene leso il diritto tutelato dal primo comma dell'art. 15 Cost., non nel momento – necessariamente successivo – in cui si decide se quanto legittimamente acquisito possa essere utilizzato: il momento in cui si viola la segretezza della comunicazione è quello in cui le intercettazioni sono eseguite, ed è quello che rileva per l'osservanza del precetto costituzionale⁶⁰.

Non pare allora corretta l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui «l'art. 270 c.p.p. costituisce l'attuazione in via legislativa del bilanciamento di due valori costituzionali fra loro contrastanti: il diritto dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono»⁶¹. Questa affermazione dovrebbe essere formulata in riferimento agli artt. 266 e 267 c.p.p., non all'art. 270 c.p.p., il quale è il risultato del giudizio di bilanciamento tra «il valore della efficienza del processo» e quello alla riservatezza⁶², che

⁵⁸ MADDALENA, *Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*, in *Corr. giur.*, 2001, 288.

⁵⁹ Le tre citazioni sono tratte da Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.

⁶⁰ Come rilevato, «la previsione costituzionale sulla necessità del provvedimento motivato d'autorizzazione garantisce da accessi arbitrari al contenuto informativo delle comunicazioni segrete ma non guarda al momento dell'utilizzazione probatoria di quanto appreso» (SANTALUCIA, *Stesso procedimento*, cit., 262); «una volta che l'intercettazione [...] sia stata legittimamente eseguita, la lesione del diritto (alla segretezza delle comunicazioni) si è irrimediabilmente consumata; [essa] sta «a monte» rispetto ai problemi relativi alla utilizzabilità della intercettazione stessa» (POTETTI, *L'articolo 270*, cit., 786. Per una diversa opinione, v. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 192).

⁶¹ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, cit. L'affermazione è ripresa da Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, cit.

⁶² Anche UBERTIS, PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche*, cit. 606 (il corsivo è nel testo) osservavano

trova riconoscimento espresso negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, e che è stato previsto solo implicitamente nella Costituzione italiana, e in particolare – secondo la più nota pronuncia della Corte costituzionale sul diritto alla riservatezza – negli artt. 2, 3, comma secondo, e 13 comma primo Cost.⁶³.

Va peraltro precisato che la giurisprudenza costituzionale, nell'interpretare l'art. 270 c.p.p., ha avuto l'accortezza di affrontare la questione non solo dal versante della segretezza, ma anche da quello della libertà delle comunicazioni, ed ha affermato che l'art. 15 Cost. «- oltre a garantire la “segretezza” della comunicazione e, quindi, il diritto di ciascun individuo di escludere ogni altro soggetto diverso dal destinatario della conoscenza della comunicazione - tutela pure la “libertà” della comunicazione: libertà che 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»⁶⁴.

Il Giudice delle leggi, in sostanza, sembra sostenere che le persone siano turbate nella loro libertà di comunicazione quando sono al corrente che la pubblica autorità possa servirsi dei risultati delle intercettazioni per accertare reati diversi da quelli per i quali le intercettazioni sono state disposte. Ma la preoccupazione della Corte avrebbe più senso se si affrontasse il tema dell'opportunità di prevedere le intercettazioni telefoniche come mezzo di ricerca della prova, non quello dell'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni comunque avvenute: le persone, verosimilmente, sono turbate dall'idea che le loro comunicazioni possano essere oggetto di intercettazioni⁶⁵; la circostanza che queste possano essere utilizzate per l'accertamento di due reati, anziché di uno, è probabilmente secondaria.

Il divieto enunciato nel primo comma dell'art. 270 c.p.p. *non* sembra allora avere «lo scopo di mantenere costante il collegamento con le circostanze che

come «la problematica della riservatezza [avesse] una propria specifica rilevanza a proposito della disciplina processualistica, appunto in conseguenza dell'ormai avvenuta *legittima* intercettazione di una comunicazione. La rimozione (o, in termini amministrativistici, l'“affievolimento”) del diritto alla segretezza, infatti, non è sufficiente a eliminare anche il più flebile vincolo della riservatezza».

⁶³ Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38, in *Giur. cost.*, 1973, 361.

⁶⁴ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, cit., 914.

