

**IL PERMANENTE PROBLEMA DELL'UTILIZZO
DELLE INTERCETTAZIONI PER REATI DIVERSI
TRA L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE E LA RIFORMA DEL 2020**

di Fabrizio Vanorio

L'articolo affronta il tema del regime di circolazione delle intercettazioni, alla luce, da un lato, del recente approdo giurisprudenziale delle Sezioni Unite, dall'altro, della novella dell'art. 270 c.p.p. da parte della legge 28 febbraio 2020, n. 7, nell'ambito dei principi costituzionali di riferimento. In particolare, dopo aver commentato in senso favorevole la coerente ricostruzione sistematica della sentenza delle Sezioni Unite, ne critica in parte i risultati, laddove, anche per i reati connessi, viene richiesto il requisito dell'inserimento nell'elenco previsto dall'art. 266 c.p.p. Si affrontano, poi, i problemi interpretativi posti anche dalla riformulazione dell'art. 270 c.p.p., con specifico riguardo ai risultati delle intercettazioni tramite captatore informatico, e si propongono le conseguenti soluzioni costituzionalmente compatibili in un'ottica di sintesi tra le contrapposte ed estreme impostazioni, da ritenersi parimenti non condivisibili.

SOMMARIO: 1. La valenza della decisione delle Sezioni Unite: l'adozione di un criterio stabile e sistematicamente fondato quale presupposto dell'utilizzabilità delle intercettazioni per la prova dei reati successivamente emersi. – 2. L'analisi della sentenza: una coerente ricostruzione sistematica, ma un requisito di troppo. – 3. I margini di utilizzabilità delle intercettazioni per reati diversi dopo l'intervento delle Sezioni Unite e l'approvazione della legge 28 febbraio 2020. La tormentata vicenda dei risultati delle intercettazioni tramite captatore informatico. – 4. Conclusioni. La possibile sintesi tra i principi costituzionali di riservatezza delle comunicazioni e di obbligatorietà dell'azione penale, nel quadro delle esigenze di contrasto della criminalità più evoluta.

1. La valenza della decisione delle Sezioni Unite: l'adozione di un criterio stabile e sistematicamente fondato quale presupposto dell'utilizzabilità delle intercettazioni per la prova dei reati successivamente emersi.

Le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, come è noto, con la sentenza del 28 novembre 2019, depositata il 2 gennaio scorso¹, hanno risolto il contrasto esistente

¹ Pubblicata in questa *Rivista*, 30 gennaio 2020, con nota di G. ILLUMINATI, [Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale. Osservazioni a margine di Cass., Sez. un., 28 novembre 2019.](#)

nella giurisprudenza di legittimità sulla possibilità di utilizzare i risultati di intercettazioni autorizzate in relazione a reati diversi, ma emersi nell'ambito del medesimo procedimento².

Il complesso nodo interpretativo da sciogliere concerneva il tipo di "legame sostanziale" intercorrente tra il reato oggetto dell'autorizzazione giudiziale e quello successivamente emerso: se cioè dovesse trattarsi necessariamente della connessione in senso stretto, così come disciplinata dall'art. 12 c.p.p., o anche del collegamento nelle sue varie forme previste dall'art. 371.

Le SS.UU. hanno scelto con chiarezza la strada della connessione forte, "strutturale" tra il reato oggetto dell'autorizzazione e quello emerso successivamente, valorizzando il "legame oggettivo tra due o più reati" tipico di quelli avvinti da connessione teleologica³ e naturalmente riscontrabile anche negli altri casi di connessione disciplinati dall'art. 12 del codice di rito, concorso formale e reato continuato.

La decisione, com'era prevedibile, si è basata su un'attenta analisi dei principi costituzionali in materia, ed ha messo in rilievo, in primo luogo, la duplice valenza dell'art. 15 della Carta Costituzionale, posto a presidio della riservatezza, ma anche a tutela delle funzioni inquirenti. Il principio della libertà e riservatezza delle conversazioni postula, comunque, che le eccezioni – *id est* l'utilizzabilità extra-autorizzazione dei risultati delle captazioni – le compressioni della libertà comunicativa per esigenze penali siano tassative.

Per questa via la sentenza ha ampiamente valorizzato la giurisprudenza costituzionale sul divieto di autorizzazioni "in bianco" ed ha posto l'accento sulla rigorosa delimitazione dell'utilizzabilità *ex post* delle captazioni, stabilita dall'art. 270 del codice di procedura, solo per i reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Le Sezioni Unite hanno, dunque, prescelto, nell'ambito del contrasto tra tre diverse e risalenti correnti giurisprudenziali, l'orientamento che richiede la necessità di uno stretto collegamento tra i reati su cui s'innesta la pretesa inquirente d'utilizzabilità⁴,

² Sul tema delle intercettazioni in generale, tra le tante monografie, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997; F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000; E. APRILE – F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004; più di recente, G. GIOSTRA, R. ORLANDI (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018.

³ Un'efficace descrizione del legame sostanziale tra i reati nell'ipotesi della connessione teleologica in motivazione di Cass., SS.UU. pen, 26 ottobre 2017, n. 53390: «E' necessario nondimeno aggiungere che, per ritenere configurata la connessione teleologica di cui all'art. 12 lett. c), idonea a determinare uno spostamento di competenza, dovrà essere individuato, in concreto, un effettivo legame finalistico fra i reati commessi da soggetti diversi, con conseguente necessità di verificare che chi ha commesso un reato abbia avuto presente l'oggettiva finalizzazione della sua condotta (espressa dalla preposizione "per", che grammaticalmente introduce un complemento di fine e che precede la formula "eseguire od occultare gli altri") alla commissione di un altro reato oppure all'occultamento di un reato precedente. La spia di tale finalizzazione ben può essere ricercata, ma non solo, nella contestazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 2, cod. pen., nelle ipotesi di connessione sovrapponibili a quelle di cui all'art. 12, lett. c), cod. proc. pen.».

⁴ Impostazione sviluppata con maggior rigore nelle pronunce della VI Sez. del 15 gennaio 2004, n. 4942 e

cioè la tesi secondo la quale “l’unità numerica” del procedimento non può fungere da schermo per l’uso indiscriminato delle captazioni⁵.

Diverso problema, pure di decisivo rilievo nell’ambito della complessa questione affrontata, è quello sulla necessità o meno di assoggettare il reato emerso *ex post* per effetto delle intercettazioni al requisito “edittale” o “formale” dell’art. 266 c.p.p.: a tale quesito le Sezioni Unite hanno risposto in senso affermativo, ponendo un ulteriore limite alla possibilità di “circolazione probatoria” delle conversazioni intercettate⁶.

Infine, va ricordato anche che le Sezioni Unite hanno fatto salvo il principio dell’utilizzabilità *tout court* dell’intercettazione costituente “corpo del reato”, problema

della III Sez., dell’8 aprile 2015, n. 33598. La pronuncia del 2004 riguardava la *vexata quaestio* dell’utilizzabilità delle intercettazioni in relazione al reato di favoreggiamento collegato a quello principale ed in quel caso, concernente la condotta di un avvocato a vantaggio dei suoi assistiti indagati per rapina, la Corte espressamente statui che «la circostanza che non possano considerarsi pertinenti a “diverso procedimento” risultanze concernenti fatti strettamente connessi a quello cui si riferisce l’autorizzazione giudiziale, e che dunque non rilevino i limiti di utilizzabilità fissati all’art. 270 cod. proc. pen., non esclude che siano applicabili, anche a tale proposito, le condizioni generali cui la legge subordina l’ammissibilità delle intercettazioni. Ne consegue che, quando nel corso di intercettazioni autorizzate per un dato reato emergono elementi concernenti fatti strettamente connessi al primo, detti elementi possono essere utilizzati solo nel caso in cui, per il reato cui si riferiscono, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto a norma dell’art. 266 cod. proc. pen.».

La sentenza del 2015, nell’annullare un’ordinanza emessa dal Tribunale di Torino in sede di riesame, che non aveva adeguatamente motivato in tema di connessione o collegamento tra reati di omicidio e sfruttamento della prostituzione, affermava l’importante principio, secondo cui «la formale unità dei procedimenti, sotto un unico numero di registro generale, non può fungere da schermo per l’utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra di loro procedimenti privi di collegamento reale».

