

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

**LA CIRCOLAZIONE DELLE INTERCETTAZIONI
E LA RIFORMULAZIONE DELL'ART. 270 C.P.P.:
L'INCERTO PENDOLARISMO TRA REGOLA ED ECCEZIONE**

di Francesco Alvino

Lo scritto si confronta con la disciplina che regola la circolazione delle intercettazioni, successivamente alla riformulazione dell'art. 270 c.p.p. ad opera, da ultimo, della l. 28 febbraio 2020, n. 7, verificandone la compatibilità con le coordinate costituzionali di riferimento, come elaborate dalla giurisprudenza di legittimità – nella recentissima pronuncia delle Sezioni unite, Cavallo – in scia al consolidato insegnamento del Giudice delle leggi; quindi, alla luce dell'apparentemente insuperabile conflittualità tra quelle coordinate e l'attuale disciplina, muove una critica al corrente inquadramento in chiave costituzionale della materia, proponendo, quale istanza costituzionale di riferimento, cui parametrare la legittimità dell'attuale soluzione legislativa, la riservatezza, quale proiezione della personalità ex art. 2 Cost., e non già il tradizionale bene rappresentato dalla libertà e segretezza delle comunicazioni.

SOMMARIO: 1. L'art. 270 c.p.p. nella transizione normativa dal codice del 1988 alla riforma Orlando ed ai decreti attuativi. – 2. Il “*procedimento diverso*”: la via giudiziaria all'interpretazione della formula e il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. – 3. La riscrittura dell'art. 270 c.p.p.: il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 e la l. 28 febbraio 2020, n. 7. – 4. La riforma alla prova di costituzionalità: il regime ordinario di circolazione. – 5. (*segue*) L'utilizzazione extraprocedimentale delle intercettazioni tramite *trojan*. – 6. Riflessioni critiche. – 7. (*segue*) Il rilievo dei limiti edittali. La riqualificazione del reato portante. – 8. L'entrata in vigore.

1. L'art. 270 c.p.p. nella transizione normativa dal codice del 1988 alla riforma Orlando ed ai decreti attuativi.

Il tema dell'utilizzabilità delle intercettazioni in relazione a reati diversi rispetto a quelli per cui le operazioni captative siano state autorizzate, tradizionalmente controverso in giurisprudenza e dottrina, appare fatalmente destinato a ripolarizzare il dibattito, sia in sede accademica che giudiziaria, alla luce della rapidissima successione di eventi che hanno interessato il principale referente normativo in materia, rappresentato, come noto, dall'art. 270 c.p.p.

Il primo comma della richiamata disposizione, a mente del quale “*i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi 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*”, era sopravvissuto indenne, nella versione licenziata dai codificatori

del 1988, anche all'impeto riformatore del legislatore del 2017 che pure aveva riscritto *funditus* la disciplina delle intercettazioni nella affannosa ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra le potenzialità investigative implicite al mezzo captativo e la tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti – spesso, peraltro, estranei al *focus* dell'investigazione –, quali poli valoriali di un “fisiologico” conflitto. La riforma del 2017 – attuata con d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216¹ – come detto, non aveva interessato l'art. 270, comma 1, c.p.p., ma aveva innestato nella disposizione un comma 1-*bis* chiamato a disciplinare il regime di utilizzabilità in diverso procedimento dei risultati intercettativi acquisiti mediante captatore informatico (cfr. *infra*), oltre a raccordare alla disciplina generale – come regolata dai neointrodotti artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p. – la disciplina di ingresso dei risultati captativi nel procedimento *ad quem*².

Le difficoltà, da parte degli uffici giudiziari, nell'adeguarsi alle nuove procedure, anche tecniche, introdotte dal legislatore del 2017 – in apparente distonia rispetto all'urgenza implicita ad una regolamentazione che aspirava a aggiornare, in una materia costituzionalmente sensibile, i nuovi rapporti di forza nella dialettica tra autorità e libertà³ – inducevano il legislatore a differire l'entrata in vigore⁴ di una riforma destinata in realtà a rimanere *flatus legis* perché, infine, riscritta *ab imis* ad opera del d. l. 30 dicembre 2019, n. 161, recante *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, convertito, con modificazioni, con l. 28 febbraio 2020, n. 7. La lunga latenza dell'originaria riforma peraltro consentiva al legislatore di intervenire, estendendo integralmente anche ai procedimenti per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione la disciplina speciale, già prevista per i reati in materia di criminalità organizzata e di terrorismo, relativa alle intercettazioni di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo

¹ Sulla riforma del 2017, cfr. tra gli altri G. PESTELLI, [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: \(poche\) luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 169 ss.; D. PRETTI, [Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni](#), *ivi*, 189 ss., nonché tra i contributi monografici G. Giostra – R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, e O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018.

² Invero, a norma dell'art. 270, comma 3, c.p.p., nel testo riveniente dal d. lgs. 216/2017 “*ai fini della utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni degli articoli 268-bis, 268-ter e 268-quater*”.

³ Il legislatore delegante, invero, nel perimetrare l'oggetto ed i criteri direttivi della delega legislativa impegnava il Governo “*a prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni, in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 della Costituzione, attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine, avendo speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale [...]*” (art. 1, comma 84, lett. a), l. 23 giugno 2017, n. 103, cd. Legge Orlando).

⁴ L'entrata in vigore del d.lgs. n. 216/2017 è stata posticipata, dapprima, dal 26 luglio 2018 (data di entrata in vigore prevista dal testo originario dell'art. 9 d.lgs. n. 216/2017) al 1° aprile 2019 (d.l. 25 luglio 2018, n. 91, conv. in l. 21 settembre 2018, n. 108), poi nuovamente al 1° agosto 2019 (L. 30 dicembre 2018, n. 145), quindi, al 1° gennaio 2020 (d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. in l. 8 agosto 2019, n. 77).

elettronico portatile (cd. *trojan*), anche all'interno dei luoghi di privata dimora indipendentemente dalla circostanza che vi si stia svolgendo l'attività criminosa⁵.

Il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, come premesso, interveniva sull'art. 270 c.p.p. interpolandovi un comma 1-bis a mente del quale *"i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la 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"*; la disposizione, nel riferirsi ai reati diversi rispetto a quello oggetto di autorizzazione, non riproponeva la clausola normativa impiegata nel primo comma che, nel disciplinare la circolazione dei risultati intercettativi, prescriveva che le risultanze captative non potessero essere utilizzate ai fini di prova nei *"procedimenti diversi"* rispetto a quelli nei quali fossero state disposte le operazioni, a meno che risultassero *"indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza"*, clausola all'origine di profonde divergenze interpretative in seno alla giurisprudenza di legittimità, per lunghi anni attestata su fronti contrapposti, divisi da un irriducibile contrasto con riguardo alla nozione di *"diverso procedimento"* rilevante ai fini della disposizione.

2. Il *"procedimento diverso"*: la via giudiziaria all'interpretazione della formula e il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

In specie, il contrasto giurisprudenziale si cronicizzava in relazione alla trasferibilità – ed alle eventuali condizioni di trasferibilità – dei contenuti captativi – legittimamente appresi nel corso di attività di intercettazione – ai reati che fossero emersi nel corso delle operazioni e, quindi, trattati all'interno di un unico procedimento, inteso quale unico incartamento procedimentale, e quindi, in apparenza, estranei all'ambito disciplinare dell'art. 270 c.p.p., ed ai relativi presupposti applicativi, conseguendone, coerentemente, la piena utilizzabilità senza condizione alcuna dei risultati captativi rispetto ai reati successivamente emersi, purchè non costituissero oggetto di un procedimento *ab origine* distinto rispetto a quello in cui fossero emersi⁶; l'apparente linearità del descritto percorso ermeneutico nascondeva tuttavia, a giudizio di altro orientamento, una grave compromissione delle garanzie costituzionali in tema di libertà – e segretezza – delle comunicazioni: invero, riconoscere una illimitata utilizzabilità dei risultati captativi in relazione a qualunque reato emerga dalle attività di ascolto, pur se del tutto disancorato, nella fenomenologia materiale e nella genesi ideativa, dal reato –

⁵ Il riferimento è alla l. 29 gennaio 2019, n. 3 (cd. spazzacorrotti).