⁶⁵ Va peraltro rilevato che se fossero state corrette le considerazioni della Corte, si sarebbe dovuti giungere a ritenere contraria alla Costituzione la seconda parte dell'art. 270 c.p.p., che consente l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento di reati per i quali l'intercettazione non è stata autorizzata (mentre il Giudice delle leggi è stato di tutt'altro avviso). Al riguardo v. le condivisibili osservazioni di SANTALUCIA, *Stesso procedimento*, cit., 262.

giustificano la violazione del segreto e con i motivi addotti nell'autorizzazione del giudice»⁶⁶, né «la rottura di tale legame consentirebbe in sostanza l'utilizzazione dei risultati di intercettazioni che nessuno ha realmente autorizzato»⁶⁷, ma quello di tutelare il diritto alla riservatezza delle persone le cui conversazioni sono state intercettate. Il legislatore ha ritenuto prevalente questo diritto rispetto al bene dell'accertamento di tutti i reati diversi da quelli compresi nella seconda parte del primo comma dell'art. 270 c.p.p., mentre ha formulato un giudizio opposto rispetto agli altri illeciti penali.

Per questa ragione non sembra corretta la tesi⁶⁸ che, movendo dalla premessa che i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati anche per l'accertamento di un reato diverso, richiede che questo appartenga a quelli indicati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p.: quel limite è stato previsto in riferimento all'attività di captazione (che viola il diritto alla segretezza, espressamente tutelato dall'art. 15 Cost.) e non a quella di utilizzazione (che lede il diritto alla riservatezza, implicitamente tutelato dalla Costituzione).

Il legislatore non è tenuto a stabilire che i reati per i quali le intercettazioni possono essere utilizzate debbano essere gli stessi per i quali le intercettazioni possono essere disposte, o debbano necessariamente essere più gravi, poiché le due attività comportano la lesione di diritti differenti (ma anche, si potrebbe aggiungere, la formulazione di giudizi di rilevanza diversi, in quanto effettuati in un caso prima della captazione, nell'altro dopo⁶⁹).

Il legislatore del 1988 ha deciso che i reati per i quali le intercettazioni potessero essere utilizzate fossero i delitti per i quali era obbligatorio l'arresto in flagranza. Essendo la selezione di quei reati finalizzata a tutt'altro⁷⁰, la scelta

⁶⁶ Così, invece, ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., 2.

⁶⁷ In questo senso ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., 2.

⁶⁸ Accolta da Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, cit.

⁶⁹ Quando vengono disposte le intercettazioni viene formulato un giudizio prognostico: si ipotizza che quanto sarà captato sarà utile. Così, talvolta, non è. Nel momento in cui si valuta se violare il diritto alla riservatezza, servendosi delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un reato, per la prova di un altro, i risultati già esistono. Si valuta qualcosa che c'è, non si fanno previsioni. Al di là delle formule legislative caratterizzate da perentorietà, quando si autorizzano le intercettazioni, si spera; quando si utilizza, si sa. Il diritto alla segretezza è violato, spesso, senza che ci sia alcun beneficio in termini di accertamento. L'eventualità tende a verificarsi con minor frequenza quando viene violata la riservatezza.

⁷⁰ Come rilevato, «l'art. 380 contiene un elenco "calibrato" per la specifica materia della libertà personale, ma che diviene assai meno convincente se trasferito nel campo delle intercettazioni. Vi sono inclusi, per esempio, reati come lo scippo o il porto in luogo pubblico di armi comuni da sparo e fin qui poco male: si tratta semplicemente di previsioni destinate, con ogni probabilità, ad avere scarsa applicazione. Più grave che non siano contemplati delitti per il cui accertamento l'intercettazione riveste un'importanza insostituibile: per esempio, la corruzione e la concussione» (CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 288-289).

era discutibile. Lo è diventata ancor di più nel corso degli anni, nel momento in cui quell'elenco è stato in più occasione rivisto, quasi sempre per ragioni di propaganda politica⁷¹. Forse, però, non era irragionevole al punto da essere incostituzionale. Così, in ogni caso, non l'ha ritenuto il Giudice delle leggi⁷².

Il legislatore del 2020 ha ritenuto opportuno ampliare l'elenco dei reati il cui accertamento è possibile mediante i risultati delle intercettazioni, nonostante queste ultime siano state disposte per ottenere la prova di un diverso reato: le intercettazioni possono ora essere utilizzate anche per l'accertamento dei reati indicati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p., ossia quelli per i quali le intercettazioni possono essere autorizzate.