⁵ L’altro orientamento della giurisprudenza di legittimità, maggioritario e più permissivo nel consentire l’utilizzo delle intercettazioni, respinto dalle Sezioni Unite, sostanzialmente faceva leva su una lettura più circoscritta dell’art. 270 c.p.p., quale norma che si applica solo al caso del diverso procedimento già nato, cioè diverso *ab origine*. In altri termini, se nel medesimo procedimento le intercettazioni conducono a scoprire reati diversi da quelli originariamente iscritti, purché connessi o collegati sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, anche se non inseriti nel catalogo dell’art. 266, le stesse sono utilizzabili, perché la disciplina limitativa dell’art. 270 si applicherebbe solo all’utilizzo delle captazioni in contesti processuali del tutto distinti da quello in cui sono state autorizzate le stesse. In tal senso e con argomenti diversi, tra le pronunce più risalenti, Cass. VI Sezione penale, sentenza del 10 maggio 1994, n. 2135, III Sez., 28 settembre 1995, n. 794, III Sez., 16 maggio 1997, n. 1972; nel decennio successivo cfr. VI Sez., 15 ottobre 2009, n. 44522 (sul tema più specifico dell’utilizzo delle captazioni disposte per la ricerca di latitanti nei confronti dei favoreggiatori), III Sez., 22 settembre 2010 n. 39761; tra le più recenti, Sez. VI, 4 ottobre 2012 n. 49745, Sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 6702, Sez. VI, 1° marzo 2016, n. 21740, Sez. VI, 26 aprile 2017, n. 31984. La sentenza depositata il 2 gennaio 2020 ha analizzato e respinto, infine, un più datato terzo orientamento (Cass., III Sez., n. 9993 del 3 luglio 1991, seguita da II Sez., n. 49930 dell’11 dicembre 2012), secondo cui, persino la connessione non autorizzerebbe l’utilizzo *ex post*, perché l’autorizzazione iniziale resterebbe “agganciata” alla singola notizia di reato oggetto dell’iscrizione nel R.g.n.r. e, poi, del decreto di accoglimento del GIP.

⁶ L’orientamento contrario, superato come si è detto dalle SS.UU., definiva, invece, “non diverso” il procedimento, alla stregua dell’art. 270 c.p.p., nelle ipotesi di stretta connessione tra i reati sotto il profilo oggettivo, finalistico o probatorio e giungeva a ritenere utilizzabili le intercettazioni anche nel caso in cui il reato emerso *ex post* non rientrasse nell’ambito applicativo dell’art. 266 c.p.p. (tra le altre, V Sez., del 16 marzo 2016, n. 45535).

non rientrante nella questione di diritto devoluta alla loro cognizione, su cui, del resto, il massimo consesso di legittimità si era già espresso nel 2014⁷.

2. L'analisi della sentenza: una coerente ricostruzione sistematica, ma un requisito di troppo.

L'analisi della decisione delle Sezioni Unite non può che partire dalla condivisione del primo assunto di fondo che emerge dalla sentenza. Il criterio per ritenere utilizzabili le intercettazioni relative a reati non contemplati nell'autorizzazione originaria non può fondarsi su dati formali, di natura discrezionale o comunque occasionale, come l'identità numerica del procedimento. Era necessario, dunque, individuare criteri univoci, che guidassero i giudici di merito nelle delicate decisioni relative all'utilizzazione dei risultati delle captazioni.

Certamente, sotto questo profilo, va sottolineata positivamente la scelta delle tre ipotesi di connessione quale paradigma dell'utilizzabilità delle intercettazioni, mentre era pressoché inevitabile che venisse rigettato dalla Cassazione il criterio del collegamento probatorio per "unicità della fonte probatoria", perché ciò avrebbe portato alla legittimazione dell'uso indiscriminato delle captazioni per i reati diversi, pur sempre derivanti dalla medesima fonte di prova costituita dalle intercettazioni oggetto della controversia. In senso analogo, il semplice dato del collegamento "occasionale" tra reati non può fungere evidentemente da criterio per la delicata decisione processuale di utilizzabilità ed anche in questo passaggio la sentenza risulta ineccepibile.

Il sostegno a tale ricostruzione del sistema è offerto, nella prospettiva del supremo collegio, dal principio di riserva assoluta di legge, posto dall'art. 15 della Costituzione e valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale dei primi anni Novanta, che governa la materia delle intercettazioni. Secondo le SS.UU., consentire un utilizzo delle intercettazioni anche in ordine al diverso reato non rientrante di per sé nel catalogo tassativamente previsto dall'art. 266 c.p.p. implica una lesione del principio di tassatività degli interventi statuali sulla libertà delle comunicazioni. In altri termini, la possibilità di utilizzare le captazioni anche per reati emersi *ex post* che di per sé non avrebbero potuto giustificare l'autorizzazione preventiva si risolverebbe nel «surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti, con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall'art. 266 c.p.p.»⁸.

L'argomento, indubbiamente convincente, su cui fa perno il ragionamento del massimo collegio è quello della oggettiva "copertura" dell'autorizzazione del giudice per il reato che risulti avvinto da nessi come la finalità dell'azione, l'unicità dell'azione od omissione o dell'originario disegno criminoso: tali reati, pur se emersi *ex post* durante le intercettazioni, non possono dirsi "diversi" rispetto a quelli su cui si è già pronunciato il GIP.

⁷ SS.UU. sentenza del 26 giugno 2014, n. 32697.

⁸ Così la sentenza delle SS.UU., richiamando il già citato precedente della VI Sez., n. 4942 del 2004.

L'argomentazione, invece, non regge – secondo la sentenza – per i reati semplicemente collegati in modo “debole” ai sensi dell'art. 371, lett. b) e c), c.p.p. da nessi quali l'occasionalità, la reciprocità dell'azione o i vari casi di interrelazioni probatorie. E l'impossibilità di ritenere tali legami idonei a superare il divieto posto dall'art. 270 c.p.p. permane anche nel caso di unicità formale del procedimento, non potendosi ritenere che il semplice dato formale, dipendente da scelte discrezionali del PM, supplisca alla carenza di un oggettivo legame strutturale tra le varie condotte di reato intercettate.

Infatti, sotto il diverso profilo dell'interpretazione sistematica di alcuni istituti giuridici richiamati dalle norme in materia, il concetto di “procedimento”, contenuto in più disposizioni del codice di rito e segnatamente nell'art. 270 che in questa sede rileva, non può coincidere con quello di “fascicolo delle indagini preliminari” e cioè con il contenitore delle attività d'indagine formato dal PM ed avente un numero identificativo nel Registro generale delle notizie di reato. Ciò perché – prosegue il condivisibile *iter* argomentativo del collegio – un elemento giuridico di obiettivo rilievo, come la possibilità di utilizzare captazioni incidenti su diritti fondamentali, non potrebbe mai dipendere dalle scelte discrezionali di una parte processuale, sia pure pubblica, scelte, peraltro, non assoggettate ad uno specifico regime normativo, poiché non si rinvencono obblighi a carico del pubblico ministero finalizzati ad imporgli l'iscrizione nel medesimo procedimento solo di fattispecie di reato obiettivamente connesse o collegate. Dunque, la semplice “identità numerica” di un procedimento penale iscritto dal PM non potrebbe mai giustificare di per sé l'utilizzo delle intercettazioni per ipotesi di reato non rientranti nell'iniziale autorizzazione del GIP. L'assunto è sempre motivato dall'esigenza di rispettare il divieto di autorizzazioni “in bianco”, già enucleato dalla Corte Costituzionale⁹.

Queste argomentazioni sistematiche, sotto un altro versante, consentono di respingere anche l'orientamento più restrittivo sulla possibilità di estendere l'utilizzo delle intercettazioni (il terzo, tra i filoni giurisprudenziali scrutinati dalle SS.UU.), perché anch'esso appare legato a dati formali, più che ad un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata. Infatti, l'impostazione di questo indirizzo giurisprudenziale è basata sull'equazione tra procedimento e reato, a sua volta definito dal concetto formale di iscrizione previsto dall'art. 335 c.p.p. Ed è piuttosto agevole evidenziare, in primo luogo, il carattere apodittico dell'identificazione tra procedimento e reato, non rinvenibile con sicurezza nel codice di procedura, in secondo luogo, i risultati anche aberranti a cui si potrebbe pervenire, pretendendo che l'intercettazione autorizzata debba essere utilizzata solo per la specifica notizia di reato già iscritta.