⁶ Nel caso, invero, l'alterità dei procedimenti, segnata dalla preesistenza di un distinto procedimento, sarebbe stata un impedimento insuperabile all'operare della illimitata utilizzabilità degli esiti captativi emersi nel corso del procedimento, se non nei limiti in cui quei risultati, in accordo alla lettera dell'art. 270, comma 1, c.p.p. fossero stati indispensabili alla prova di reati per i quali fosse previsto, in termini di obbligatorietà, l'arresto in flagranza (Cass., 23 febbraio 2016, n. 9500, Rv. 267784; Cass., 15 luglio 2015, n. 41317, Rv. 265004).

o dai reati – in relazione ai quali le attività captative siano state autorizzate, derubrica il provvedimento giudiziale di abilitazione alle operazioni di intercettazione ad una “autorizzazione in bianco”, e nel legittimare la circolazione, sia pure infraprocedimentale, di materiale captativo acquisito in assenza di un vaglio giurisdizionale, elude il vincolo costituzionale che prefigura un nesso inscindibile tra la violazione della libertà e segretezza delle comunicazioni e un’autorizzazione, da parte dell’Autorità giudiziaria, debitamente motivata, che dia conto dei presupposti giustificativi della captazione⁷; la cornice costituzionale di riferimento induceva quindi parte della giurisprudenza formatasi successivamente all’entrata in vigore del codice del 1988 ad ancorare la nozione di “diversità del procedimento” ad un dato di natura sostanziale, del tutto slegato dalla formale unitarietà del procedimento – perché iscritto sotto un unico numero di registro –, concludendo che si avesse alterità del procedimento – con conseguente operatività del regime restrittivo posto dall’art. 270, comma 1, c.p.p. – quando non vi fosse alcun nesso di connessione o di collegamento “sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico” tra il reato per il quale le operazioni di intercettazione fossero state autorizzate e il reato successivamente emerso⁸. Investite della composizione del contrasto, le Sezioni Unite hanno ratificato il secondo degli orientamenti, sia pure apportandovi talune restrizioni – con riguardo alla nozione di connessione rilevante ai fini della circolazione delle captazioni –, enunciando il principio di diritto per cui «il divieto di cui all’art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate – salvo che risultino indispensabili per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza – non opera con riferimento agli esiti relativi ai soli 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 dall’art. 266 c.p.p.»⁹. L’elemento di diversificazione nell’utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni – che giustifica il regime restrittivo codificato dall’art. 270, comma 1, c.p.p., quanto ai reati oggetto di un diverso procedimento – è quindi rappresentato, nel diritto vivente, dalla eccentricità del nuovo reato rispetto a quello per cui siano state autorizzate le operazioni di intercettazione ed ai reati a questo connessi ai sensi dell’art. 12 c.p.p., per i quali l’unica condizione di impiego degli esiti intercettativi è data dal rispetto dei requisiti edittali di intercettabilità posti dall’art. 266 c.p.p.¹⁰; la disciplina posta dall’art. 270, comma 1, c.p.p.

⁷ Cfr. E. APRILE – F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali*, Torino, 2004, p. 196; P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra legge ordinaria e Costituzione*, Torino, 2002, p. 165.

⁸ Sia consentito rinviare, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, a F. ALVINO, [Bene captum, male retentum: riflessioni in merito all’art. 270 c.p.p., in materia di circolazione endoprocedimentale delle intercettazioni, e a margine delle Sezioni unite Cavallo](#), disponibile sul sito di Magistratura Indipendente, 18 gennaio 2020.

⁹ Cass., Sez. un., 28 novembre 2019, dep. 2 gennaio 2020, n. 51, Rv. 277395 – 01, Cavallo.

¹⁰ Invero, la migrazione dei risultati captativi al reato, sia pure connesso, ma non incluso nel catalogo di cui agli artt. 266 e 266-bis c.p.p. eluderebbe la riserva di legge che ex art. 15 Cost. “*governa la materia delle intercettazioni nonché l’istanza di rigorosa – e inderogabile – tassatività che da essa discende*”, comprimendo un diritto fondamentale in assenza di una norma – ordinaria – che, in attuazione della “*delega costituzionale*”, attribuisca all’Autorità il potere di ingerenza.

è di conseguenza applicabile ai soli reati non connessi a quello oggetto di autorizzazione alle operazioni, come tali oggetto di un “diverso procedimento”: l’eccezione alla – altrimenti fisiologica – inutilizzabilità delle risultanze captative con riguardo ai reati ad arresto obbligatorio, quand’anche non connessi a quelli per cui si procede, si giustifica, nell’argomentare delle Sezioni unite – e della giurisprudenza costituzionale¹¹ – quale ragionevole deroga ispirata alla ineludibile necessità del contrasto alla criminalità espressiva del maggior allarme sociale.

Come ricordato, il d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, cit., nel disciplinare la circolazione delle risultanze intercettive acquisite mediante l’inoculazione di un captatore informatico su un dispositivo portatile, si affidava ad una nozione meno sfuggente di quella impiegata nel primo comma dell’art. 270 c.p.p., consentendo l’impiego di quelle risultanze, laddove indispensabili, anche per reati diversi – non necessariamente connessi – rispetto a quelli per i quali fosse stato emesso il decreto di autorizzazione, per i quali fosse tuttavia obbligatorio l’arresto in flagranza: la disciplina veniva quindi a differenziarsi rispetto alla disciplina ordinaria, in quanto non attribuiva rilievo – implicito invece nella nozione di “diverso procedimento” – alla connessione fra reati quale criterio ulteriore di esportabilità dei risultati captativi.

3. La riscrittura dell’art. 270 c.p.p.: il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 e la l. 28 febbraio 2020, n. 7.

Il d. l. 30 dicembre 2019, n. 161¹² riscriveva la norma di cui all’art. 270, comma 1-bis, c.p.p., nei termini che seguono: «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, se compresi tra quelli indicati dall’articolo 266, comma 2-bis». Dal raffronto tra le due versioni si coglie immediatamente come la circolazione degli esiti intercettativi, acquisiti mediante captatore informatico, sia stata ampliata, non rimanendo confinata ai reati ad arresto obbligatorio ma estendendosi ad ogni reato emerso nel corso dell’attività captativa, purchè rientrante nei limiti di ammissibilità posti dall’art. 266, comma 2-bis, c.p.p.¹³. Il riferimento al comma primo della disposizione

¹¹ Corte cost., 24 febbraio 1994 n. 63.

¹² Sulla contro-riforma delle intercettazioni, attuata dal d.l. in oggetto, cfr., tra i primi commentatori, G. PESTELLI, [La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità](#), in *Sist. pen.*, 2/2020, 109; D. PRETTI, [La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l’inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni](#), *ivi*, 71; G. SANTALUCIA, [Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni](#), in *Sist. pen.*, 1/2020, 47.

¹³ A mente dell’art. 266, comma 2-bis c.p.p. “l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell’articolo 4 c.p.p.”.

sembra rinviare alla utilizzabilità dei risultati captativi con riguardo ai reati ad arresto obbligatorio emersi nel corso dell'attività e non anche, ad avviso di chi scrive, ai reati connessi a quello per cui siano state autorizzate le operazioni tramite captatore né, indistintamente, ai reati contemplati dall'art. 266, comma 1, c.p.p. cui oggi il comma primo dell'art. 270 c.p.p. – a seguito delle modifiche apportate al d.l. 161 cit. in sede di conversione (cfr. *infra*) – rinvia: invero, l'estensione del criterio elaborato dalle Sezioni unite Cavallo – quanto ai reati connessi – snaturerebbe l'eterogeneità dei rispettivi criteri di circolazione, l'uno legato al procedimento diverso, l'altro al reato diverso e, d'altro lato, dilaterrebbe oltre misura l'impiego del materiale acquisito tramite *trojan*, in assenza di una verifica circa la reale coerenza di tale illimitata estensione rispetto agli obiettivi politico-criminali perseguiti dal legislatore (sul punto, cfr. *infra*). Il decreto legge, infine, interveniva anche sul comma secondo della disposizione, adeguando i richiami normativi alle modalità acquisitive del materiale intercettativo, non più riferiti agli abrogati artt. 268-bis, 268-ter e 268-quater c.p.p. ma al novellato art. 268, commi 6, 7 e 8, c.p.p.