Si tratta di una scelta che può piacere, o meno. Qualcuno avrebbe esteso l'elenco in modo diverso⁷³; altri hanno parlato di un legislatore che «ha preferito consegnarsi alle istanze più giustizialiste ed illiberali che lo blandiscono»⁷⁴, lamentando il mancato adeguamento del primo comma dell'art. 270 c.p.p. «ai principi fissati dal Giudice di legittimità»⁷⁵ (la doglianza, curiosamente, avviene mentre non si erano ancora sopite le rimozioni per avere il legislatore tradotto in disposizioni legislative le massime giurisprudenziali⁷⁶).

Certo è che un conto è l'opinione sulla normativa che si ritiene essere preferibile, altro è l'opinione sulla legittimità costituzionale della normativa esistente. E non pare che, sotto questo profilo, sia possibile affermare che il legislatore abbia esercitato la discrezionalità che gli è riservata in modo manifestamente irragionevole.

La recente (ma, forse⁷⁷, già obsoleta) norma elaborata dalle Sezioni unite che avrebbero voluto subordinare l'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi da quello per il quale le intercettazioni erano state disposte al requisito enunciato nell'art. 266 c.p.p. era frutto di una libera interpretazione della Corte di cassazione, non essendovi traccia di un simile vincolo né nel codice, né nella Costituzione. Frutto della creatività giurisprudenziale è anche l'altra norma contestualmente elaborata, quella che sostiene

⁷¹ Sul tema c si permette di rinviare a PASTA, *Necessità e tradizione. L'arresto in flagranza*, Padova, 2019, 117 ss.

⁷² Dalla più volte menzionata Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63, cit.

⁷³ V. ad es. TINTI, *Le intercettazioni vanno sempre ammesse nel caso di pubblici ufficiali*, in *Italia Oggi*, 14 gennaio 2020, 10, suggeriva di estendere l'elenco in ragione della qualifica soggettiva dell'agente, pubblico ufficiale, richiama, tra l'altro, l'art. 54 Cost.

⁷⁴ V. le Osservazioni delle Sezioni unite delle camere penali italiane sulla conversione in legge del d.l. 30.12.19 n. 161 in materia di intercettazioni, 3.

⁷⁵ Il riferimento è alla pronuncia delle Sezioni unite.

⁷⁶ Il riferimento è alla l. 23 giugno 2017, n. 103, c.d. riforma Orlando.

⁷⁷ V. par. 6.

che il divieto stabilito nell'art. 270 c.p.p. non opera per l'accertamento dei reati oggetto di procedimenti connessi a quelli in cui l'autorizzazione era stata disposta.

5. L'implicito fuori dall'ombra. Il primo comma dell'articolo 270 c.p.p. prevede 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».

La formulazione della disposizione è, per così dire, disomogenea: nella prima parte l'attenzione viene focalizzata sulla sede dell'accertamento (i «procedimenti») e nulla si dice sull'uso dei risultati delle intercettazioni; nella seconda l'attenzione è posta sulla funzione dell'elemento probatorio («per l'accertamento di delitti»), mentre nulla è detto sulla sede di accertamento. Questa discontinuità, evitabile, rischia di creare problemi.

Forse anche in ragione della rubrica dell'articolo, quando si tenta di interpretare questa disposizione ci si interroga immediatamente «sull'utilizzazione in altri procedimenti» dei risultati delle intercettazioni legittimamente autorizzate per l'accertamento di un reato per il quale sono in corso le indagini. A questo quesito, ovviamente, si deve giungere. Ma è forse opportuno soffermarsi prima sulla questione dell'uso dei risultati delle intercettazioni nel procedimento in cui sono state disposte.

Ci si rende conto che la questione è banale, ma è opportuno passare all'altro interrogativo solo dopo avere esattamente enunciato la soluzione del primo.

Nessuna disposizione stabilisce quale uso sia possibile fare dei risultati delle intercettazioni disposte nel procedimento in cui sono disposte: il codice espressamente consente l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in diversi procedimenti «per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio in flagranza» (e ora di quelli indicati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p.), ma tace sul regime di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni nel procedimento in cui sono state disposte. Il regime d'uso deve necessariamente essere ricavato in via interpretativa.

