



Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 19

Volume a cura di: Marco Maria Alma e Costantino de Robbio, *componenti del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*, e Cesare Parodi, *Procuratore aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Contributo redazionale: Vittoria Ciliberto e Giulio Andronico, *nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli.*

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura:
Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano.



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2022
ISBN 9791280600202

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*



Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 19

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Cesare Parodi	
Presentazione	11
Luigi Giordano	
Il captatore informatico: il quadro ermeneutico attuale.	15
Edmondo Pio	
Intercettazioni e misure cautelari – Criteri di valutazione e di redazione dei provvedimenti	73
Giuseppe Borrelli	
Tabulati, log, pedinamenti informatici e localizzazioni: il quadro alla luce del d.l. 132/2021	101
Paolo Di Geronimo	
Le ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche	119
Gaetano De Amicis	
Il regime della “circolazione” delle intercettazioni dopo la riforma: garanzie o limiti?	131
Roberta Aprati	
Il regime della “circolazione” delle intercettazioni dopo la riforma: garanzie o limiti? Tre premesse sulla circolazione probatoria delle intercettazioni	147
Alberto de Sanctis	
Profili di illegittimità costituzionale del nuovo regime di circolazione delle intercettazioni (c.d. “pesca a strascico”)	175

Gli autori

Giuseppe Borrelli
Procuratore della Repubblica di Salerno

Gaetano De Amicis
Consigliere della Corte di Cassazione

Roberta Aprati
Professore di procedura penale. Università La Sapienza Roma

Alberto De Sanctis
Avvocato, Presidente Camera Penale Piemonte

Paolo Di Geronimo
Consigliere della Corte di Cassazione

Luigi Giordano
Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione

Cesare Parodi
Procuratore Aggiunto, Procura della Repubblica di Torino

Edmondo Pio
Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Torino

Presentazione

La disciplina delle intercettazioni di comunicazioni interpersonali, da sempre al centro di controversie politiche e di serie questioni tecniche (almeno in punto di prassi applicative), ha subito negli ultimi anni una eccezionale spinta evolutiva, che si è risolta in una disordinata sequenza di arresti giurisprudenziali ed interventi normativi. Le ragioni della sua instabilità sono da ricercarsi paradossalmente nell'eccezionale efficacia di questo strumento di indagine, da sempre risolutivo per il disvelamento di buona parte degli illeciti penali ed indispensabile mezzo di prova a disposizione dell'accusa nell'agone processuale. Non esiste alcun modo – fatta eccezione per la confessione, che ha un'incidenza statistica di gran lunga inferiore – più diretto ed inoppugnabile per accertare la commissione di un reato di quello di portare al Tribunale la registrazione della voce o delle immagini del reo colto mentre porta a termine la condotta illecita o ne parla a terzi.

Il progresso delle tecniche digitali ed informatiche ha messo a disposizione nuovi strumenti intrusivi (basti pensare al captatore informatico) e nuove possibilità di gestione dei dati, moltiplicando negli inquirenti l'impressione di trovarsi proiettati direttamente sulla scena del crimine; parallelamente, sono cresciuti i timori per la inedita capacità intrusiva di tali strumenti, ormai così sofisticati da spingere qualcuno ad interrogarsi sulla tenuta del sistema costituzionale di protezione dei diritti personalissimi. È divenuta dunque centrale l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra esigenze di accertamento dell'illecito penale ed esigenze di riservatezza e di libertà dei cittadini, cui si sono aggiunte preoccupazioni contingenti del ceto politico anche in elazione alla diffusione incontrollata degli esiti delle intercettazioni attraverso il circuito mediatico, soprattutto quando le captazioni riguardano conversazioni inerenti ad argomenti diversi da quelli oggetto di indagine e persino di soggetti estranei alle stesse. Ne è sortita una riforma legislativa dell'istituto che ha suscitato perplessità ed ha diviso profondamente dottrina, esponenti della magistratura e del foro. Sono stati dunque incentivati nuovi interventi legislativi, anche riguardo alla gestione dei dati acquisiti dopo le operazioni tecniche di ascolto e documentazione. Lo scaglionamento di efficacia delle varie norme riformatrici, più volte rinnovato, ha finito con l'accentuare la confusione e le difficoltà interpretative ed applicative della disciplina. In questo quadro, fa notizia anche il perdurante silenzio