In occasione della conversione in legge del d.l. 161 cit., l'assemblea parlamentare ha ampliato l'area di incidenza dell'intervento riformatore, con riguardo all'art. 270 c.p.p., mantenendo ferma la modifica del comma 2 della disposizione, che, quindi, nella transizione parlamentare non ha subito variazioni rispetto alla decretazione d'urgenza, se non nell'aggravamento degli oneri di trasferibilità dei risultati intercettativi conseguiti tramite *trojan*, ora utilizzabili per reati diversi da quelli cui si riferisce il decreto autorizzativo, purché indispensabili ai fini della prova dei reati di cui all'art. 266, comma 2-bis, c.p.p. (cfr. art. 270, comma 1-bis, c.p.p.), ma riscrivendo il comma primo dell'articolo 270 cit.

Le ragioni dell'intervento sul primo comma della disposizione non emergono con chiarezza dai lavori parlamentari: la Relazione che accompagnava la presentazione al Senato del decreto legge 161 cit., in vista della conversione, si limitava ad affermare che *“in ordine all'articolo 270 si interviene attraverso la modifica dei riferimenti normativi relativi al procedimento di stralcio, al fine di coordinare la norma con le modifiche all'articolo 268, e con una rimodulazione, anche alla luce della recentissima sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, della norma limitativa delle possibilità di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni captate tramite trojan per la prova di reati diversi da quelli in relazione ai quali l'intercettazione era stata autorizzata”*¹⁴. La puntualizzazione del Relatore si rivela, in ogni caso, utile in quanto documenta la presa d'atto, da parte della Commissione Giustizia, dei recentissimi sviluppi giurisprudenziali che avevano interessato la disposizione in commento. Nei lavori di Commissione, l'immediato antecedente all'emendamento che avrebbe, infine, riscritto il testo del primo comma dell'art. 270 c.p.p. nella versione definitiva – ed attualmente vigente – si rintraccia nell'emendamento 2.86 a firma dell'On. Grasso, che, in accordo al *dictum* delle Sezioni unite, prevedeva la riscrittura del primo comma, nei termini che seguono *“i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati*

¹⁴ Disponibile sul [sito del Senato](#).

per la prova di reati diversi 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 o per i reati che risultino connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale"¹⁵; l'emendamento, che, nel superare la nozione di "diverso procedimento" aveva il pregio di recepire il principio di diritto affermato dalla giurisprudenza di legittimità – sia pure al netto dell'imperfezione del rimando ai reati connessi ma non anche alla concorrente condizione di utilizzabilità rappresentata dalla pertinenza dei reati connessi al catalogo dei reati intercettabili ex art. 266, comma 1, c.p.p. – era riformulato dallo stesso proponente nel senso che i risultati delle intercettazioni potessero essere utilizzati in "procedimenti diversi" da quelli nei quali fossero state disposte, laddove indispensabili ai fini della prova "dei delitti indicati nell'art. 266, comma 1, c.p.p." e non anche dei reati da arresto obbligatorio¹⁶; l'emendamento, nel testo riformulato, era infine ritirato dallo stesso proponente e, su iniziativa del Relatore, sostituito dall'emendamento 2.219¹⁷, che proponeva l'integrale riscrittura del primo comma dell'art. 270 c.p.p. nel senso che "i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi 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 e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1, c.p.p.", testo approvato, alla lettera, salva una modifica di minima incidenza¹⁸, all'approvazione del Senato – e quindi all'approvazione definitiva della Camera – il dibattito in Commissione non chiarisce le ragioni della riformulazione dell'emendamento, né particolari spunti si colgono nei lavori di aula alla luce della questione di fiducia posta dal Governo sull'iniziativa legislativa. Appare in ogni caso possibile cogliere una direttrice, nella successione delle formule emendative, che, prendendo le mosse dall'iniziale proposta di allineamento della disposizione al principio affermato dalle Sezioni unite, se ne sono progressivamente distanziate, dapprima prevedendo – nella riformulazione dell'emendamento 2.86 – l'estensione dei risultati intercettativi ai reati diversi, purché ricompresi nel catalogo dell'art. 266, comma 1, c.p.p. – e non invece ai reati, eventualmente estranei a quel catalogo, per i quali fosse previsto l'arresto obbligatorio in flagranza –, infine ripristinando il riferimento ai reati soggetti ad arresto obbligatorio e mantenendo il riferimento ai reati ricompresi nell'art. 266, comma 1, cit.; lungo tale direttrice il Legislatore ha mostrato di ripudiare la proposta, implicita all'originaria formulazione dell'emendamento 2.86, che riscriveva il comma primo della disposizione, espungendone ogni riferimento ai "procedimenti diversi", preferendo mantenere ferma, sia pure in apparenza, la relativa nozione, apportando tuttavia consistenti deroghe alla circolazione dei risultati captativi, ora possibile, come ricordato, laddove le risultanze

¹⁵ La consultazione degli emendamenti è disponibile sul [sito del Senato](#).

¹⁶ Cfr. il resoconto della seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 13 febbraio 2020 (seduta antimeridiana).

¹⁷ Cfr. il resoconto della seduta della Commissione Giustizia del Senato in data 18 febbraio 2020 (seduta pomeridiana).

¹⁸ Il riferimento è all'introduzione del requisito della rilevanza quale ulteriore condizione, concorrente con l'indispensabilità dell'apporto captativo, all'utilizzo del materiale captativo quanto ai reati oggetto del diverso procedimento.

intercettative siano indispensabili – e rilevanti – per l’accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e dei reati di cui all’articolo 266, comma 1, c.p.p.

4. La riforma alla prova di costituzionalità: il regime ordinario di circolazione.

Il risultato finale, apprezzabile agevolmente alla luce della stessa *littera legis*, sembra rovesciare il rapporto tra regola ed eccezione: l’estensione dei risultati intercettativi ai procedimenti diversi – *id est* ai procedimenti riguardanti reati non connessi a quelli oggetto dell’autorizzazione alle operazioni – ha tradizionalmente rappresentato una deroga all’inesportabilità di quei risultati, giustificata, come ricordato, da ragioni politico-criminali – legate al disvalore ed all’offensività espressa dai reati soggetti ad arresto obbligatorio –, in grado di prevalere sul concorrente *asset* costituzionale della libertà e segretezza delle comunicazioni. L’estensione dei risultati captativi a tutti i reati compresi nel catalogo di cui all’art. 266, comma 1, c.p.p. – realizzata ad opera della l. 28 febbraio 2020 n. 7 – nel tradire l’eccezionalità della deroga, sembra contraddire la stessa rilevanza e quindi la stessa ragion d’essere della nozione di diverso procedimento. La norma invero parifica le condizioni di impiego del materiale intercettativo, indifferentemente utilizzabile sia per i reati connessi, alla luce del citato arresto delle Sezioni unite, sia per i reati non connessi – quindi oggetto di un procedimento diverso –, alla luce della novellata disposizione, purchè ricorra la condizione, comune ad entrambe le ipotesi, che il reato ulteriore – rispetto a quello oggetto di autorizzazione – soddisfi i limiti di ammissibilità codificati dall’art. 266, comma 1, c.p.p. L’indiscriminata utilizzabilità delle intercettazioni – peraltro aggravata dal mantenimento della tradizionale riserva di impiego del materiale, rappresentata dall’indispensabilità delle risultanze ai fini della prova dei reati soggetti ad arresto obbligatorio – per ogni reato rientrante nel catalogo dei reati intercettabili rappresenta un evidente *overruling* legislativo rispetto al *dictum* delle Sezioni unite e, soprattutto, alle condizioni di compatibilità costituzionale della disciplina in materia di circolazione dei risultati captativi; il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, invero, traeva immediato argomento – e giustificava la propria tenuta costituzionale – dalla ricognizione delle coordinate valoriali che, nella trama costituzionale, presiedono alla libertà e segretezza delle comunicazioni: dall’ordito costituzionale traspare il bilanciamento tra due distinti interessi, l’uno relativo alla “libertà e segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall’art. 2 Cost. l’altro connesso all’esigenza di prevenire e reprimere i reati”¹⁹; l’inerenza del diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione al nucleo essenziale dei valori della persona ne fa una componente “necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svolgersi in armonia con i postulati della dignità umana”; quelle stesse disposizioni