Va allora subito rilevato che, contrariamente a quanto sostengono, i fautori della c.d. tesi formalistica avanzano un'interpretazione creativa, poiché non ricalcano, per così dire, la disposizione legislativa – che non esiste. Affermano che «i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati a fini di prova del reato per il quale sono state disposte *e di ogni altro reato il cui accertamento è*

*in corso in quello stesso procedimento*⁷⁸. Non pare però che una simile regola sia enunciata nel primo comma dell'art. 270 c.p.p.: tutto è lecito dire, salvo che non vi siano aggiunte da parte dell'interprete.

Per ragioni opposte, sbagliano anche gli autori che valorizzano il nesso tra risultato delle intercettazioni e accertamento del reato per il quale erano state disposte, i quali, per sostenere la propria tesi, affermano di dover forzare il dato testuale del primo comma dell'art. 270 c.p.p. dovendo leggere «reato» dove è scritto «procedimento».

Le difficoltà a interpretare la disposizione sono essenzialmente legate all'uso di un argomento *a contrario*⁷⁹ per interpretare una disposizione in cui sono presenti termini relativi per i quali non è esplicitato il riferimento.

Al pari di altri termini relativi familiari al processualista, come «indagine» o «processo», «prova» e «procedimento» sono intimamente legati a un secondo concetto. Un termine relativo infatti «non ha significato, o non ha un significato esatto, se non in riferimento a un altro termine»⁸⁰. Nei libri e nei manuali esistono «indagini», «processi» e «prove», ma nelle procure della Repubblica e nelle aule di giustizia un'indagine è sempre un'indagine su qualcosa (un fatto in quanto sussumibile in una disposizione incriminatrice), un processo è sempre un processo per qualcosa (un ipotetico reato), e una prova è necessariamente una prova di qualcosa (un fatto in quanto rilevante per l'applicazione di una norma). È il principio di pertinenza, immanente nel sistema⁸¹, a dare il compiuto significato a questi termini.

Per questo nel codice di procedura penale, per evitare pedanti precisazioni che sfinirebbero anche il più paziente dei lettori, vengono quasi sempre omesse espressioni che meglio illustrerebbero il senso delle disposizioni. «Processo», «prova», «indagine», «imputazione», «accusa» etc. sono tutti termini che traggono il loro senso compiuto dal riferimento al reato la cui commissione è ipotizzata (si pensi a quanto detto in riferimento all'art. 234 c.p.p.⁸²).

La circostanza che queste ulteriori specificazioni non siano espressamente enunciate, però, non significa che non se ne debba tener conto quando si interpreta. Altrimenti il rischio di giungere a conclusioni errate è tutt'altro che teorico. Se dietro al silenzio del legislatore c'è l'implicito, e non il non detto,

⁷⁸ Tra le tante, v. ad es. Cass., sez. VI, 15 luglio 2015, n. 41317, in *Guid. dir.*, 2016, f. 7, 97.

⁷⁹ Sul cui uso, v. il par. 2.

⁸⁰ ABBAGNANO, voce *Relativo*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 2000, 739.

⁸¹ Par. 2.

⁸² Par. 1.

quando si usa l'argomento *a contrario* si rischia di smarrire qualcosa.

Da «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti», a prima vista sembrerebbe possibile ricavare, *a contrario* (argomento produttivo di una norma implicita negativa), che «i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati nei procedimenti nei quali sono state disposte». O, per essere più precisi, che «i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati *a fini di prova* nel procedimento in cui sono state disposte». Proprio come si è visto in riferimento all'art. 234 c.p.p.⁸³, la conclusione che l'utilizzabilità sia «a fini di prova» è legata (anche) alla collocazione della disposizione nel libro III.

Anche questa norma, il cui significato sembra essere chiarissimo, è però monca. Non tutto è esplicitato. Non servono soverchie fatiche per trarre dall'implicito tutto quanto è dato per scontato dal legislatore, ossia che, salvo diverse indicazioni, il «processo», «l'imputazione», «l'accusa», «le indagini», «la prova» etc. sono *finalizzate all'accertamento del reato per il quale si procede*⁸⁴. Dalla disposizione si ricava dunque che i risultati delle intercettazioni sono utilizzabili *per l'accertamento del reato per il quale si procede*. Non per altro. Certo non «per l'accertamento del reato per il quale si procede e per ogni altro reato per il quale si proceda in quello stesso procedimento», o «per la prova del reato per il quale si procede e per ogni reato connesso ex art. 12 c.p.p.».