Un primo dubbio sugli effetti restrittivi della pronuncia può, invece, formularsi sui reati tra loro collegati dal fine di conseguire un profitto o dal nesso del danno reciproco. Per quanto attiene alla prima categoria, infatti, può notarsi che i reati commessi per assicurare a sé o ad altri il profitto (o il prodotto ed il prezzo) di altri reati sono nell'art. 61, n. 2) del codice penale equiparati a quelli avvinti dal nesso teleologico

⁹ In particolare, si fa riferimento alle pronunce della C. Cost., 11 luglio 1991, n. 366 e 24 febbraio 1994, n. 63. Sotto il vigore del codice del 1930, cfr. C. Cost. 6 aprile 1973, n. 34.

e manifestano, pur se in forma più sfumata, quel legame sostanziale che la sentenza fin qui esaminata considera rilevante per estendere l'utilizzabilità delle intercettazioni. Esempio classico è quello del reato di favoreggiamento reale, in relazione al quale la S.C. affermava l'utilizzabilità delle captazioni proprio in virtù del legame oggettivo e finalistico che sussiste rispetto ai reati-presupposto¹⁰. Anche per i reati commessi in danno reciproco possono individuarsi elementi che giustificano l'estensione dei risultati delle intercettazioni, se si tiene presente il nucleo fattuale comune ed indissolubile che lega questa categoria di reati¹¹.

D'altra parte, proprio una delle pronunce più rigorose in tema di "circolarità probatoria" delle captazioni, aveva valorizzato, sia pure in linea teorica, proprio il nesso del collegamento previsto dall'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b)¹².

Ad ogni buon conto deve rilevarsi che, nell'ambito della questione di diritto devoluta al suo intervento – e cioè l'individuazione di un criterio solido, agganciato a dati sistematici e non arbitrario, per selezionare i casi di utilizzabilità delle intercettazioni disposte per reati diversi – la sentenza offre una soluzione senza dubbio coerente sotto il profilo sistematico, sia pure con le specifiche osservazioni in precedenza esposte sulla possibilità di individuare ulteriori ipotesi di estensione dell'ambito dell'utilizzabilità.

¹⁰ Cass., Sez. VI pen., sentenza n. 2135 del 10 maggio 1994 cit., emessa nel periodo in cui vigeva l'art. 12 c.p.p. nella sua formulazione più ampia, precedente alla riformulazione intervenuta nel 2001. Tuttavia, l'argomento logico e sistematico del "legame sostanziale" tra i reati, costituito dal nesso forte del profitto, può valere tuttora, ad avviso di chi scrive, per assimilare questa ipotesi di "collegamento forte" ai casi di vera e propria connessione, ai fini di cui si discute in questa sede. Negli anni successivi la giurisprudenza della S.C. si è occupata più frequentemente della diversa ipotesi del favoreggiamento personale – nella quale il legame con il reato presupposto è, invero, più debole rispetto alla fattispecie di favoreggiamento reale – pervenendo spesso al giudizio di utilizzabilità attraverso il diverso percorso argomentativo dell'intercettazione costituente "corpo del reato": tra le altre, Cass., Sez. III pen., 16 giugno 2016, n. 38822.

¹¹ In senso analogo, Cass., Sez. II, 10 aprile 2008, n. 26819, che interpretò opportunamente in senso restrittivo l'ambito dei reati commessi in danno reciproco, viste le rilevanti conseguenze sotto il profilo processuale in tema di obbligo di deporre e di criteri di valutazione della deposizione. Così la sentenza citata: «la categoria dei reati collegati ex art. 371, comma 2, lett. b) – comprensiva, quindi anche di quella dei reati reciproci – è prevista in modo essenziale negli art. 197, 197 bis e 210 c.p.p. come fonte della incompatibilità a testimoniare». La stessa esclude, tuttavia, che nell'ambito della categoria dei reati c.d. reciproci fossero «da ricomprendere tutti indistintamente quelli nei quali due o più imputati abbiano presentato denunce l'uno nei confronti dell'altro, dovendosi senz'altro escludere da tale categoria, i reati posti in essere o in tempi o con modalità o in contesti completamente diversi l'uno dall'altro», (...) «una corretta interpretazione della lettera e della *ratio* della norma induce a ritenere che tra i reati commessi in danno reciproco rientrino soltanto quelli commessi sostanzialmente in unità di tempo e di luogo», cioè «nel medesimo contesto spazio-temporale, e quindi in intimo collegamento naturalistico».

¹² Cass., III Sez., 8 aprile 2015, n. 33598, cit.: «(...) la separazione formale dei procedimenti (ed allora, a maggior ragione, il *simultaneus processus*) può consentire che tra gli stessi esista un collegamento sostanziale ai fini di escludere la diversità oggetto della disciplina limitativa di cui all'art. 270 cod. proc. pen. Ed una tale situazione processuale si verifica, per ancorare il dato alla disciplina positiva, nelle ipotesi di connessione e di collegamento di procedimenti previsti dall'art. 12 e dall'art. 371 c.p.p., comma 2, lett. b) e c), limitatamente, in tale ultimo caso (lett. c), alle intercettazioni legittimamente autorizzate nel medesimo procedimento». Di segno integralmente conforme la pronuncia di Cass., Sez. III, 24 aprile 2018, n. 29856.

Invece, alcune osservazioni critiche possono muoversi sull'altra, importante opzione ermeneutica esercitata dalle Sezioni Unite in via preliminare: quella di assoggettare l'utilizzabilità delle captazioni per i reati connessi all'ulteriore requisito dell'essere di per sé inseriti nel catalogo dei reati previsto dall'art. 266 c.p.p.

Ed infatti, quando i reati di cui si discute sono già connessi tra loro, alla stregua del primo requisito richiesto dalla S.C. e, dunque, essendo strettamente avvinti, si sottraggono al divieto di "autorizzazioni in bianco", risulta difficile sostenere l'argomento delle Sezioni Unite, che fa leva proprio sull'esigenza di interpretare con rigore l'autorizzazione originaria delle operazioni di captazione.

Alcuni esempi chiariranno meglio l'assunto.

Un reato di falso ideologico in atto pubblico può essere oggetto di autorizzazione ad intercettare. Come insegna la prassi investigativa quotidiana, ci sono molteplici ragioni, che spingono un pubblico ufficiale alla commissione di un tale delitto, tra le quali un peso statistico di rilievo è senza dubbio ricoperto dall'interesse a commettere reati di abuso d'ufficio (che di per sé, com'è noto, non possono legittimare operazioni d'intercettazione). I casi concreti variano dal falso per attribuire intenzionalmente un permesso di costruire illegittimo, nomine, contributi economici e simili, parimenti ingiusti, alla stregua del requisito richiesto dall'art. 323 c.p. In tali casi i reati sono connessi teleologicamente e rientrano nella categoria contemplata dall'art. 12, lett. c), c.p.p.¹³.

Analogamente, il reato di associazione per delinquere permette l'impiego delle intercettazioni, le quali, pertanto, possono offrire elementi di prova su una serie potenzialmente indeterminata di delitti, anche non rientranti nell'elenco dei reati "ammessi" dall'art. 266 del codice di procedura: si pensi ancora una volta agli abusi d'ufficio, alle corruzioni elettorali, alle truffe semplici, ai falsi non aggravati, a svariate fattispecie di delitti tributari. Tra il reato associativo ed i singoli reati fine è pacificamente sussistente, ricorrendone le condizioni in concreto, il vincolo della continuazione¹⁴.

In tutti i casi fin qui richiamati, secondo la sentenza commentata, non si è in presenza di reati "diversi tra loro", poiché i reati "autorizzati *ex ante*" ed i reati "scoperti *ex post*" grazie alle medesime intercettazioni sono avvinti da quel "legame sostanziale" che esclude in radice l'ipotesi vietata dell'autorizzazione in bianco. Infatti, è pressoché impossibile, per riprendere gli esempi prima formulati, che l'autorizzazione all'intercettazione per l'ipotesi di falso in atto pubblico non abbia preso in

¹³ Tra le tante, Cass., Sez. V pen., sentenza n. 45992 del 7 luglio 2017: «Sussiste concorso materiale, e non assorbimento, tra il reato di falso in atto pubblico e quello di abuso d'ufficio nel caso in cui la condotta di abuso non si esaurisce nella falsificazione, e la falsità in atti è strumentale alla realizzazione del reato di cui all'art. 323 cod. pen., di cui costituisce una parte della più ampia condotta». In senso analogo in tema di truffa, Cass., Sez. V pen., sentenza n. 35104 del 22 giugno 2013.