¹⁹ La citazione è tratta da Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, al pari delle citazioni che seguono nel testo e sino alla fine del periodo.

implicano al contempo *“il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione alle operazioni di intercettazione al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati”*; invero, la libertà della comunicazione *“risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse”* dei vincoli alla circolazione dei contenuti intercettati, in quanto *“l'utilizzazione come prova in altro procedimento trasformerebbe l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 Cost. in un'inammissibile autorizzazione in bianco”* ciò che *“vanificherebbe l'esigenza che l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni sia puntualmente motivato”* con *“riferimento sia ai soggetti da sottoporre al controllo sia ai fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede”*. In tale cornice, ad avviso delle Sezioni unite, il provvedimento di autorizzazione alle operazioni di intercettazione non si limita a legittimare il ricorso al mezzo di ricerca della prova ma *“circoscrive l'utilizzazione dei suoi risultati ai fatti di reato che all'autorizzazione stessa risultino riconducibili”* in linea con lo statuto di garanzie distillabile dall'art. 15 Cost., che interessano, come ricordato, tanto l'impiego del mezzo di ricerca della prova – e, quindi, il momento genetico dell'intrusione – quanto *“l'utilizzazione probatoria dei risultati dell'intercettazione”* – e, quindi, la circolazione del materiale captato. Nel quadro costituzionale evocato, non appare dubitabile, proseguono le Sezioni unite, che l'orientamento ad avviso del quale i risultati delle attività intercettative sono utilizzabili per ogni reato emerso grazie a quelle stesse captazioni, pur in assenza di qualsiasi legame tra i reati, svaluta i profili di garanzia impliciti alla motivazione del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni, non limitati all'atto genetico delle intercettazioni, affidando, al contempo, la circolazione dei risultati captativi a fattori del tutto aleatori, quale la pendenza di un autonomo procedimento in ordine ai fatti appresi nel corso delle intercettazioni. Una limitata utilizzabilità del materiale captativo, quanto a reati diversi rispetto a quelli oggetto di autorizzazione – e ai reati soggetti ad arresto obbligatorio – è di contro prospettabile, nel giudizio delle stesse Sezioni unite, con riguardo ai reati connessi *ex art. 12 c.p.p.* rispetto a quello autorizzato: il legame da connessione, invero, esprime un'intensità tale da attrarre i reati connessi al reato per cui sono state autorizzate le intercettazioni, escludendo, grazie alla – sia pure parziale – comunione delle regiudicande che ne deriva, che l'autorizzazione del giudice scada ad autorizzazione in bianco.

Appare, a questo punto, di immediata evidenza il frontale contrasto tra i limiti, di ascendenza costituzionale, alla circolazione interprocedimentale del materiale captativo, lucidamente delineati dalle Sezioni unite, e la disciplina introdotta dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7, che, muovendo da premesse apparentemente antitetiche, sovverte l'equilibrio faticosamente tracciato dal diritto vivente, accordando una indiscriminata utilizzabilità delle intercettazioni, impiegabili anche ai fini della prova dei reati non connessi rispetto a quello per cui l'autorizzazione alle operazioni sia stata data, e quindi del tutto estranei al fascio di luce proiettato dalla motivazione del provvedimento autorizzativo e ricadenti, invece, nell'indistinto cono d'ombra delle contingenze procedurali²⁰.

²⁰ L'estensione che opera il legislatore, peraltro, amplia le maglie anche dell'orientamento giurisprudenziale

L'unico profilo di distinzione, tra reati connessi e reati non connessi – o soggetti ad arresto obbligatorio –, ai fini dell'impiego del materiale probatorio ai fini della prova del reato ulteriore – e, quindi l'unico profilo giustificativo della dicotomia disciplinare dettata dalla alterità o non alterità del procedimento –, si scorge nella ulteriore condizione all'impiego del materiale probatorio rappresentata dalla *rilevanza* e dalla *indispensabilità*²¹ delle risultanze, condizione non applicabile ai reati connessi; ma tale filtro non sembra esprimere una reale capacità selettiva, in quanto – in disparte la considerazione per cui l'indispensabilità e la rilevanza descrivono in astratto *nozioni concentriche*, per cui l'elemento di prova indispensabile è, di norma, anche rilevante, conseguendone che la reale capacità selettiva, nel binomio rilevanza/indispensabilità è affidata al solo parametro della indispensabilità – la rilevanza è condizione comune all'impiego del materiale captativo anche con riguardo ai reati connessi (invero, un problema di utilizzabilità si pone esclusivamente con riferimento a quelle risultanze che appaiano utili alla prova del fatto e, quindi, rilevanti) e, d'altro canto, l'indispensabilità è criterio ermeneutico non adeguatamente compensativo del sacrificio del bene costituzionale: invero, non può non osservarsi come affidare al solo criterio di utilità processuale il governo del conflitto tra beni costituzionali sia soluzione che premia oltre misura un dato contingente, perché dipendente dalla mutevolezza dei singoli contesti giudiziari, che come tale non appare idoneo ad esprimere alcun reale ed obiettivamente apprezzabile contrappeso valoriale alla eccezionalità della circolazione del materiale captativo, rimettendo la garanzia dell'intangibilità della sfera comunicazionale dell'individuo alle contingenze probatorie del singolo procedimento; quel criterio, in altri termini, agendo sul piano processuale della rilevanza del dato captativo, dovrebbe operare selettivamente in un momento successivo rispetto alla preliminare delimitazione, ad opera del legislatore, delle fattispecie di reato oggetto del procedimento diverso – e, quindi, delle fattispecie di reato diverse da quella per la quale sia stata concessa l'autorizzazione alla captazione e da quelle ad essa connesse – per le quali le risultanze captative siano utilizzabili, in accordo, del resto, alla ordinaria disciplina in materia di intercettazioni che non valorizza il solo dato dell'assoluta indispensabilità dell'ascolto a fini investigativi (art. 267 c.p.p.), ma, in via preliminare, enumera le condizioni di ammissibilità della captazione, con riguardo allo spessore edittale dei reati per i quali è consentito ricorrere all'intercettazione (art. 266 c.p.p.). Non appare secondario ricordare come la stessa Corte costituzionale, nello scrutinare l'eccezionale clausola derogatoria codificata dall'art. 270, comma 1, c.p.p., con riguardo all'utilizzazione del materiale captativo nei procedimenti diversi, limitatamente ai reati

più permissivo – poi confutato dalle Sezioni unite – che, come ricordato, ammetteva la utilizzabilità del materiale captativo anche con riguardo ai reati emersi nel corso del procedimento, pur se non connessi a quello originario, a condizione che non si trattasse di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, condizione, quest'ultima che non compare nell'attuale formulazione della norma.