La norma che si trae in via interpretativa dal primo comma dell'art. 270 c.p.p. è perfettamente coerente con quella che si ricava da un'altra disposizione, fondamentale, in tema di intercettazioni: nel prevedere che «l'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini» (art. 267, comma 1, c.p.p.), è stato stabilito – per esplicitare l'ovvio – che «l'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi [del reato per il quale si procede, non di altri] e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini [relative al reato per il quale si procede, non per reati oggetto di altre indagini]».

Il reato per il quale si procede, naturalmente, è quello per il quale le intercettazioni sono state disposte, e la soluzione che qui si propone porta alla medesima conclusione a cui giunge l'interpretazione che fa leva sull'art. 15 Cost.⁸⁵.

⁸³ Par. 1.

⁸⁴ Il secondo comma dell'art. 492 c.p.p. prevede che «l'ausiliario che assiste il giudice dà lettura dell'imputazione»: non certo l'imputazione della quale si discute nell'aula accanto.

⁸⁵ V. in particolare il paragrafo precedente.

Per un ovvio motivo: il primo comma dell'art. 267 e il primo comma dell'art. 270 c.p.p. sono stati calibrati sull'ipotesi tipica, alla base delle disposizioni del codice: un processo-una imputazione. Ogni procedimento ha ad oggetto uno specifico reato; in quel procedimento si acquisiscono prove di quel reato, e non di altri (principio di pertinenza).

L'art. 270 c.p.p. regola l'utilizzazione di prove acquisite in un procedimento instauratosi per l'accertamento di un reato, per l'accertamento di un diverso reato: qualora quest'ultimo sia riconducibile all'elenco di reati indicati nella seconda parte dell'art. 270 comma 1, c.p.p., e i risultati delle intercettazioni sono indispensabili⁸⁶, allora potranno essere utilizzati. La circostanza che i reati vengano accertati nel medesimo procedimento, o meno, è irrilevante. Non è così, come si è visto, per uno degli orientamenti che nega invece l'importanza del nesso tra risultato delle intercettazioni e accertamento del reato per il quale erano state disposte. Da questo versante si solleva spesso un'obiezione: il secondo e il terzo comma dell'art. 270 c.p.p. dimostrerebbero «che il termine procedimento di cui all'art. 270 c.p.p. stia ad indicare il processo cumulativo (o, se si preferisce, la procedura svolgentesi separatamente)»⁸⁷. Prevedendo infatti «che (ai fini dell'utilizzazione in procedimenti diversi) i verbali e le registrazioni delle intercettazioni vengano depositati presso "l'autorità competente per il diverso procedimento", [tali disposizioni lascerebbero] intendere che non siamo dinanzi al pubblico ministero o al giudice che procede. Ma soprattutto appare risolutivo il fatto che il legislatore ha previsto la rinnovazione del procedimento di cui al sesto, settimo e ottavo comma dell'art. 268. Tali adempimenti hanno certamente ragione di esistere se si ha riguardo ad una procedura separatamente instaurata, laddove i verbali e le registrazioni rappresentano una novità. Viceversa i medesimi adempimenti costituirebbero un inutile (ed inspiegabile) "doppione" ove vengano posti in essere all'interno della stessa procedura alla scopo di assicurare l'utilizzabilità delle intercettazioni per un reato diverso»⁸⁸.

L'argomento è suggestivo, ma non pare essere insuperabile.

Come accade con grande frequenza, il legislatore ha previsto una serie di prescrizioni *nell'eventualità in cui si verificano determinati presupposti non*

⁸⁶ In questo caso la norma che risulta è più breve della disposizione, la quale espressamente pone la condizione: «rilevanza e indispensabilità». Non essendo immaginabili atti probatori indispensabili e, allo stesso tempo, non rilevanti, risulta chiaro che solo apparentemente vengono indicate due condizioni, essendone prevista solo una.

⁸⁷ POTETTI, *L'articolo 270*, cit., 787.

⁸⁸ POTETTI, *L'articolo 270*, cit., 787-788, CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni*, cit. 1445.