¹⁴ Cfr. Cass. Sez. I pen., sentenza n. 1534 del 9 novembre 2017: «È ipotizzabile la continuazione tra il delitto di partecipazione ad associazione per delinquere e i reati fine, a condizione che il giudice verifichi puntualmente che questi ultimi siano stati programmati al momento in cui il partecipe si determina a fare ingresso nel sodalizio». Conformi, tra le tante, Sez. I pen., sentenza n. 40318 del 4 luglio 2013, Id., sentenza n. 8451 del 21 gennaio 2009.

considerazione le finalità per cui si ritiene che quel falso sia stato commesso, così come ogni provvedimento autorizzativo per intercettazioni nei confronti di dirigenti di un sodalizio criminale conterrà gli elementi essenziali del programma criminoso e, dunque, dei reati-fine in corso di consumazione.

Di conseguenza, appare irrazionale la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite sotto questo specifico profilo, cioè di sottoporre ad un ulteriore requisito di utilizzabilità intercettazioni debitamente autorizzate per reati oggettivamente connessi a quelli di cui si discute. In altri termini, che il requisito del rispetto dei limiti previsti dall'art. 266 c.p.p. sia in questo caso eccessivo, deriva dalla considerazione che in questo caso non si è affatto in presenza di un aggiramento dell'originaria autorizzazione ad intercettare, bensì nel campo fisiologico dell'accertamento di reati strettamente connessi tramite le captazioni emerse nel medesimo procedimento ed aventi ad oggetto, negli esempi in esame, gli abusi d'ufficio a cui è preordinato il falso per cui si procede od i singoli reati-fine dell'associazione per delinquere, che ne costituiscono, peraltro, la più genuina fonte di prova.

E qui può cogliersi un ulteriore profilo che desta perplessità sullo specifico requisito ulteriore individuato dal supremo collegio. La giurisprudenza costituzionale correttamente analizzata per delimitare il campo dei reati a cui può estendersi il regime di utilizzabilità delle intercettazioni non può, infatti, venire in rilievo in questo caso per due ordini di ragioni.

Il primo, perché l'argomento dell'aggiramento dell'autorizzazione giudiziale non può valere nel caso dei reati connessi e per questo già oggetto – come la stessa sentenza in commento riconosce – del perimetro fattuale analizzato dal GIP al momento dell'autorizzazione medesima: i reati-fine dell'associazione, nel nostro esempio. Dunque: nessuna illegittima autorizzazione “in bianco” può essere ravvisata in queste ipotesi^{15,16}.

¹⁵ In materia assume rilievo centrale la pronuncia della Corte Costituzionale dell'11 luglio 1991, n. 366, nella cui motivazione si legge: «Infatti, giova sottolineare che l'art. 15 della Costituzione – 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». È evidente, ad avviso di chi scrive, che il nucleo fondante del ragionamento della Consulta poggiava sull'esigenza di non ampliare oltremisura, “a strascico”, il materiale oggetto delle captazioni, estendendone gli utilizzi processuali a conversazioni implicanti reati diversi da quelli oggetto dell'autorizzazione e solo per questo non destinate a trascrizione e, dunque, ad alcuna “divulgazione” sia processuale, che, *a fortiori*, extraprocessuale, ad esempio nel circuito mediatico. Del resto, il caso che aveva originato l'ordinanza di rimessione del GIP presso la Pretura di Siena riguardava un procedimento per peculato del tutto distinto da quello, concernente reati di ricettazione, in cui erano state effettuate le intercettazioni. Ne deriva che gli esempi in esame, relativi a reati in rapporto di stretta connessione, non offrono elementi per ritenere la sussistenza di lesioni dei principi costituzionali di libertà e segretezza delle comunicazioni, ove si ritenesse di estendere l'utilizzo dei risultati delle captazioni nel senso proposto nel testo.

¹⁶ Anche la giurisprudenza costituzionale relativa al codice di procedura previgente ancorava il divieto di circolazione processuale delle conversazioni intercettate essenzialmente al diritto fondamentale alla

Il secondo, perché, sempre negli esempi citati, le medesime intercettazioni riguardanti il reato *a quo* saranno pertinenti – per lo stretto legame oggettivo – al reato *ad quem*. E, dunque, con tutta probabilità quelle captazioni non potranno essere espunte dal materiale devoluto alla cognizione del giudice procedente e saranno altresì destinate alla trascrizione nel giudizio ordinario (o, comunque, alla piena utilizzabilità nel caso di riti alternativi). Con l'ulteriore conseguenza che verrebbe a cadere anche l'argomento, come si è visto tratto direttamente dai principi costituzionali in materia e dalla giurisprudenza della Consulta, della lesione al diritto fondamentale alla libertà e segretezza delle comunicazioni.

In questo caso non si tratterebbe, infatti, di consentire l'utilizzo di intercettazioni aggiuntive ed eccentriche rispetto alle ipotesi di reato fisiologicamente rientranti nell'originario nulla osta del GIP. Al contrario, si tratterebbe di utilizzare in sede processuale le medesime captazioni afferenti al contesto principale anche per altri reati connessi ai primi: in ipotesi, i colloqui del pubblico ufficiale autore del falso con il privato avvantaggiato dall'abuso di ufficio, rispetto al quale il primo reato è strumentale, colloqui da cui possono desumersi gli elementi costitutivi del primo e secondo reato, primo tra tutti il dolo. Oppure, seguendo il filo del secondo esempio, le conversazioni dalle quali si possono evincere, nel contempo, elementi di prova sia sulla struttura dell'associazione criminale che sui singoli reati che gli indagati stanno perpetrando. Le obiezioni sul punto, proposte nei primi approfondimenti dottrinali, appaiono obiettivamente superabili, poiché le stesse fanno leva sulla confusione tra la fase genetica delle intercettazioni e quella del loro utilizzo processuale, che il legislatore ha modulato

riservatezza ed al principio di pertinenza delle captazioni all'oggetto del processo. A tal proposito, si legge nella citata sentenza n. 34 del 1973 della Consulta: «Sulla base di questa premessa la Corte ritiene: (...) nel processo può essere utilizzato solo il materiale rilevante per l'imputazione di cui si discute. Sebbene sia auspicabile che la legge predisponga un compiuto sistema – anche a garanzia di tutte le parti in causa – per l'eliminazione del materiale non pertinente, 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 probatorio rilevante per il giudizio (principio del quale sono espressione varie norme specifiche contenute negli artt. 463 e segg. c.p.p.); 4) l'applicazione del suddetto principio non solo garantisce la segretezza di tutte quelle comunicazioni telefoniche dell'imputato che non siano rilevanti ai fini del relativo processo, ma garantisce altresì la segretezza delle comunicazioni non pertinenti a quel processo che terzi, allo stesso estranei, abbiano fatto attraverso l'apparecchio telefonico sottoposto a controllo di intercettazione ovvero in collegamento con questo. La Corte ritiene che il rigoroso rispetto di questo principio sia essenziale per la puntuale osservanza degli artt. 2 e 15 della Costituzione: 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 dibattito del contenuto di comunicazioni telefoniche non pertinenti al processo. In definitiva la disciplina vigente sulle intercettazioni telefoniche qui in esame non si pone in contrasto con l'art. 15 della Costituzione». Dunque, anche in quel caso il nucleo fondante del ragionamento del giudice delle leggi era imperniato sull'esigenza di non pregiudicare diritti fondamentali attraverso l'utilizzo pubblico ed indiscriminato di intercettazioni irrilevanti ai fini della decisione: problema molto delicato ed ancora in via di risoluzione dopo quasi cinquant'anni da quella pronuncia, ma che non si registra nelle ipotesi di reati comunque connessi, di cui si discute in questa sede. La sentenza del 1973 fu commentata da V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 316.

in disposizioni di segno diverso, non a caso prevedendo la distruzione della documentazione relativa alle sole intercettazioni previste dall'art. 271 c.p.p., cioè eseguite al di fuori dei casi previsti dalla legge, laddove nelle ipotesi in esame viene in rilievo il distinto tema dell'utilizzo di intercettazioni a tutti gli effetti legittime e validamente eseguite¹⁷.