legislativo su profili essenziali dell'indagine con mezzi telematici, primo fra tutti quello delle videoriprese, che ancora si regge sulla partizione fra luoghi di privata dimora e luoghi pubblici o aperti al pubblico, e sulla distinzione pretoria tra comunicazioni non verbali e comportamenti non comunicativi. Nei primi giorni del 2020 è andato a compimento il disegno avviato con la legge di riforma del sistema penale (n. 103 del 2017), portatrice di regole analitiche e di una delega in materia di intercettazioni, attuata con il decreto legislativo n. 216 del 2017, e comunque seguita da ulteriori interventi di riforma, anche dal segno dissonante rispetto alle spinte per una riduzione del ricorso a metodi intrusivi di indagine (si pensi in particolare alla legge n. 3 del 2019 ed all'estensione del ricorso al captatore informatico per i delitti contro la pubblica amministrazione). Dunque, al di là dell'esigenza di aggiornare lo stato della dottrina e della giurisprudenza (anche sovranazionale) sulle principali questioni giuridiche in atto, al di là dell'opportunità di informare inquirenti e giudici sulle modalità tecniche di funzionamento dei nuovi strumenti di intercettazione, il corso ha rappresentato un'occasione per fare il punto sull'attuazione della travagliata disciplina pervenuta a una completa attuazione.

Un confronto che si è articolato sui temi propriamente giuridici e sulle questioni tecniche e organizzative poste, specie per le Procure, dalla normativa in vigore.

In concreto, il corso è stato aperto da una relazione sul tema della circolazione interna ed esterna degli esiti delle intercettazioni, con particolare riguardo alla tutela della riservatezza e diritto all'informazione. Una tematica di grande attualità e – in teoria – di ordine generale che tuttavia proprio nel campo delle intercettazioni è destinata a trovare ampia, significativa (e verosimilmente controversa) applicazione.

La modifica della disciplina in generale anche sul piano della “gestione “dei rapporti – interni, con la p.g., esterni, con i difensori – ha poi suggerito di dedicare spazio ai profili organizzativi degli uffici di Procura, con particolare riguardo all'impostazione del nuovo rapporto, in fase di esecuzione delle intercettazioni, con la p.g. e alle questioni giuridiche tecniche correlate alla gestione dell'archivio delle intercettazioni.

Un doveroso spazio è stato dedicato al tema di maggiore “attualità, ossia alla disciplina dei tabulati (nonché dei log) anche in relazione ai pedinamenti informatici e localizzazioni alla luce delle numerose modifiche apportate dal d.l. 134/2021, poi convertito con l. n. 178/2021.

Centrali – come da molto tempo – e pertanto imprescindibili nella prospettiva dell'approfondimento – sono state ritenute le tematiche relativi agli aspetti comuni tra intercettazioni e le misure cautelari, in relazione ai criteri di valutazione e di redazione dei provvedimenti. Analogamente, spazio è stato riservato per le prassi

e le criticità in delle captazioni in tema di indagini nei reati contro la pubblica amministrazione, nonché, in termini generali, sulle conseguenze delle nuove indicazioni normative in relazione ai profili di inutilizzabilità e nullità.

Con taglio pratico, nell'ambito dei gruppi di lavoro sono stati affrontati i temi delle procedure di deposito e selezione delle intercettazioni nonché della predisposizione e la valutazione della richiesta di intercettazione e del "progetto investigativo" del pubblico ministero. Sotto un duplice profilo – operativo e correlato alle numerose e recenti decisioni della S.C. – è stato altresì approfondita la problematica di varia natura legata al sempre più ampio utilizzo del captatore informatico, anche in relazione alla captazione della messaggistica e delle mail.

Infine, una riflessione a più voci espressive di differenti prospettive ha trovato luogo con riguardo al regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma. Un tema che ha suscitato un vivo dibattito e numerose polemiche, laddove la riforma è intervenuta significativamente in un ambito già in qualche modo "rivoluzionato" della decisione delle S.U. 51/2020 e rispetto al quale verosimilmente non sono state ancora risultate numerose criticità ermeneutiche – anche sul piano costituzionale – che la riforma e le indicazioni della S.C. hanno determinato.