*esplicitamente enunciati*⁸⁹. La qual cosa significa che gli adempimenti sopra indicati sono necessari se, e solo se, il reato che si vuole accertare con i risultati delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un altro reato, è oggetto di un diverso procedimento. Se invece si procede cumulativamente, il secondo e il terzo comma dell'art. 270 c.p.p. non si applicano.

Quelle disposizioni, in altri termini, non configurano una condizione in assenza della quale non è possibile utilizzare i risultati delle intercettazioni, ma delle garanzie che vanno assicurate qualora l'accertamento del reato avvenga in un procedimento diverso rispetto a quello nel quale le intercettazioni erano state autorizzate⁹⁰.

Quanto alla rubrica dell'art. 270 c.p.p., tenendo a mente che il legislatore aveva dato per scontata la situazione tipica (un processo, un'imputazione, un reato, e ogni prova acquisita o formata per dimostrare l'esistenza di quel reato), può anche essere accettata. Rischia di essere fuorviante nel caso in cui la si voglia riferire ai c.d. processi cumulativi, poiché suggerisce l'idea che ciò che conta non è il reato per il quale si procede (e in relazione al quale si acquisiscono prove), ma il contesto nell'ambito del quale l'accertamento avviene. Una rubrica più calzante avrebbe potuto essere «utilizzo per la prova di altri reati»⁹¹ che, tra l'altro, oggi sarebbe stata perfettamente in linea con quanto disposto nel comma 1 *bis*⁹², la cui formulazione è meno ambigua (sal-

⁸⁹ È difficile sostenere che, siccome l'art. 504 c.p.p. prevede che «sulle opposizioni formulate nel corso dell'esame del testimone [...] il presidente decide immediatamente e senza formalità», allora il legislatore dà per scontato che la formulazione delle opposizioni sia un'attività necessaria, in assenza della quale non si può avere l'«esame del testimone».

⁹⁰ Come accennato nel par. 4, il diritto di sindacare la legittimità dell'autorizzazione è imposto dagli artt. 15, comma 2, e 24, comma 2, Cost.

⁹¹ «Altri», naturalmente, rispetto al reato in relazione al quale le intercettazioni sono state disposte.

⁹² La disposizione è stata introdotta dall'art 4 comma 1, lett. d) del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. Più volte modificata, stabiliva (nella formulazione oggi non più in vigore) che i risultati delle intercettazioni operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non potevano «essere utilizzati come prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione». La disposizione non poteva non essere utilizzata per un confronto con il primo comma dell'art. 270 c.p.p.: «il significato normativo del riferimento al “reato” e non già al “procedimento” è volto a distinguere il regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. Solo per il captatore informatico – e, dunque, non per le intercettazioni, per così dire, “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 [la tesi che vorrebbe limitare la possibilità di utilizzare le intercettazioni solo per la prova del reato per il quale erano state disposte]» (Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, cit.; così anche PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la controriforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 2, 105). Nonostante l'apparenza, il comma 1 bis prevedeva un regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico omogeneo rispetto a quello riservato dal comma 1 ai risultati delle intercettazioni telefoniche: in una disposi-

va ogni considerazione sulla sua opportunità⁹³).

Resta infine un interrogativo al quale rispondere.

Stabilito che i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati a fini di prova del reato per il quale sono state disposte e per l'accertamento dei reati indicati nella seconda parte dell'art. 270 c.p.p., resta da chiedersi se sia ammissibile un qualche loro uso nel caso in cui il reato per il quale si procede non rientri tra quelli indicati nell'art. 270, comma 1, seconda parte, c.p.p.

Nei primi anni Novanta la Corte costituzionale, con una pronuncia più volte citata, aveva affermato che il divieto disposto dall'art. 270 c.p.p. è estraneo al tema della possibilità di dedurre notizie di reato dalle intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di altro procedimento, ben potendo il pubblico ministero procedere ad accertamenti volti ad acquisire nuovi elementi di prova sulla cui base valutare poi se proporre l'azione penale⁹⁴.

A questa decisione si era giunti perché un giudice aveva ritenuto che il primo comma dell'art. 270 c.p.p. contenesse un «divieto assoluto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti»⁹⁵, in contrasto con gli artt. 3 e 112 della Costituzione.