Si può ben comprendere che, negando in radice l'utilizzabilità processuale delle intercettazioni ai reati connessi, ma non rientranti nell'elenco dei reati previsto dall'art. 266 c.p.p., possono determinarsi anche disparità di trattamento processuale tra persone coinvolte dalle medesime captazioni e precisamente tra imputati di reati per i quali le stesse sono utilizzabili ed imputati di reati che non consentono tale impiego. Si pensi all'emblematico esempio del reato di occultamento di cadavere, commesso da una persona insieme all'autore di un omicidio al fine di garantire a costui l'impunità per tale delitto. Pur trattandosi di un rapporto di connessione in senso stretto, ai sensi dell'art. 12, lett. c), c.p.p., e di un contesto investigativo assolutamente unitario, le intercettazioni autorizzate per l'omicidio (con l'ovvia menzione dell'occultamento del cadavere) non sarebbero utilizzabili in relazione al reato satellite, poiché i limiti edittali dell'art. 412 c.p. non superano i cinque anni richiesti dall'art. 266.

E tali disparità non troverebbero, come si è detto, fondamenti costituzionali o sistematici poiché, sotto il primo profilo, le intercettazioni, se rilevanti per il reato *a quo*, non potrebbero essere espunte dalla cognizione del giudice, mentre, dal punto di vista dell'impianto del codice, il loro utilizzo sarebbe giustificato dal "legame sostanziale" sussistente tra i reati connessi e valorizzato anche dalla sentenza che qui si commenta¹⁸.

¹⁷ G. DE AMICIS, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, sul sito Giustizia Insieme, 22 febbraio 2020, sottolinea positivamente la svolta nella giurisprudenza della Corte anche in relazione alle indagini sui reati associativi, motivandola con l'osservazione secondo cui: «(...) il rispetto dei limiti di ammissibilità costituisce una precondizione di legittimità nell'utilizzo del mezzo di ricerca della prova in esame, il cui ineludibile rispetto deriva, come si è visto, direttamente dalla sostanza dei richiamati principi costituzionali, secondo la traduzione che il legislatore ne ha fatto incrociando i dati testuali delle disposizioni normative – oggettivamente inscindibili sul piano logico-sistematico e fra loro strettamente collegate nella dinamica applicativa – di cui agli art. 266, co.1, 267, co.1, 270, co. 1, che ne prevedono i presupposti e le condizioni d'impiego in relazione con la norma di chiusura delineata dall'art. 271, co.1, c.p.p., là dove in linea generale si stabilisce, nella sua prima parte, che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati "qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge». In senso contrario può, peraltro, osservarsi che le disposizioni richiamate attengono a fasi concettualmente distinte nell'impiego dello strumento di ricerca della prova, poiché gli artt. 266 e 267 del codice di rito dettano le condizioni di ammissibilità ed autorizzabilità delle intercettazioni e delle relative proroghe, la cui violazione è sanzionata processualmente dall'art. 271 (unitamente a quella delle regole sull'esecuzione delle operazioni stabilite dall'art. 268, commi I e III), mentre l'art. 270, come è stato ampiamente evidenziato dalla giurisprudenza nettamente prevalente, pone una norma del tutto peculiare inerente all'esclusivo tema dell'utilizzazione di intercettazioni eseguite nei casi consentiti dalla legge. Non a caso, Cass., Sez. V, 16 luglio 2015, n. 1801, ha messo in luce la "tassatività" del numero di casi di inutilizzabilità previsti dall'art. 271 c.p.p., che del resto rinvergono, ad avviso di chi scrive, la loro comune matrice in obiettive e gravi violazioni delle norme in tema di autorizzazione dello strumento così invasivo o di quelle a tutela della funzione difensiva o di altre attività garantite dal segreto professionale. Tra le numerose sentenze conformi, Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 20130.

¹⁸Sul punto, cfr. il recente contributo di F. ALVINO, [La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione](#), in questa *Rivista*, 5/2020, p. 251, il quale, pur

D'altra parte, anche tra le pronunce di legittimità ricomprese nell'orientamento più restrittivo (il primo, esaminato e poi accolto dalle Sezioni Unite del 2019), la maggioranza, dopo aver valorizzato il criterio sostanzialistico della connessione o collegamento, quale presupposto indefettibile per l'utilizzabilità, giudica irrilevante il mancato inserimento del reato *ad quem* nel catalogo dell'art. 266. A tal proposito, infatti, così si è espressa la S.C.: «il legislatore si è posto il problema della utilizzazione dei risultati di intercettazioni legittimamente disposte per uno dei reati indicati nell'art. 266 c.p.p., trattando esplicitamente solo il caso dell'utilizzazione extraprocedimento e, tuttavia, riconoscendo in quel caso la possibilità di utilizzazione secondo parametri diversi da quelli indicati nell'art. 266 c.p.p.; sarebbe, poi, paradossale interpretare le due norme nel senso che, avendo il legislatore evitato di dare esplicita disciplina per i reati diversi da quelli ex art. 266, ma interni al medesimo procedimento, per essi mai sarebbero utilizzabili gli esiti delle intercettazioni, addirittura neppure nei casi in cui essi lo sarebbero, invece, in un procedimento diverso»¹⁹.

Anche nella giurisprudenza più risalente, sempre nell'ambito del primo e più restrittivo orientamento oggi accolto dalle SS.UU., si rinviene costantemente la ricerca di un criterio stabile di connessione tra i diversi reati su cui occorreva effettuare la valutazione d'utilizzabilità, ma non, invece, il presupposto aggiuntivo dell'inserimento dei "reati diversi" in una delle categorie previste dall'art. 266²⁰.

Diverse pronunce, poi, non sono dirimenti, riguardando casi in cui mancava in radice il rapporto di connessione o collegamento²¹ o, all'opposto, ipotesi più semplici in cui l'estensione probatoria delle captazioni si giustificava per la sussistenza di reati connessi e rientranti integralmente nel perimetro dell'art. 266 c.p.p.²².

condividendo sotto il profilo letterale e sistematico la soluzione delle SS.UU., considera in questo modo gli effetti dannosi di tale approdo interpretativo sulla specifica questione dei reati connessi, ma non compresi nell'elenco dell'art. 266: «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».

¹⁹Cass., Sez. V, n. 45535/2016 cit., a sua volta ricollegandosi al precedente della VI Sez. n. 49745/2012, pure cit. Nel caso di specie, si trattava di un reato di minaccia aggravata, collegato ad un reato di omicidio dal fine di garantirne l'impunità all'autore. In senso conforme anche VI Sez., 5 aprile 2012, n. 22276, con la statuizione di utilizzabilità di intercettazione ambientale, disposta per associazione a delinquere e corruzione, anche per il delitto di rivelazione di segreto di ufficio, non rientrante nei limiti edittali previsti dall'art. 266 c.p.p. Afferma lo stesso principio anche Cass., 16 dicembre 2014, n. 6702, sia pure in un *obiter dictum*, giacché il caso concreto riguardava solo reati che consentivano il ricorso alle intercettazioni.

²⁰ Cass., Sez. VI, 10 maggio 1994, n. 2135, che non ravvisò l'applicabilità del divieto dell'art. 270 in un caso di utilizzo di intercettazioni disposte per reati di concussione e corruzione in relazione al connesso reato di favoreggiamento. In senso analogo, Sez. VI, 25 febbraio 1997 n. 5192, che ritenne utilizzabili intercettazioni disposte originariamente per un reato di associazione di tipo mafioso, in relazione al reato di corruzione elettorale – per il quale non erano consentite le intercettazioni – ritenuto connesso al primo.

²¹ Cass., Sez. VI, 15 marzo 2012, n. 20910; Id., 15 novembre 2012, n. 46244; Sez. V., 20 gennaio 2015, n. 26693.

²² Cass., Sez. I, 17 novembre 1999, n. 14595, riguardante una vicenda processuale in cui i reati relativi alla controversia sull'utilizzabilità erano tutti delitti di omicidio.