²¹ Il requisito dell'indispensabilità si correla, quanto al *quid probandum*, non solo all'accertamento del fatto reato, ma all'intera imputazione, oggetto del procedimento *ad quem*, compresi i fatti relativi alla punibilità, alla determinazione della pena, alla qualificazione del reato in rapporto alle circostanze attenuanti o aggravanti e al riscontro a dichiarazioni accusatorie (Cass., 18 febbraio 2015, n. 12625, Rv. 262927; Cass., 25 novembre 2005, dep. 24 gennaio 2006, n. 2809, Rv. 233365).

ad arresto obbligatorio, ne abbia affermato la legittimità in ragione – non già del filtro all’ingresso costituito dalla indispensabilità della prova auditiva, quanto piuttosto – della gravità e dell’allarme sociale che destano quei reati, tali da giustificare una circolazione del sapere intercettativo altrimenti preclusa: invero *“nell’ambito di un contesto 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”*²²; le riflessioni della Corte costituzionale inducono ad una particolare cautela nell’interpretazione delle norme espressione di un bilanciamento tra valori costituzionali in competizione, in una materia in cui l’una delle istanze costituzionali è presidiata dalla riserva di legge e dalla riserva – motivata – di giurisdizione sicché, nell’ipotesi in cui, in linea con l’espressa affermazione della giurisprudenza costituzionale, sbiadisce, con riguardo alla circolazione extraprocedimentale delle intercettazioni, la garanzia rappresentata dalla motivazione del provvedimento – profilo che rimanda alla riserva di giurisdizione –, la riserva di legge rappresenta – di fatto – il principale presidio a garanzia dell’invulnerabilità della libertà e segretezza delle comunicazioni, come tale incompatibile con letture riduttive che di fatto affidino l’illustrazione dei casi e dei modi di aggressione alla libertà costituzionale²³ al solo parametro della rilevanza e dell’indispensabilità dell’utilizzo del materiale captativo ai fini della prova del reato diverso.

L’indifferenziata soggezione dell’impiego delle intercettazioni ai soli limiti di utilizzabilità, posti dall’art. 266 c.p.p., e la conseguente obliterazione, da parte della l. 28 febbraio 2020, n. 7, di qualunque rilievo alla circostanza dell’obiettivo eccezionalità – anche in chiave costituzionale – della circolazione del materiale captativo, quanto ai reati per i quali le operazioni di captazione non siano state debitamente motivate, prospetta, in astratto, e in accordo alle conclusioni rassegnate dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale, severi dubbi di legittimità costituzionale della disciplina²⁴ per il frontale

²² Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63.

²³ Cfr. P. BARILE – E. CHELI, voce *Corrispondenza*, in *Enc. dir.*, quanto all’affermazione per cui il sintagma *“con le garanzie stabilite dalla legge”*, di cui discorre l’art. 15 Cost., esige la predeterminazione, da parte del legislatore, dei casi e dei modi di compressione della libertà comunicazionale in termini del resto non dissimili dalle restrizioni apportabili alla libertà personale ex art. 13 Cost.

²⁴ Analoghe perplessità, peraltro, aveva modo di palesare la Commissione Affari costituzionali del Senato che, in sede consultiva, nella seduta del 19 febbraio 2020, in merito al testo dell’emendamento 2.219, raccomandava che la circolazione delle intercettazioni, quanto ai reati oggetto del diverso procedimento, fosse limitata ai reati per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza *“fatti salvi i limiti di cui all’art. 266, comma 1, c.p.p.”*, prospettando quindi una ulteriore restrizione, che, nel solco di un’originale rilettura delle Sezioni unite Cavallo, rilettura delimitasse l’impiego extraprocedimentale delle intercettazioni ai reati ad arresto obbligatorio che, al contempo, rispondessero ai requisiti di cui all’art. 266, comma 1, c.p.p.

contrasto che essa sembra determinare rispetto all'art. 15 Cost. – e in specie rispetto alla riserva di giurisdizione, che, nel caso, esige che la compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni avvenga per atto motivato dell'autorità giudiziaria – e, del pari, rispetto all'art. 3 Cost., per l'irragionevole parificazione che realizza, nell'estendere l'impiego extraprocedimentale del materiale intercettativo a fattispecie di reato – quali quelle di cui all'art. 266 c.p.p. – portatrici di non confrontabili offensività rispetto a quelle per cui sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Dubbi di costituzionalità non mitigati dalla percorribilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, attesa la chiarezza del testo di legge, il cui significato dispositivo non muterebbe neppure se la locuzione "*diverso procedimento*" si intendesse come "*diverso reato*", in quanto in ogni caso permarrebbe l'illimitata utilizzabilità dei risultati intercettativi; né la disposizione parrebbe interpretabile nel senso che l'utilizzo extraprocedimentale sia limitato ai reati ad arresto obbligatorio che, al contempo, rientrano nel catalogo dell'art. 266, comma 1, c.p.p., in ragione della inammissibile torsione del testo letterale – che discorre partitamente "*dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*" e "*dei reati di cui all'articolo 266*" c.p.p., peraltro evocando due parametri qualificativi eterogenei, sia pure parzialmente coincidenti, quali delitti e reati – e della inafferrabilità di una *intentio legis*, su cui in ipotesi fondare la profonda ortopedia ermeneutica che la reinterpretazione della norma, nei termini detti, sembra implicare (cfr. art. 12 Preleggi).

5. (segue) L'utilizzazione extraprocedimentale delle intercettazioni tramite trojan.

A conclusioni in parte diverse, di contro, può pervenirsi con riguardo alla disposizione dettata dall'art. 270, comma 1-bis, c.p.p., che, come ricordato, "*fermo restando quanto previsto dal comma primo*" assicura alle intercettazioni mediante captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile una circolazione coestesa ai limiti di ammissibilità dello strumento posti dall'art. 266, comma 2-bis, c.p.p., purché indispensabile ai fini probatori. Nel caso, invero, è obiettivamente sperimentabile un'opzione interpretativa che circoscriva l'impiego del materiale captato entro limiti coerenti con l'eccezionalità della migrazione extraprocedimento degli esiti captativi: come ricordato, il rinvio che il comma in esame opera al primo comma dell'art. 270 c.p.p. – può e – deve intendersi riferito alla sola previsione dell'impiego delle risultanze captative ai fini della prova dei reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, e non anche ai fini della prova di ogni reato appartenente al catalogo di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p.; in tal senso non sembra azzardato ritenere che, all'atto della conversione in legge del decreto legge 161 cit., non siano stati adeguatamente considerati i riflessi che l'intervento sul comma primo dell'art. 270 c.p.p. determinava con riguardo al comma successivo che al primo – nell'incipit – rimandava, e che quindi non sia stata ponderata la circostanza per cui l'estensione dell'utilizzabilità del materiale intercettativo a tutti i reati di cui all'art. 266 c.p.p., conseguente alla riscrittura del primo comma della disposizione, avrebbe potuto determinare una pari estensione del regime

di utilizzabilità extraprocedimentale delle risultanze acquisite tramite *trojan*²⁵. In tal senso depongono, da un lato, i lavori parlamentari, che, per quanto può rilevare, non si soffermano in alcun modo sulla questione e, dall'altro – e soprattutto – un argomento di sistema. Ammettere una illimitata utilizzabilità del materiale acquisito tramite *trojan* per i reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. significa ammettere l'ingresso, nel processo, di elementi acquisiti, in ipotesi, in applicazione dello speciale statuto previsto dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.²⁶, anche ai fini della prova di reati – quali alcuni dei reati contemplati nell'art. 266, comma 1, c.p.p. – che non avrebbero consentito il ricorso all'intercettazione domiciliare non qualificata dalla *suspicio perdurantis criminis* e apparirebbe elusivo dei limiti della disciplina in tema di intercettazioni consentirne l'impiego – al limite – in quello stesso processo – e per reati – nel quale allo specifico mezzo captativo non si sarebbe potuto ricorrere per la preclusione posta dalla disciplina generale; è certamente vero che il riferimento ai reati da arresto obbligatorio in flagranza, cui si correla la tradizionale – e, del resto, attuale – deroga al divieto di circolazione extraprocedimentale delle intercettazioni, sconta l'eventualità che il reato *ad quem* non pertenga al catalogo dei reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., ma, nel caso, la deroga si giustifica, alla luce della giurisprudenza costituzionale in materia (cfr. *supra*), nella ponderazione comparativa tra valori fondamentali in conflitto, alla luce del richiamo ad una categoria di reati tendenzialmente omogenea, quanto a disvalore ed offensività – ed autonoma rispetto alla disciplina generale in tema di intercettazioni –, laddove, nell'ipotesi ora in considerazione, si legittimerebbe l'impiego di risultanze captative in virtù di un richiamo ad una categoria di reati – quali i reati del catalogo segnato dall'art. 266, comma 1, c.p.p. – fortemente disomogenea, al cui interno coabitano, ad es., la minaccia, la molestia e il disturbo alle persona, la frode in commercio e i più gravi delitti contro la persona o lo Stato, circostanza che segnerebbe l'obiettivo irragionevolezza del bilanciamento di interessi perseguito dal legislatore.