Che tra le due ci sia un'interpretazione corretta, e una sbagliata, non è facile dire. La difficoltà è essenzialmente connessa alla circostanza – già menzionata – che nel processo penale si ha una pluralità di regimi d'uso: un elemento può servire per legittimare l'avvio di un procedimento o per adottare provvedimenti in fase di indagine, può essere posto alla base di una sentenza dibattimentale o essere utilizzato al solo fine di rendere applicabile una norma processuale (ad es. il quarto comma dell'art. 500 c.p.p.).

In riferimento al reato per il quale le intercettazioni non sono state disposte e che non appartiene a quelli indicati nella seconda parte del primo comma dell'art. 270 c.p.p., va certamente esclusa l'utilizzabilità «a fini di prova». Ma ferma questa esclusione, le altre opzioni restano aperte.

Volendo attribuire all'espressione «a fini di prova» il significato più pregnante, quello che, almeno nelle intenzioni del legislatore del 1988, la locuzione avrebbe dovuto avere, si potrebbe sostenere, con qualche difficoltà, che i ri-

zione il legislatore si è servito dell'espressione «procedimento», mentre nell'altra di «prova di reato»; ma nel momento in cui viene esplicitato che l'utilizzazione nel procedimento è a fini di prova del reato per il quale si procede, si giunge alla conclusione che il regime di utilizzazione probatoria è sovrapponibile.

⁹³ V. i rilievi di BENE, *"Il re è nudo": anomie disapplicative a proposito del captatore informatico*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 3 e BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico*, cit., 256.

⁹⁴ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, cit..

⁹⁵ La citazione è tratta da Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, cit..

sultati delle intercettazioni potrebbero essere utilizzati per la pronuncia di tutte i provvedimenti diversi dalla sentenza dibattimentale⁹⁶; all'estremo opposto c'è l'interpretazione del rimettente che aveva portato alla sentenza della Corte costituzionale: il «divieto assoluto di utilizzazione»⁹⁷. Una lettura intermedia è quella fatta propria dalla Corte costituzionale⁹⁸: non vi è un radicale divieto d'uso, ma la possibilità di utilizzare le intercettazioni come notizia di reato.

Se si hanno a disposizione due possibilità, una delle quali deve necessariamente essere, l'esclusione dell'una porta inevitabilmente all'altra. Ma nel momento in cui l'esclusione di un'opzione lascia spazio a più alternative, non è con la logica che si giunge a una soluzione. Nel momento in cui si ha uno scontro tra due interessi di rango costituzionale (riservatezza, efficienza del processo), è inevitabile che la soluzione dipenda dalla scala di valori dell'interprete, dalla sua ideologia⁹⁹.

6. Rilievi conclusivi. Mentre le decisioni della Corte costituzionale sono, almeno in parte, ideologiche, quelle del Parlamento lo sono pienamente.

Il punto di equilibrio tra esigenze di accertamento e tutela della riservatezza individuato trent'anni fa, da pochi mesi è stato spostato dal legislatore.

La recente modifica normativa non ha mutato la struttura dell'art. 270 c.p.p., ma si è limitata a operare un'estensione dell'elenco dei reati per i quali è possibile servirsi delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un altro reato. Come si è detto, sull'opportunità dell'intervento legislativo si può discutere, ma non pare esser viziata da incostituzionalità¹⁰⁰.

Sull'interpretazione del primo comma dell'art. 270 c.p.p., nella formulazione antecedente alla riforma, la giurisprudenza di legittimità si era divisa¹⁰¹. Poco

⁹⁶ Questa interpretazione è stata espressamente esclusa da Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, in *Cass. pen.* 1996, 2913, con nota di FUMU, *Inutilizzabilità delle intercettazioni illegittime nelle indagini preliminari: finalmente effettivi controllo di legalità e sanzione processuale*.

⁹⁷ Così DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni*, cit., 27, nota 36.

⁹⁸ Concordano con questa interpretazione BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., 178, CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 284; CANTONE, *L'utilizzazione delle intercettazioni*, cit., 144; FILIPPI *L'intercettazione*, cit., 184 ROMBI, *La circolazione delle prove*, cit., 228. Così è orientata anche la giurisprudenza (Cass., sez. IV, 3 ottobre 2006, Abate, in *Cass. pen.* 2008, 1, 284; Cass., sez. I, 12 novembre 1997, Cuomo, in *Cass. pen.*, 1999, 1861).