Il captatore informatico: il quadro ermeneutico attuale.

SOMMARIO: Parte prima: I tempi di attuazione della disciplina della riforma delle intercettazioni. 1. Un complesso percorso normativo. – 1.1. segue: La disciplina transitoria della riforma delle intercettazioni. – 1.2. segue: le “nuove iscrizioni” nello stesso procedimento. – 1.3. segue. Gli effetti della separazione o della riunione di procedimenti.

Parte seconda: La disciplina codicistica del captatore informatico. 2. I limiti di ammissibilità dello strumento (art. 266 cod. proc. pen.). – 2.1 segue: L’uso del “captatore informatico” per le indagini relative ai delitti contro la pubblica amministrazione. – 2.2. Il provvedimento autorizzativo “rafforzato” del Gip (art. 267, comma 1, cod. proc. pen.). – 2.3. Il decreto d’urgenza del pubblico ministero (art. 267, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.). – 2.4. Il ricorso ad ausiliari di polizia giudiziaria (art. 268 cod. proc. pen.). – 2.5. La peculiare disciplina per la circolazione dei risultati delle captazioni compiute tramite “trojan” (art. 270 comma 1-*bis*, cod. proc. pen.). – 2.6. L’inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni compiute per mezzo del trojan horse e la loro distruzione (art. 271 cod. proc. pen.). – 2.7. La disciplina di attuazione.

Parte terza: Presupposti e limiti all’utilizzo del captatore informatico nelle indagini: le indicazioni della Suprema Corte. 3. Premessa. – 3.1. L’utilizzabilità del captatore informatico nelle indagini per i “reati di criminalità organizzata” prima dell’efficacia delle nuove norme. – 3.2 Inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni compiute con il captatore nei procedimenti relativi a reati diversi da quelli di criminalità organizzata (prima della maturazione del termine per l’applicazione della riforma). – 3.3. L’uso del captatore per le indagini concernenti i reati contro la pubblica amministrazione. – 3.4. Il captatore informatico non costituisce una “prova atipica”. – 3.5. Il captatore e la libertà di determinazione della persona intercettata. – 3.6. La captazione di immagini per mezzo del trojan. – 3.7. L’acquisizione dello screenshot di un file per mezzo del captatore informatico. – 3.8. La “sovrapposizione” di decreti di intercettazione relativi allo stesso dispositivo bersaglio. – 3.9. Le questioni “tecniche” consequenziali all’uso del trojan. – 3.10. I “vizi” della “verbalizzazione” delle attività compiute per inoculare il trojan. – 3.11. La lamentata natura “fraudolenta” del mezzo adoperato. – 3.12. L’uso dell’energia elettrica altrui. – 3.13. L’area operativa delle questioni di inutilizzabilità. –

3.14. Il “rischio” di captare dialoghi con il difensore. – 3.15. L’intercettazione tramite trojan di conversazioni intervenute all’estero. – 3.16. L’uso del captatore da parte dei privati.

PARTE PRIMA

I tempi di attuazione della disciplina della riforma delle intercettazioni.

1. Un complesso percorso normativo

La regolamentazione delle intercettazioni tra presenti eseguite mediante l’inserimento di un captatore informatico in un dispositivo elettronico, come è noto, è contenuta nell’ambito della riforma della disciplina delle intercettazioni. A tale riforma si è giunti all’esito di un complesso *iter* normativo che è partito con la legge delega n. 103 del 2017, intitolata “*Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*”.

In attuazione dei criteri contenuti nell’art. 1, commi 82 e ss., della legge n. 103 del 2017, è stato adottato il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante “*Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103*” (cd. riforma Orlando), che ha provveduto ad una complessiva riforma della disciplina delle intercettazioni.

L’art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017 prevede una disposizione transitoria che regola i tempi di attuazione delle nuove norme tra le quali anche quelle che regolano l’uso del captatore nelle indagini preliminari e l’utilizzabilità nel giudizio dei risultati delle intercettazioni così ottenute.