Infine, come detto, il rinvio al comma primo della disposizione neppure può intendersi come riferito all'estensibilità dei risultati acquisiti mediante *trojan* ai reati connessi a quello per cui si procede in quanto, in disparte la questione relativa alla necessità che, nel caso, il reato connesso debba soddisfare i requisiti edittali di cui all'art. 266, comma 1, o all'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., il criterio elaborato dalle Sezioni unite traeva argomento dalla nozione di diverso procedimento presupposta dall'art. 270, comma 1, c.p.p., nozione del tutto eterogenea rispetto ai criteri di impiego codificati dall'art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p., che discorrono, invece, di reato diverso.

Alla luce di tali considerazioni, a giudizio di chi scrive, la soluzione interpretativa, costituzionalmente orientata, appare cogente, nel senso di ritenere che il

²⁵ Di un incedere frettoloso del legislatore, poco attento alle relazioni interne all'articolo in commento, è, del resto, traccia nei commi successivi, laddove la proceduralizzazione dell'iter di acquisizione del materiale captativo fa espresso riferimento al solo comma primo e non anche al comma 1-*bis* che pure disciplina un eguale fenomeno migrativo.

²⁶ A mente del quale "l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4".

richiamo al primo comma che opera l'art. 270, comma 1-*bis*, c.p.p. sia limitato ai soli reati ad arresto obbligatorio, cui si aggiungono – quanto alla possibilità di una migrazione del materiale acquisito tramite *trojan*, ai fini della prova di reati diversi da quello per cui le operazioni siano state autorizzate – i reati di cui all'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., gli uni e gli altri configurando sottoinsiemi omogenei, quanto a gravità ed offensività²⁷, che giustificano ampiamente l'eccezionale deroga alla ordinaria immanenza dei risultati intercettativi al – solo – reato oggetto di autorizzazione, dovendo farsi applicazione, quale criterio di impiego processuale, del requisito della indispensabilità, ai fini della prova del reato diverso, del contenuto auditivo oggetto di captazione nel corso delle operazioni disposte con riguardo al reato per cui erano state autorizzate.

6. Riflessioni critiche.

Le premesse considerazioni costituiscono la lineare applicazione delle soluzioni e dell'inquadramento costituzionale della materia operati dalle Sezioni unite, in accordo alla giurisprudenza costituzionale. Appare doveroso, tuttavia, sperimentare la praticabilità di un percorso interpretativo diverso che rimetta in discussione l'interpretazione corrente e, se del caso, ratifichi, anche – e soprattutto – in un'ottica costituzionale, la soluzione legislativa codificata dalla l. 28 febbraio 2020, n. 7, con riguardo all'art. 270, comma 1, c.p.p.

Invero, nell'argomentazione delle Sezioni unite, così come della giurisprudenza costituzionale di cui la pronuncia di legittimità si fa eco, le premesse “costituzionali” della materia non appaiono del tutto coerenti rispetto alle implicazioni che se ne traggono: dall'enunciazione per cui la disposizione di cui all'art. 15 Cost. costituisce un –non superabile– baluardo ordinamentale a tutela delle libertà e segretezza delle comunicazioni, espressivo di un primato assiologico tale da riflettersi, inevitabilmente, anche sulla disciplina in tema di circolazione delle intercettazioni, limitandone la migrabilità dei risultati in modo da prevenire diluizioni, nella concreta prassi procedurale, delle garanzie conformative di quella libertà, al contempo scongiurando l'elusione, quanto al procedimento *ad quem*, dell'obbligo di motivazione, dovrebbe, conseguentemente, discendere la conclusione della indiscriminata inutilizzabilità delle risultanze captative per ogni reato diverso da quello per cui le intercettazioni siano state autorizzate e da quelli ad esso connessi, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di reati appartenenti al catalogo di cui all'art. 266 c.p.p. o di reati ad arresto obbligatorio in flagranza: invero, la circolazione di quel materiale – ai fini della prova di un reato non connesso rispetto al reato portante – si realizzerebbe comunque in violazione

²⁷ Profili con i quali sembra concorrere, ad ulteriore giustificazione dell'estensione, anche le peculiarità investigative di quei reati – si pensi ai reati compiuti per finalità di terrorismo o ai reati paracorruttivi dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, la cui base *lato sensu* contrattuale costituisce un efficacissimo schermo all'emersione del fenomeno criminale, che prolifica al riparo del tacito e reciproco vincolo all'omertà che accomuna le parti – in cui la dispersione dei contenuti occasionalmente captati spesso si tradurrebbe in una irreparabile lacuna informativa.

dell'obbligo, costituzionalmente imposto, di congrua e specifica motivazione –nel “procedimento” di destinazione–, e, quindi, in difetto di un requisito che, nell'argomentare delle Sezioni unite, è essenziale, sul piano della compatibilità costituzionale della disciplina, ai fini della circolazione stessa. In altri termini, polarizzare intorno al nucleo valoriale segnato dall'art. 15 Cost. la disciplina della circolazione delle risultanze captative, subordinandone l'impiego a un provvedimento motivato, dovrebbe condurre, quale esito interpretativo costituzionalmente vincolato, alla conclusione della radicale inutilizzabilità di quegli esiti con riguardo ad ogni reato diverso – per quanto grave – da quello oggetto di autorizzazione e da quelli ad esso connessi – in ragione della “fisiologica” insufficienza argomentativa espressa dalla motivazione del provvedimento autorizzativo, quanto ai reati non connessi a quello portante – e quindi a denunciare ragionevolissimi dubbi di compatibilità costituzionale della disciplina posta dal riformulato art. 270 c.p.p., che, all'opposto, nel liberalizzare la circolazione del materiale intercettativo quando sia indispensabile a fini della prova di reati ad arresto obbligatorio così come dei reati di cui al catalogo dell'art. 266 c.p.p., sembra sancire l'utilizzabilità di prove assunte *contra constitutionem*, perché acquisite in violazione di un obbligo di rilievo costituzionale, quale l'approntamento di una puntuale e specifica motivazione a monte della intrusione nell'altrui sfera comunicazionale²⁸. Né appaiono persuasive, sul punto, le obiezioni di Corte cost. 24 febbraio 1994 n. 63, cit., che, come noto, ebbe a ratificare la legittimità costituzionale della clausola derogatoria posta dall'art. 270, comma 1, c.p.p. – nella formulazione allora vigente – in ragione della gravità e dell'allarme sociale che suscitano i reati soggetti ad arresto obbligatorio, per i quali, quindi, si giustificava una migrazione delle acquisizioni captative altrimenti non consentita: in disparte, invero, il rilievo della inattualità di quell'argomento alla luce della riformulazione dell'art. 270 c.p.p. che amplia l'utilizzabilità *ultra sedem* delle intercettazioni, non più limitata ai soli reati ad arresto obbligatorio ma estesa anche ai reati di cui all'art. 266 c.p.p., l'inutilizzabilità di un dato probatorio, conseguente alla inosservanza dei requisiti modali delle norme, anche costituzionali, che ne disciplinano l'acquisizione, è sanzione trasversale e ubiquitaria che sembra sfuggire ad ogni bilanciamento, ancorché si profili, sul contrapposto versante, un concorrente bene di rilievo costituzionale, quale è l'interesse all'accertamento e alla repressione dei reati, *ex art. 112 Cost.*²⁹; il bilanciamento è esperimento interpretativo

²⁸ I riflessi processuali della violazione di norme di rango costituzionale attengono alla inutilizzabilità della prova acquisita attraverso la norma valvolare di cui all'art. 191 c.p.p. (Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 21, in scia a Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, cit.; Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, n. 6). Cfr. in tema, Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, per l'affermazione per cui “*anche il diritto inviolabile protetto dall'art. 15 Cost. può subire limitazioni o restrizioni in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione*”.