3. I margini di utilizzabilità delle intercettazioni per reati diversi dopo l'intervento delle Sezioni Unite e l'approvazione della legge 28 febbraio 2020. La tormentata vicenda dei risultati delle intercettazioni tramite captatore informatico.

Occorre a questo punto verificare l'effettivo ed attuale margine di utilizzabilità delle intercettazioni per reati diversi, anche alla luce della significativa e recentissima novità normativa, costituita dall'approvazione della legge 28 febbraio 2020, n. 7, che ha convertito con modifiche il decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante il riassetto dell'intero sistema delle intercettazioni. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 2, comma 1°, lett. g), n. 01 del citato decreto legge, introdotto, come detto, in sede di conversione, che ha novellato il fondamentale comma 1° dell'art. 270 c.p.p., nei seguenti termini: «1. 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».

Prima di analizzare l'effetto innovativo della nuova norma, occorre subito rilevare che l'interprete è liberato dal dibattito sull'immediata applicabilità della stessa disposizione, sulla base della sua natura processuale (salvo, poi, andare a discernere in concreto il momento preclusivo della sua applicazione durante le fasi del processo²³): ciò perché il legislatore, in questo caso semplificando, ha stabilito espressamente con norma transitoria *ad hoc* che l'intero impianto della riforma troverà applicazione solo nel futuro, vale a dire per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 (data così di nuovo prorogata dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, a causa dell'emergenza epidemiologica in corso).

Ne consegue che nei processi originati da notizie di reato iscritte negli anni precedenti e fino all'effettiva entrata in vigore della nuova disciplina, si applicherà ancora l'art. 270 nella sua precedente formulazione, come in ultimo interpretata dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento.

Pertanto, l'unica *chance* di recuperare l'utilizzo di intercettazioni inerenti a reati connessi, pur se non inseriti nell'elenco dell'art. 266 c.p.p., è ancorata alla valenza delle argomentazioni prima esposte sui profili d'irrazionalità della soluzione di chiusura delle SS.UU.

²³ Sul carattere processuale delle innovazioni legislative in tema di intercettazioni, anche se in relazione al fenomeno opposto rispetto a quello qui analizzato – vale a dire l'introduzione di una norma più restrittiva nel 2001 in tema di autorizzazioni – così si esprime Cass., Sez. V pen., sentenza del 20 ottobre 2003, n. 46221: «Ai fini della valutazione dei sufficienti indizi per l'autorizzazione all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche nell'ambito di un procedimento per delitti di criminalità organizzata, il divieto di utilizzazione delle notizie confidenziali riferite da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, previsto dal comma primo-bis dell'art. 203 cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 7 della legge 1 marzo 2001, n. 63), espressamente richiamato dall'art. 13 comma primo D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 (come modificato dall'art. 23 della legge 1 marzo 2001, n. 63), non si applica ai procedimenti in cui l'intercettazione sia già stata disposta al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, dovendosi ritenere che in base al principio "*tempus regit actum*", ribadito dall'art. 26 della legge citata, il discrimine per l'applicazione della normativa processuale sopravvenuta è rappresentato dal momento dell'assunzione della prova, non della sua valutazione».

Si tratta cioè di valutare se la delimitazione troppo rigida tra i reati connessi, per i quali le intercettazioni si utilizzano, e reati per i quali le stesse non hanno effetto possa formare oggetto di una valutazione di legittimità costituzionale.

Pur in presenza di una pronuncia autorevole al massimo livello, può osservarsi che in senso favorevole al dubbio di costituzionalità può venire in rilievo la giurisprudenza sulla «non dispersione degli elementi di prova»²⁴, che in questo caso si coniugherebbe altresì all'assenza di un effettivo pregiudizio ai diritti fondamentali di libertà e segretezza dei soggetti intercettati, come si è argomentato in precedenza.

Infatti, l'estensione dell'utilizzo delle intercettazioni ai reati connessi, anche se non rientranti nei limiti di ammissibilità ex art. 266 c.p.p. non comporta – come si è già osservato – problemi di elusione dell'obbligo puntuale di autorizzazione, in virtù del legame sostanziale tra i reati più gravi e meno gravi.

Le captazioni in esame dovrebbero pur sempre essere utilizzate – e dunque trascritte – in quanto pertinenti e rilevanti per la dimostrazione dei reati più gravi e, di conseguenza, come si è detto, non potrebbero profilarsi nemmeno lesioni al diritto alla riservatezza delle persone coinvolte nelle conversazioni. Pertanto, impedire l'utilizzo delle intercettazioni nell'esempio prima formulato dei reati-fine dell'associazione per delinquere avrebbe come unico risultato quello di “estromettere” parzialmente dal processo – per quei reati fine – i risultati probatori di captazioni comunque regolarmente autorizzate e facenti parte del fascicolo processuale. E la stessa considerazione varrebbe per il caso del reato di abuso d'ufficio a cui il falso ideologico è strumentalmente legato. Si verrebbe a determinare, in definitiva, un “taglio”, una riduzione del materiale probatorio, in realtà necessario anche per il giudizio sui reati più gravi, limitazione che non troverebbe fondamento nei principi costituzionali richiamati proprio dalla sentenza commentata²⁵. Del resto è evidente – per rimanere nell'ambito dell'esempio più significativo – che il giudizio sulla sussistenza di un'associazione per delinquere difficilmente può prescindere da quello sulla sussistenza dei singoli reati, che ne costituiscono uno dei più affidabili indici rivelatori.

Inoltre, è anche possibile, seguendo l'interpretazione qui criticata, che talune intercettazioni siano considerate durante le indagini inutilizzabili, perché ritenute pertinenti solo al reato connesso meno grave, ma in realtà le stesse ben potrebbero essere considerate utili a fini difensivi, per cui può diventare anche problematico selezionare – nell'ambito del medesimo procedimento e per giunta tra reati connessi – le captazioni pertinenti ed oggettivamente utilizzabili. E se, dunque, tutto va trascritto ed utilizzato

²⁴ Tra le pronunce più recenti, cfr. Cass., Sez. II pen., 10 ottobre 2019, n. 46147, che richiama in proposito sul principio di «non dispersione di elementi di prova» l'insegnamento della Corte costituzionale nella sentenza del 26 marzo 1993, n. 111 e lo valorizza anche nel caso in cui una delle parti abbia violato una norma processuale (omettendo il tempestivo deposito della lista testi).

²⁵ In dottrina si è salutato con favore l'intervento restrittivo sullo strumento delle intercettazioni, che implicherebbero spesso una certa “pigritia investigativa” (G. ILLUMINATI, “Osservazioni a margine di Cass., Sez. un., 28 novembre 2019”, cit. Se l'assunto trova conferma nei casi in cui il PM non proceda ai necessari riscontri, è altrettanto vero che per i reati ad accertamento complesso come quelli contro la P.A., spesso la prova di elementi come il dolo può essere offerta in modo tranquillizzante solo dal ricorso alle intercettazioni).

per garantire il diritto di difesa, a maggior ragione non si comprende l'impossibilità di acquisire integralmente agli atti del processo tali captazioni, di per sé non viziata da alcuna violazione procedurale, per il completo accertamento dei fatti.

Per questa via può ipotizzarsi – finché non muti eventualmente di nuovo l'assetto della giurisprudenza di legittimità – una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 112 Cost., ovviamente nelle sole ipotesi fin qui delineate di espunzione dei risultati delle captazioni inerenti a reati strettamente connessi (ma non rientranti nei limiti dell'art. 266 c.p.p.) a quelli per cui erano state autorizzate le operazioni tecniche. E' una strada senza dubbio impervia, ma percorribile²⁶.

Per quanto riguarda il futuro, invece, come si è detto, si applicherà il nuovo 1° comma dell'art. 270 c.p.p., introdotto dal legislatore subito dopo la pronuncia delle Sezioni Unite.

A tal proposito, la previsione legislativa appare senza dubbio una "risposta" alla sentenza, che però si rivela per qualche verso eccentrica. Infatti, non è stata adottata la strada più rispettosa dei principi espressi dalla Cassazione²⁷ e nel contempo più coerente rispetto alla citata esigenza di "non dispersione di elementi di prova", che sarebbe stata quella di estendere limitatamente la possibilità di impiego delle captazioni ai reati connessi, pur se non inseriti nell'art. 266 c.p.p., od ai reati strettamente collegati dal nesso di profitto o da quello di reciprocità²⁸.