Tale norma, originariamente, stabiliva che le disposizioni di cui agli art. 2, 3, 4, 5 e 7 del d.lgs. si applicassero alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto (che è quella del 26 gennaio 2018, cioè quindici giorni dopo la pubblicazione avvenuta in data 11 gennaio 2011). La disposizione di cui all’art. 2, comma 1, lett. b), dello stesso d.lgs., relativa alla possibilità di pubblicare l’ordinanza cautelare, invece, avrebbe dovuto acquistare efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto¹.

¹ La relazione governativa giustificava questo diverso termine con la necessità di “testare” il nuovo modello di ordinanza cautelare che è stato introdotto dalla riforma. Nell’art. 291 cod. proc. pen., infatti, è stato inserito un nuovo comma 1-ter secondo cui “*Quando è necessario, nella richiesta sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate*”. Si afferma in detta relazione che «occorre ... sperimentare sul campo l’efficacia del nuovo modello di elaborazione dell’ordinanza; sicché è opportuno che la modifica dell’ar-

Le sole norme del d.lgs. n. 216 del 2017 entrate in vigore secondo i termini ordinari, pertanto, sono state quelle previste dall'art. 1, che ha introdotto il nuovo reato di “*Diffusione di riprese audiovisive e registrazioni di comunicazioni effettuate fraudolentemente*”, previsto dall'art. 617-*septies* c.p. che punisce la diffusione, al fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese o registrazioni effettuate fraudolentemente, e dall'art. 6, che concerne le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Il momento in cui le nuove norme avrebbero dovuto acquistare efficacia, però, è stato progressivamente differito².

Nelle more della maturazione del termine per l'applicazione del decreto legislativo di riforma della disciplina delle intercettazioni, **la materia è stata integralmente “contro-riformata” dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161**, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7, che ha modificato o abrogato diverse disposizioni del d.lgs. n. 216 del 2017.

Il nuovo intervento normativo ha inciso profondamente sulla c.d. “riforma Orlando”, tanto da far affermare che «di quella criticatissima novella non rimane che qualche annerita maceria»³.

In particolare, **l'art. 1 del decreto-legge ha modificato il contenuto della disposizione transitoria, stabilendo che le norme del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 si applicano ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020 (termine poi spostato al 30 aprile 2020 in sede di conversione del decreto-legge).**

articolo 114 sulla immediata pubblicabilità acquisti efficacia dopo un certo lasso temporale dall'entrata a regime delle innovazioni normative».

² Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 settembre 2018, n. 108, in particolare, è stato stabilito che le disposizioni del d.l. n. 216 del 2017 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 marzo 2019. In seguito, la legge 30 dicembre 2018, n. 145, c.d. legge di bilancio, ha prorogato al 1° agosto 2019 l'applicazione di queste norme; poi, ancora, è stato stabilito dall'art. 9, comma 2, lett. a), del d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 2019, n. 77, che la riforma si applicano alle operazioni di intercettazioni relative ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019.

³ Così F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.* 2020, 1384. Negli stessi termini, sostanzialmente, L. FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.* 2020, 453, secondo cui «la “riforma Orlando” (...) è stata sostanzialmente abrogata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161».

Con un'altra disposizione, contenuta nell'art. 2, comma 8, del d.l. n. 161 del 2019, inoltre, lo stesso decreto-legge ha differito l'applicazione di tutte le norme contenute nell'art. 2 *“ai procedimenti iscritti successivamente al 30 aprile 2020”*⁴.

In seguito, il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, ha nuovamente differito il termine per l'applicazione delle nuove norme, stabilendo che esse si debbano applicare ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020 (mentre l'efficacia della disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216 del 2017, relativa alla pubblicazione dell'ordinanza cautelare, è stata spostata al 1° settembre 2020).

Nonostante gli sforzi profusi, pertanto, le nuove disposizioni hanno trovato compiuta applicazione solo quattro anni dopo il primo intervento riformatore, all'esito di un percorso che, come è stato efficacemente affermato, «presenta i tratti del grottesco»⁵.