²⁹ Cfr. per una peculiare applicazione del principio, Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426, Rv. 246271, a giudizio delle quali l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, che sia stata accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti in qualsiasi tipo di giudizio, e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione (la fattispecie decisa dalle Sezioni unite, peraltro, aveva ad oggetto una violazione procedurale apparentemente minore, rispetto a quella che interessa in questa sede, quale l'assenza di motivazione in

legittimamente attuabile quando vengano a raffronto beni costituzionali confliggenti, nell'implicita premessa che nessuno dei termini in conflitto sottenda illegittimità conseguenti alla violazione delle norme di matrice costituzionale che ne disciplinano il sacrificio: l'insanabile ed originaria illegittimità delle modalità di aggressione del bene, in altri termini, non appare negoziabile, in specie quando interessi profili coesenziali alla stessa difesa del bene³⁰ – e quindi identitari della garanzia di cui la Carta costituzionale circonda il bene –, quale si rivela, nell'argomentare della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, la sussistenza di un puntuale corredo motivazionale. Non si sottrarrebbe alle censure di compatibilità costituzionale, ad es., un'interpretazione che ammettesse l'utilizzabilità delle intercettazioni disposte di iniziativa da parte del pubblico ministero e, quindi, non convalidate dal giudice, sulla scorta della considerazione della gravità dei reati emersi da quelle captazioni, perché, in ipotesi, soggetti ad arresto obbligatorio.

Le frizioni costituzionali che, nell'impostazione sistematica della materia, l'elaborazione giurisprudenziale denuncia, inducono, doverosamente, ad una riflessione ulteriore, che, alla luce dei profili di originalità che la circolazione delle intercettazioni manifesta rispetto al momento acquisitivo propriamente inteso, riconsideri gli stessi paradigmi costituzionali di riferimento – e, quindi, i parametri valoriali ad essi sottesi –, per sondarne, infine, la compatibilità con il quadro disciplinare. Invero, a giudizio di chi scrive, la circolazione degli esiti intercettativi non sembra rinviare al nucleo valoriale presidiato dall'art. 15 Cost. ed al conseguente corredo di – insopprimibili – garanzie che, in attuazione del precetto costituzionale, gli artt. 266 e 267 c.p.p. pongono, quanto, piuttosto, al bene-riservatezza, che trova il proprio, sia pure innominato, riconoscimento, quale proiezione della personalità dell'individuo, nell'art. 2 Cost.: invero, la riservatezza evoca *“questioni legate all'accessibilità ed alla diffusione di un dato già acquisito, laddove le problematiche più complesse si presentano con riguardo all'aggressione della sfera individuale nel momento della captazione”*³¹; del resto riferire all'art. 15 Cost. anche la problematica relativa alla circolazione delle intercettazioni e limitarne l'operatività in ragione delle fisiologiche insufficienze motivazionali del provvedimento autorizzativo, quanto ai reati non connessi, travisa ed esaspera il ruolo della motivazione del provvedimento abilitativo, che è atto a *“fondare lo strumento conoscitivo, non l'oggetto della conoscenza”*³²: l'autorizzazione giudiziale alle operazioni, nel legittimare l'ascolto, esaurisce, nel rispetto delle previsioni poste dal codice di rito, l'insieme delle condizioni cui l'art. 15 Cost. subordina la legittimità dell'incursione nell'altrui sfera relazionale; se la previsione costituzionale esprime una *“tipica situazione di inviolabilità da interferenze”* e non *“un diritto alla tutela”*³³, si coglie immediatamente la diversa prospettiva anche

ordine all'inidoneità od insufficienza degli impianti esistenti presso la Procura della Repubblica).

³⁰ La distinzione tra modalità *“doverose”* e modalità *“facoltative”*, ai fini del giudizio in ordine alla legittimità costituzionale dell'aggressione alla libertà e segretezza delle comunicazioni, risale a A. PACE, sub art. 15, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, pag. 107.

³¹ C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pag. 1573. Di una distinzione tra i due diritti, in una tematica tangente alla presente, discorre invero anche Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

³² F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni*, in *Foro it.*, 1989, c. 24.

³³ Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, cit.

costituzionale della circolazione delle intercettazioni, che, attenendo ad un momento successivo all'interferenza, opera su un piano del tutto eccentrico rispetto all'autorizzazione alle operazioni, questa – e solo questa – interessando propriamente il momento di attrito tra la libertà e segretezza delle comunicazioni e l'intrusione dell'autorità, unico momento rispetto al quale l'osservatore è chiamato a vagliare la congruità e specificità della motivazione del provvedimento autorizzativo, pena l'incontrollata dilatazione dell'ombrello costituzionale. In accordo a quanto premesso, l'art. 270 c.p.p. si limita a regolare la selettività del filtro implicito alla riservatezza, quale controinteresse alla illimitata utilizzabilità degli esiti intercettativi a fini di giustizia penale, in un'ottica costituzionalmente necessitata³⁴, in quanto, nel prevenire la indiscriminata circolazione, anche solo endoprocedimentale, delle intercettazioni, evita di degradare il provvedimento autorizzativo ad una inammissibile autorizzazione in bianco, che certamente comprometterebbe anche il bene-riservatezza, sfornendolo di qualsivoglia difesa a fronte del rilievo probatorio, purchessia, del dato oggetto di captazione. L'art. 270 c.p.p. opera quindi la necessaria mediazione tra due istanze costituzionali in conflitto, in termini funzionalmente non dissimili, del resto, dalla mediazione che gli artt. 266, 266-bis e 267 c.p.p. operano con riguardo ai beni direttamente tutelati dall'art. 15 Cost.³⁵

Quale norma di bilanciamento, i parametri costituzionali rilevanti, ai fini del giudizio di compatibilità costituzionale della disposizione, attengono al necessario rispetto del principio di proporzionalità³⁶, canone ermeneutico ormai di largo impiego in sede eurounitaria³⁷ e convenzionale³⁸ e, del resto, di comune utilizzo sia da parte della Corte costituzionale³⁹, sia della giurisdizione ordinaria⁴⁰; in tale prospettiva valutativa, l'estensione dei risultati captativi a tutti i reati emersi nel corso delle intercettazioni – oltre che a quelli da arresto obbligatorio, per i quali non sembrano porsi particolari questioni, attesa la gravità che essi esprimono e che ne giustifica ampiamente, in termini di proporzionalità, la permeabilità all'ingresso delle intercettazioni – non sembra confliggere con il principio di proporzionalità, il cui setaccio necessariamente è chiamato a filtrare la legittimità di ogni soluzione legislativa che comprime una libertà fondamentale in vista della promozione di altro e confliggente valore costituzionale; come noto, il principio si articola in tre stadi, il primo attiene all'idoneità della soluzione

³⁴ Del resto sin dalla sentenza 34 del 1973 la Corte costituzionale ammoniva il legislatore perché, in ossequio al dettato costituzionale, predisponesse una disciplina che, tra l'altro, stabilisse i "limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni fosse utilizzabile nel processo".

³⁵ Sia consentito, ancora, rinviare a F. ALVINO, *Bene caputm*, cit.