Il legislatore ha prescelto, invece, la soluzione di estendere direttamente la possibilità di utilizzo delle intercettazioni a reati anche non connessi a quelli per i quali le captazioni erano state disposte, se rientranti nei limiti posti dall'art. 266. Si allarga, dunque, il novero dei reati, oltrepassando lo sbarramento più antiquato dei reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza²⁹.

²⁶ Per ipotesi di contrasto con l'art. 112 Cost. originate dall'espunzione di intercettazioni dagli atti processuali, cfr. Cass., Sez. IV pen., sentenza n. 10772 del 4 febbraio 2004 e C. Cost. n. 390 del 24 ottobre 2007, entrambe in tema di intercettazioni casuali riguardanti terzi in contatto con parlamentari.

²⁷ Una notazione analoga nella [Relazione su novità normativa n. 35/20](#) del 23 marzo 2020 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, dedicata al provvedimento in esame (pag. 14). La relazione è stata pubblicata in *Sistema penale*, 31 marzo 2020.

²⁸ Si pensi all'ipotesi dei reati di lesioni commesse in danno reciproco, dove per un effettivo ed integrale accertamento dei fatti, ivi compresa la comparazione delle circostanze, e per il principio di parità di trattamento, appare logico consentire l'integrale utilizzo delle captazioni anche al reato di lesioni non aggravate eventualmente commesso da uno dei contendenti e non rientrante, come è noto, nei limiti previsti dall'art. 266 c.p.p. Ciò anche in ragione del "legame sostanziale" tra i due reati, che sussiste anche in questo caso di collegamento investigativo, come si è argomentato in precedenza.

²⁹ Nella "Relazione su novità normativa" dell'Ufficio del Massimario, cit., pag. 14, si cita anche una possibile diversa ricostruzione, secondo cui i due requisiti – l'inserimento nei due "cataloghi" dell'art. 380 e dell'art. 266 c.p.p. – dovrebbero coesistere, ma la lettera della legge prevede chiaramente un'indicazione autonoma, disgiunta dei due casi di utilizzabilità. Inoltre, sotto il profilo sistematico, per i reati previsti dall'art. 380 è generalmente già consentito il ricorso alle intercettazioni (limitata eccezione, ad esempio, è offerta dall'art. 497 bis, 1° comma, c.p.), per cui l'innovazione legislativa non avrebbe senso se si trattasse di un presupposto "aggiuntivo" e, comunque, non si spiegherebbe nemmeno alla luce della sentenza delle SS.UU., che non hanno messo in discussione la legittimità costituzionale della utilizzabilità in diverso procedimento nei casi dei reati con arresto obbligatorio.

Per cui, da un lato, il problema della non utilizzabilità del mezzo di ricerca della prova in esame ai reati connessi “meno gravi” sotto il profilo edittale permarrà, mentre, dall’altro, sarà consentita tale utilizzazione in casi di reati anche del tutto distinti dalle originarie ipotesi delittuose. D’altra parte, il catalogo dei reati per cui sono ammesse le intercettazioni è variegato, comprendendo reati contro beni giuridici del tutto eterogenei, sanzionati con pene parimenti molto diversificate. Ulteriori perplessità, poi, suscita la nuova previsione legislativa del doppio requisito di “rilevanza” ed “indispensabilità” per l’estensione probatoria ai reati diversi, dal momento che il secondo concetto assorbe evidentemente il primo, per cui la disposizione prevede un requisito di rilevanza obiettivamente superfluo, risolvendosi in un’endiadi³⁰.

Dunque, anche la soluzione legislativa si espone a dubbi di costituzionalità, per motivi opposti rispetto a quelli delineati in precedenza, poiché ripropone la possibilità di estendere la compressione del diritto alla riservatezza a casi assolutamente “non coperti” dall’originaria autorizzazione e non connotati da particolare allarme sociale: basti pensare ai reati di molestia col mezzo del telefono o di contraffazione di marchi, attualmente contemplati dall’art. 266 del codice di rito.

Di conseguenza, sarà più che opportuno che il pubblico ministero, nei casi di carenza obiettiva di connessione o collegamento rispetto ai reati per cui ha ottenuto l’autorizzazione alle operazioni tecniche, proceda separatamente in relazione alle ipotesi delittuose successivamente emerse e dotandosi di nuove e specifiche autorizzazioni, secondo prassi virtuose del resto già consolidate.

Come è noto, l’ultima riforma in tema di intercettazioni – attuata in più tempi tra il 2019 ed il 2020 – ha previsto una serie di interventi ulteriori anche sulla disciplina del captatore informatico (comunemente definito *trojan horse*), in particolare estendendone l’impiego, a prescindere dallo svolgimento in concreto di attività criminose, anche nei luoghi di privata dimora indicati dall’articolo 614 del codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione in relazione ai quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni³¹ e prevedendo – nel contempo³² – una motivazione rafforzata per giustificare il citato impiego dello strumento particolarmente invasivo nei luoghi di privata dimora, sempre in relazione ai soli reati contro la p.A.³³.

³⁰Rilievi di segno analogo nella “Relazione su novità normativa”, cit., pag. 13.

³¹Così, dapprima, l’art. 1, comma 4°, lett. a), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (estendendo il regime dei reati di criminalità organizzata a quelli più gravi contro la P.A.), e poi l’art. 2, comma 1°, lett. c), del d.l. n. 161 del 2019, conv. con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020 (estendendo ulteriormente il regime agevolato anche ai reati contro la P.A. commessi dagli incaricati di pubblico servizio), entrambi novellando l’art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.

³²L’ulteriore requisito dell’obbligo di indicare nel decreto autorizzativo le ragioni che rendono necessaria tale modalità investigativa per lo svolgimento delle indagini tecniche si applica a tutte le ipotesi d’impiego del captatore e risale, invece, alla riforma del 2017, essendo stato introdotto dall’art. 4, comma 1°, lett. b), del d.lgs. n. 216 del 2017 (novellando l’art. 267 c.p.p.) e non più modificato.

³³Così l’art. 2, comma 1°, lett. c), del d.l. n. 161 del 2019, modificato *ad hoc* dalla legge di conversione. Per un’ampia panoramica sulla giurisprudenza di legittimità sul tema dei presupposti e dei limiti all’utilizzo del captatore informatico nonché per l’analisi dei complessi problemi di diritto intertemporale posti dalla rapida successione delle due riforme del 2017 (c.d. riforma Orlando, approvata con d.lgs. n. 216 del 2017 e

Con diretto riferimento all'argomento trattato in questa sede, l'art. 2, comma 1°, lett. g), n. 1 del decreto legge n. 161/2019, modificato dalla legge di conversione, ha apportato una modifica anche al comma 1-bis dell'art. 270 c.p.p., prevedendo, in tema di indagini effettuate con captatore informatico, che: "1-bis. Fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-bis."

La norma, in primo luogo, ricalca il medesimo principio di utilizzabilità per reati gravi, anche se non connessi e non determinanti l'arresto obbligatorio, stabilito dal comma 1° dell'art. 270, come novellato dalla medesima legge di conversione, nel senso in precedenza illustrato. In questo caso, però, va detto che già nel d.l. n. 161 del 30 dicembre 2019 il legislatore aveva limitato la circolarità probatoria dei risultati del *trojan* ai reati di criminalità organizzata ed a quelli più gravi contro la p.a. (pur se non connessi ai primi), ma lo aveva fatto, coordinando meglio il testo del comma 1-bis, con il precedente comma 1° dell'art. 270, rimasto invariato dalla data di entrata in vigore del codice del 1988. In particolare, aveva inserito la locuzione "fermo restando quanto previsto dal comma 1", con ciò stabilendo che valesse anche per le indagini con captatore il principio dell'utilizzabilità in procedimenti diversi, per i reati che prevedono l'arresto obbligatorio in flagranza.