1.1. segue: La disciplina transitoria della riforma delle intercettazioni

L'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017, dunque, nella versione che ha assunto dopo i plurimi interventi normativi che sono stati illustrati, prevede che **la nuova disciplina delle intercettazioni si applica “ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020”**.

Per effetto di questa disposizione, è stato determinato una sorta di “doppio binario” quanto ai limiti temporali per l'applicazione della disciplina del mezzo di ricerca della prova, che dipende dalla data di iscrizione del procedimento penale (e non più dall'epoca di emissione del decreto di autorizzazione o di proroga delle intercettazioni come previsto dall'originaria formulazione dell'art. 9 d.lgs. n. 216 del 2017).

Una piana interpretazione letterale, infatti, conduce a ritenere che, per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, continui ad essere applicabile la disciplina previgente.

In questi termini si è espressa la Suprema corte, affermando che **la deroga al principio generale del *tempus regit actum*, che regola la successione delle leggi processuali, introdotta dall'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017, riguarda esclusiva-**

⁴ La necessità di questa ulteriore disposizione è derivata dal fatto che l'art. 2 d.l. n. 161 del 2019 ha introdotto ulteriori norme non previste dal d.lgs. n. 216 del 2017 (ad esempio, ha modificato l'art. 415-bis cod. proc. pen.), la cui efficacia, in mancanza di questa disposizione, non sarebbe stata differita ai procedimenti iscritti dopo il 30 aprile 2020 in base all'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017 (come modificato proprio dall'art. 1 del d.l. n. 161 del 2019).

⁵ Così M. GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1° maggio 2020.

mente i provvedimenti autorizzativi di intercettazioni che, pur se emessi dopo tale data, sono relativi ad un procedimento iscritto entro il 31 agosto 2020. Questi decreti autorizzativi, seppur adottati dal Gip dopo la data del 31 agosto 2020, sono soggetti alle regole previgenti, facendo parte di un procedimento iscritto prima della data indicata⁶.

Il meccanismo adottato per la determinazione dell'efficacia delle nuove norme pare sia stato consigliato da ragioni pratiche, consistenti nell'evitare la commistione di discipline diverse applicabili alle intercettazioni disposte nello stesso procedimento⁷.

Il nuovo criterio per la determinazione della legge applicabile nel tempo ha suscitato perplessità sul piano teorico, perché non è fondato sul principio "*tempus regit actum*", che invece ispirava la precedente versione della stessa disposizione⁸, la quale, come si è visto, faceva riferimento all'epoca di adozione dei decreti autorizzativi o di proroga delle intercettazioni⁹. Nel caso di successione di leggi che incidano sui requisiti e sui presupposti legittimanti i mezzi di ricerca della prova e l'utilizzazione dei relativi elementi, in assenza di disposizioni transitorie, del resto, avrebbe trovato comunque applicazione il principio "*tempus regit actum*"¹⁰.

1.2. segue: le "nuove iscrizioni" nello stesso procedimento

Anche il criterio accolto dalla disposizione transitoria, peraltro, si presta a far sorgere delicate questioni di diritto intertemporale.

Si allude, in primo luogo, al caso in cui, nell'ambito dello stesso procedimento, all'iscrizione di un reato avvenuta prima del 31 agosto 2020, ne

⁶ Cass. Sez. VI, n. 47235 del 17/11/2021; negli stessi termini, Cass. Sez. VI, n. 47237 del 17/11/2021. Sulla sentenza, volendo, si veda L. GIORDANO, *La Corte di cassazione sulla disciplina transitoria della riforma delle intercettazioni*, in www.ilpenalista.it, 7 febbraio 2022.

⁷ cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario sulla riforma delle intercettazioni, reperibile in *Sist. Pen.* 2020, 31 marzo 2020.

⁸ In forza della regola *tempus regit actum*, la disciplina e la validità di un atto dipendono dalla sua conformità alla disciplina vigente nel momento in cui è stato formato e non a quella vigente all'epoca del fatto – reato. "Il discrimine per l'applicazione della norma processuale sopravvenuta è rappresentato dal momento dell'assunzione della prova, non della sua valutazione, perché in qual momento si produce l'effetto di introdurre nel processo un elemento di prova utilizzabile ai fini della decisione", così Cass. Sez. IV, n. 27891 del 04/05/2004, Rv. 229075 – 01

⁹ cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario sulla riforma delle intercettazioni, reperibile in *Sist. Pen.* 2020, 31 marzo 2020.