³⁶ In tema, cfr., tra gli altri, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, 2013; F. NICOLICCHIA, [Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2018, 176.

³⁷ Tra le altre, CGUE, 17 dicembre 2015, *WebMindLicenses*: nel caso la Corte ha affermato che l'utilizzo, in sede fiscale, di intercettazioni di telecomunicazioni disposte nel processo penale deve soddisfare il principio di proporzionalità.

³⁸ Cfr. tra le altre Corte EDU, 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*.

³⁹ Cfr. tra le altre Corte cost., 27 febbraio 2015, n. 23.

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. un., 1° luglio 2016, n. 26889, Rv. 266905 - 01, Scurato, in materia di captatore informatico.

legislativa, intesa quale capacità in astratto di raggiungere l'obiettivo prefissato; il secondo attiene alla stretta necessità, per cui, a parità di efficacia, è da preferire la soluzione intrusiva di minore intensità; il terzo, infine, attiene alla proporzionalità-adequatezza e previene che i diritti fondamentali del singolo siano compressi in maniera intollerabile⁴¹. Le condizioni cui il legislatore, nel riscrivere il comma primo dell'art. 270 c.p.p., subordina la circolazione delle intercettazioni, sembrano rispettare ciascuno dei sub criteri in cui si scompone il giudizio di proporzionalità: nella – ovvia – premessa dell'idoneità della soluzione legislativa a realizzare l'obiettivo perseguito, il previo apprezzamento, da parte del giudice ad quem, dell'indispensabilità dei contributi captativi aliunde disposti corrisponde alla cd. stretta necessità, per cui la compressione della riservatezza si giustifica alla luce della impraticabilità di opzioni probatorie diverse, e il richiamo al requisito edittale di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. rileva ai fini del rispetto della proporzionalità-adequatezza, in quanto esso, nel confinare l'area dell'utilizzabilità dei risultati ad ambiti criminali che comunque consentono l'intercettazione, e, che quindi, consentono una intrusione ben superiore all'intrusione della – sola – riservatezza che la circolazione delle intercettazioni produce, assicura che quella circolazione non sacrifichi inaccettabilmente il bene costituzionale. Appare evidente, alla luce di quanto argomentato, che il requisito della indispensabilità sia destinato ad assumere un ruolo centrale nell'esperienza giudiziaria, in quanto da un lato esprime l'uno dei baricentri su cui poggia il complessivo equilibrio delineato dal legislatore, dall'altro rispetta, nell'obbligo di motivazione – quanto all'indispensabilità dell'informazione captativa – che assiste l'impiego delle risultanze per la prova del reato successivamente emerso, l'onere motivazionale che la consolidata giurisprudenza di legittimità esige con riguardo ai provvedimenti comunque intrusivi dell'altrui riservatezza⁴².

Nella prospettiva considerata, trova conferma, per le medesime ragioni, la soluzione interpretativa che diversifica il regime di circolazione delle intercettazioni disposte tramite *trojan*, che, in quanto suscettibili di arrecare una più franca intrusione alla riservatezza del soggetto, devono necessariamente assoggettarsi ad una disciplina di maggior rigore, rispetto a quella ordinaria, che, ferma l'indispensabilità dell'impiego extraprocedimentale – o infraprocedimentale –, ne limiti l'impiego ai soli reati pertinenti al catalogo di cui all'art. 266, comma 1-*bis*, c.p.p, oltre che a quelli ad arresto obbligatorio.

7. (segue) Il rilievo dei limiti edittali. La riqualificazione del reato portante.

La riscrittura dell'art. 270 c.p.p., ancora, nel rilievo che espressamente accorda al catalogo dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., quale elenco ricognitivo delle fattispecie criminali giustificative del *vulnus* alla riservatezza che la circolazione delle intercettazioni comporta, sembra definitivamente bandire gli orientamenti

⁴¹ Cfr. M. CAIANIELLO, [Il principio di proporzionalità nel procedimento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4 2014, p. 151.

⁴² Cass., Sez. un., 28 marzo 2006 n. 26795, Rv. 234269 – 01, Prisco.

interpretativi, sia pure non incontrastati per cui *“i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati all’art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati che emergano dall’attività di captazione, ancorché per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite”*⁴³; non appare azzardato del resto, scorgere nell’espresso riferimento all’art. 266 c.p.p. la ratifica – e la generalizzazione – della soluzione affermata dalle Sezioni unite, che, sul punto, avevano concluso che l’estensione delle risultanze ai reati connessi a quello portante fosse condizionata alla verifica che il reato *ad quem* rientrasse nei limiti di ammissibilità previsti dall’art. 266 c.p.p. Se tale soluzione interpretativa, alla luce del dato letterale e sistematico, appare difficilmente controvertibile, non può in ogni caso sottacersi come tale lettura rischi di arrecare, sul piano processuale, una non marginale compromissione della compiutezza e della razionalità stessa dell’accertamento giudiziario, in ragione dell’indissolubile legame che avvince i reati connessi al reato portante. La rilevata eterogeneità dei beni costituzionali sottesi alla captazione ovvero alla circolazione dei relativi risultati, quanto alla prova dei reati diversi da quello portante, sembra, per contro, giustificare l’attuale validità dell’orientamento per cui la riqualificazione del fatto di reato in ordine al quale siano state autorizzate le operazioni di intercettazione non è di ostacolo all’utilizzabilità dei relativi esiti, pur quando quel reato sia stato successivamente derubricato entro una fattispecie di incriminazione estranea al catalogo di cui all’art. 266 c.p.p., in quanto *“la legittimità di una intercettazione deve essere verificata al momento in cui la captazione è richiesta ed autorizzata, non potendosi procedere al controllo della sua ritualità sulla base delle risultanze derivanti dal prosieguo delle captazioni e dalle altre acquisizioni”*⁴⁴: come ricordato, invero, ai fini della legittimità della captazione e della successiva utilizzabilità del materiale captato – implicita, quanto al reato portante, all’autorizzazione alle operazioni –, il solo momento rilevante, quanto alla verifica delle condizioni legittimanti l’intrusione, attiene al momento autorizzativo, rispetto al quale non possono dispiegare alcun effetto, retroattivamente, le successive acquisizioni investigative o istruttorie, per contestarne l’insussistenza degli originari presupposti autorizzativi.

8. L’entrata in vigore.

Le modifiche all’art. 270 c.p.p. troveranno applicazione con riferimento ai *“procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020”*: l’originario termine di entrata in vigore, fissato al 30 aprile 2020 è stato, invero, prorogato ad opera dell’art. 1 d.l. 28 aprile 2020 n. 28. Se, in prima approssimazione, appare opinabile la fissazione di un termine all’entrata in vigore delle modifiche apportate all’art. 270 c.p.p., che, intervenendo sul regime di acquisizione processuale della prova, dovrebbero trovare applicazione anche per i procedimenti iscritti precedentemente al 31 agosto 2020, in quanto il solo momento rilevante dovrebbe essere rappresentato dal momento in cui è

⁴³ Cass., 21 febbraio 2018, n. 19496, Rv. 273277 – 01; *id.* 26 aprile 2017 n. 31984, Rv. 270431 – 01.

⁴⁴ Cass., 1° marzo 2016, n. 21740, Rv. 266922 – 01; *id.* 16 maggio 2019 n. 40122, non massimata.

richiesta l'acquisizione del materiale proveniente dal diverso procedimento – o dal diverso reato –, in realtà la prefissione di un termine non appare arbitraria da un lato in ragione del sostanziale ribilanciamento tra valori in conflitto che la riforma dell'art. 270 c.p.p. prospetta e che non sarebbe opportuno operasse retroattivamente e, dall'altro, in ragione della necessaria correlazione tra la disposizione e le norme tecnico-esecutive delle operazioni – pur esse modificate – cui, in ogni caso, l'art. 270 c.p.p. rinvia nella proceduralizzazione delle modalità di acquisizione del materiale captativo "eccentrico".