Ora, la contemporanea modifica della norma "generale" data dal primo comma dell'art. 270 c.p.p., nel senso già esaminato dell'estensione probatoria dei risultati delle intercettazioni "comuni" in procedimenti diversi, sia in relazione ai reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza che a tutti i reati previsti dall'art. 266, 1° comma, pone ulteriori problemi di interpretazione e coordinamento, perché il comma 1-bis, che è norma "speciale" sul captatore e che prevede l'estensione dei risultati delle operazioni tecniche ai soli reati di criminalità organizzata ed a quelli più gravi contro la p.A., non è più ben coordinato con il succitato comma precedente.

Ciò perché il primo comma dell'art. 270 prevede ormai una doppia categoria di reati a cui i risultati delle captazioni si estendono anche in procedimenti diversi (*id est*: per reati non connessi) e quella "nuova" e più ampia prevista dall'art. 266, 1° comma, confligge con quella del medesimo articolo, comma 2-bis, richiamata per le intercettazioni con captatore dal comma 1-bis dell'art. 270.

mai entrata sostanzialmente in vigore) e del 2019 (attuata con il d.l. n. 161/2019, preceduto nello stesso anno dalla citata legge 9 gennaio 2019, n. 3, in gergo "legge spazzacorrotti", che ha stabilito le prime modifiche ed abrogazioni di disposizioni della normativa del 2017), si veda L. GIORDANO, [Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte](#), in questa *Rivista*, 4/2020, p. 109 ss. Sul tema della successione di norme nel tempo cfr. anche la disamina di G. SANTALUCIA, [Delitti dei c.d. colletti bianchi e intercettazioni tra presenti su dispositivo portatile: termine iniziale di efficacia delle nuove disposizioni](#), in questa *Rivista*, 4/2020, p. 5 ss. Sull'impianto complessivo della riforma del 2019, si veda altresì il commento critico di G. SANTALUCIA, [Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni](#), in questa *Rivista*, 1/2020, p. 47 ss., con un'analisi anche delle modifiche alla disciplina sull'impiego dei captatori informatici. Sul punto, infine, M. GRIFFO, [Il trojan e le derive del terzo binario](#), in questa *Rivista*, 2/2020, p. 61 ss.

In definitiva ed abbandonando il circolo vizioso dei rinvii numerici, il problema è stato originato dall'ampliamento del primo comma dell'art. 270: poiché ora è prevista l'estensione probatoria dei risultati delle intercettazioni "comuni" all'intera categoria dei reati non connessi per i quali sono ammesse le captazioni, mentre per le indagini con captatore informatico vale – logicamente – un criterio più restrittivo, alcuni interpreti si chiedono se possa ancora estendersi alle indagini con i *trojan* il vecchio principio dell'utilizzabilità per i reati con arresto obbligatorio in flagranza. In altri termini, non sarebbe più operativo il rinvio alla norma generale del primo comma e varrebbe solo la norma speciale, col risultato che l'intercettazione che facesse emergere indizi di un reato con arresto obbligatorio, non connesso (e diverso dai reati di criminalità organizzata ed eversiva o contro la P.A.), non sarebbe di per sé utilizzabile³⁴.

Indubbiamente si tratta di disposizioni mal coordinate tra loro, a seguito della legge di conversione, che ha dato, come si è detto, una "risposta" non meditata e sistematica alla sentenza delle Sezioni Unite. L'ostacolo all'accertamento di un diverso reato con arresto obbligatorio in flagranza, laddove per ipotesi meno gravi – come quelle dei reati contro la p.A. – i risultati delle intercettazioni del *trojan* sono utilizzabili, sarebbe palesemente irragionevole e determinerebbe non solo dubbi di costituzionalità, quanto, piuttosto, un esito scontato di contrasto con gli artt. 3 e 112 della Carta fondamentale.

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

4. Conclusioni. La possibile sintesi tra i principi costituzionali di riservatezza delle comunicazioni e di obbligatorietà dell'azione penale, nel quadro delle esigenze di contrasto della criminalità più evoluta.

In conclusione, sembra prevedibile che su questo specifico tema dell'estensione dei risultati delle intercettazioni, come del resto su altre e delicate questioni che il potente

³⁴In questo senso, G. DE AMICIS, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, cit. In forma più dubitativa, G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, p. 59, secondo il quale «la sostituzione del catalogo criminoso di riferimento, pur connotato da particolare gravità, potrà creare un irragionevole impedimento probatorio a fronte delle necessità di ricostruzione di fatti particolarmente gravi, collocati tra quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, anche se non ricompresi nel catalogo meno ampio costituito dall'elencazione di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen».

mezzo di ricerca della prova pone, il dibattito tra dottrina e giurisprudenza di merito e di legittimità resterà aperto.

Infatti, il dibattito tra gli operatori del settore continua ad essere animato da impostazioni tra loro inconciliabili, ispirate da confliggenti opzioni di politica del diritto: da un lato, chi continua a giudicare utile *tout court* l'utilizzo derivato delle intercettazioni, con il noto effetto "a strascico", a prescindere da qualsiasi connessione o legame sostanziale tra le ipotesi di reato successivamente emerse, in nome di un malinteso "panpenalismo", dall'altro, chi stigmatizza in modo radicale l'utilizzo dinamico delle intercettazioni, anche nei casi di fisiologica evoluzione delle indagini, che di norma conducono a scoprire fatti nuovi e giocoforza ignoti – pur se connessi al contesto iniziale – nel momento in cui si dà avvio alle captazioni.

Tra queste tensioni contrapposte si muove il legislatore, ora limitando in modo eccessivo lo strumento investigativo, come è accaduto con il captatore informatico nella riforma del 2017, ora estendendolo senza attenzione ai principi di riservatezza e proporzionalità, come emerge dalla nuova norma sulla circolarità probatoria anche per i reati non affatto connessi a quelli oggetto dell'autorizzazione giudiziale.

Pertanto, sembra ragionevole proporre una sintesi, che raffreddi le incandescenze del dibattito, come quella che si è cercato di delineare in precedenza. E' innegabile, si ripete, il carattere dinamico delle intercettazioni, che sono un mezzo insostituibile per ricostruire fenomeni delittuosi complessi e caratterizzati da notevoli difficoltà nell'ottenere prove dichiarative (anche in settori istituzionali ed in altri ambiti lontani dagli ambienti della criminalità organizzata si registrano forme preoccupanti di omertà e di rifiuto di collaborare con gli inquirenti, sia per evidenti e purtroppo consolidate forme di solidarietà corporativa, che per l'altrettanto consolidata banalizzazione dei crimini di ostruzione alla giustizia nel nostro Paese). Sembra, dunque, fisiologico che non si introducano ostacoli e cesure troppo drastiche nella progressione delle piste investigative aperte dalle intercettazioni: alcune ipotesi qualificate di collegamento tra i diversi reati emersi non dovrebbero essere tagliate fuori dall'ambito delle prove legittimamente acquisite, rispettando, come si è detto, il perimetro dell'autorizzazione iniziale del giudice. Se si ammette, poi, lo strumento per le indagini sulle forme più insidiose di criminalità associata di tipo comune, appare eccessivo rinunciare alla prova dei singoli reati oggetto del programma criminoso, così come non si può rinunciare a strumenti più raffinati di captazione per il contrasto delle manifestazioni più evolute di criminalità politica ed economica, in presenza, peraltro, di un'evoluzione tecnologica vorticoso, che renderà sempre più residuali le classiche comunicazioni telefoniche e persino, in un futuro sempre più prossimo, le tradizionali riunioni tra presenti.

Nel contempo non appare più sostenibile il ricorso inerte, prolungato e non selettivo alle intercettazioni (non di rado valutate nella loro complessiva portata solo al termine delle indagini preliminari, con le connesse omissioni procedurali ed investigative), che, oltre a compromettere i principi fondamentali più volte richiamati anche dalle Sezioni Unite e posti a base della riserva di giurisdizione, ha spesso determinato casi di gigantismo processuale ingestibili, per l'estrema eterogeneità delle fattispecie di reato da provare nel singolo processo. Del resto, nell'ipotesi di notevole

fruttuosità delle captazioni, la strada che il pubblico ministero più esperto ed attento deve percorrere è quella della separazione dei procedimenti per le tipologie di reati non connessi, dotandosi in modo piuttosto semplice di apposite – ed auspicabilmente tempestive – autorizzazioni del giudice per ognuno dei filoni investigativi germinati dalle iniziali intercettazioni.