⁹⁹ Come ebbe a dire TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, 1972, 141, «la dottrina giuridica [...] interviene nel processo di creazione del diritto; ed in alcuni settori, interviene da protagonista»; e in questo senso «ciò che i giuristi spacciano per "teoria" è, piuttosto, "ideologia"; ciò che spacciano per "scienza giuridica" è politica del diritto» (GUASTINI, REBUFFA, *Introduzione*, in TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 10).

¹⁰⁰ Par. 4.

¹⁰¹ Par. 3.

prima della modifica legislativa, per comporre il conflitto s'erano pronunciate le Sezioni unite, le quali avevano ritenuto che il divieto enunciato nell'art. 270 c.p.p. non operasse «con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempre che rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge»¹⁰².

Se venisse seguita questa massima per interpretare il novellato primo comma dell'art. 270 c.p.p. si giungerebbe, finalmente, a un quadro chiaro: oltre che per la prova del reato per il quale sono state disposte, le intercettazioni sarebbero utilizzabili esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e per quelli indicati nel primo comma dell'art. 266 c.p.p., senza che la connessione assuma alcun rilievo (la qual cosa dipende dalla circostanza che il legislatore – permettendo l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento dei reati indicati nell'art. 266 c.p.p. a prescindere da ogni nesso tra procedimenti – ha sterilizzato la massima relativa alla necessità di connessione). Anche nel caso di connessione, non sarebbero utilizzabili le intercettazioni per l'accertamento di reati non rientranti nella seconda parte del primo comma dell'art. 270 c.p.p.

Come è agevole constatare, si tratta della stessa conclusione a cui si giunge applicando correttamente la disciplina, ossia ritenendo che a) la connessione tra procedimenti non ha alcun rilievo nell'interpretazione dell'art. 270 c.p.p., e b) per l'utilizzazione delle intercettazioni non ha alcuna importanza la sede nell'ambito della quale si procede all'accertamento: le intercettazioni sono utilizzabili esclusivamente per la prova del reato per il quale sono state disposte e per i reati indicati nella seconda parte dell'art. 270, comma 1, c.p.p.¹⁰³.

In termini di prevedibilità delle decisioni si tratta certamente di un passo avanti.

Ci si trova allora nella paradossale situazione di dover sperare nell'osservanza, da parte della giurisprudenza di legittimità, di due massime che non si condividono. Se però in futuro qualcuno, aderendo alla c.d. tesi formalistica, giungesse a sostenere che i risultati delle intercettazioni sono utilizzabili come prova di ogni reato il cui accertamento avviene nel medesimo procedimento in cui le intercettazioni sono state disposte, o se altri, collocandosi nell'alveo della c.d. tesi sostanzialistica nella variante che rifiuta il limite della qualificazione del reato ex art. 266, comma 1, c.p.p., affermassero che le intercettazioni sono utilizzabili anche per l'accertamento dei reati oggetto di un proce-

¹⁰² Questa è la massima tratta da Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo, cit.

¹⁰³ V. il paragrafo che precede.

dimento connesso o collegato a quello nel quale le intercettazioni sono state autorizzate, si tornerebbe alla caotica situazione antecedente all'intervento legislativo. Dei segnali che nella inquieta giurisprudenza di legittimità il concetto di «reato» continui a strabordare, ed equivalga – contro ogni logica, e per mutare l'erronea espressione giurisprudenziale¹⁰⁴ – a quello di «reato connesso», già ci sono¹⁰⁵. Si procedesse su questa via, non resterebbe che confidare in un legislatore incline a esplicitare anche l'ovvio (sempre che poi qualcuno non lo facesse svanire¹⁰⁶).

¹⁰⁴ V. nota 34.

¹⁰⁵ V. Cass., sez. V, 6 febbraio 2020, C.G., in *Guid. dir.* 2020, f. 20, 112).

¹⁰⁶ Il riferimento è ovviamente alle interpretazioni giurisprudenziali che rimuovono delle disposizioni legislative le condizioni espressamente previste sgradite. Così vengono per esempio dissolti il requisito dell'«attualità» nella valutazione del pericolo di reiterazione del reato (v. ad es. Cass., sez. II, 19 ottobre 2016, Esposito, Rv. 268508) o l'«indicazione della fonte di riferimento» dalle condizioni di utilizzabilità della testimonianza indiretta (Cass., sez. V, 15 febbraio 2016, De Blasi, Rv. 267698).