¹⁰ cfr. Cass. Sez. III, n. 21451 del 29/01/2015, in *CED Cass.* n. 263746; Cass. Sez. V, n. 4408 del 22/01/1998, in *CED Cass.* n. 211040.

seguano altre, in epoca successiva a tale data, aventi ad oggetto nuovi titoli di reato, per effetto di “aggiornamenti” dell’annotazione iniziale.

In una simile ipotesi, si potrebbe evocare il **principio dell’autonomia di ogni iscrizione**, secondo cui, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero – salvi i casi di mutamento della qualificazione giuridica del fatto o dell’accertamento di circostanze aggravanti – deve procedere a nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato sia quando acquisisce elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona, sia quando raccolga elementi in relazione al medesimo o ad un nuovo reato a carico di persone diverse dall’originario indagato; ne consegue che il termine per le indagini preliminari decorre in modo autonomo per ciascun indagato dal momento dell’iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato e, per la persona originariamente sottoposta ad indagini, da ciascuna successiva iscrizione¹¹.

Tale principio, invero, è stato elaborato ai fini del computo del termine di durata delle indagini preliminari. La sua eventuale estensione alla disciplina delle intercettazioni determinerebbe l’applicazione delle nuove norme alle indagini relative ai reati oggetto di iscrizione dopo il 31 agosto 2020. L’applicazione del principio dell’autonomia di ogni iscrizione di notizia di reato, insomma, determinerebbe come conseguenza che la disciplina del mezzo di ricerca della prova sarebbe diversa anche all’interno dello stesso procedimento penale, proprio quella situazione che il legislatore che ha modificato l’art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017 intendeva evitare.

Le difficoltà interpretative illustrate, tuttavia, secondo le linee guida adottate da diverse Procure della Repubblica, vanno superate ritenendo che, **in ragione della formulazione letterale adoperata dalla disciplina transitoria** (“*procedimenti penali iscritti*”), non debba trovare applicazione il principio dell’autonomia di ogni iscrizione, del resto stabilito dal codice di rito al diverso fine del computo del termine di durata delle indagini preliminari¹².

Secondo questa interpretazione, la nuova disciplina delle intercettazioni si applica ai procedimenti penali iscritti a partire dal 1° settembre 2020, da intendersi come **procedimenti iscritti per la prima volta a partire da tale data nel registro delle notizie di reato** previsto dall’art. 335 cod. proc. pen.,

¹¹ Cfr. Cass. Sez. VI, n. 19053 del 12/03/2003, in *CED Cass.* n. 227380; Cass. Sez. IV, n. 32776 del 06/07/2006, in *CED Cass.* n. 234822; Cass. Sez. VI, n. 11472 del 02/12/2009, dep. 2010, in *CED Cass.* n. 246525; Sez. II, n. 29143 del 22/03/2013, in *CED Cass.* n. 256457; Cass. Sez. II, n. 22016 del 06/03/2019, in *CED Cass.* n. 276965.

¹² cfr., tra gli altri, le *Linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Monza* del 26/08/2020, in *Sist. Pen.* 7 settembre 2020.

senza che assuma alcun rilievo l'iscrizione nel medesimo procedimento di ulteriori notizie di reato dopo la data indicata.

La formulazione letterale dalla norma è il principale dato ermeneutico che sostiene tale interpretazione.

Al riguardo, è stato evidenziato che è rilevante non tanto l'impiego del termine "procedimento", che può assumere connotazioni diverse¹³, ma quello di "iscrizione" riferito a detto procedimento, «con ciò intendendosi univocamente la formazione del fascicolo a seguito della prima iscrizione della notizia di reato ex art. 335 cod. proc. pen.»¹⁴.

La soluzione proposta si lascia preferire perché permette di superare le difficoltà operative in precedenza illustrate, rivelandosi allo stesso tempo conforme alla *ratio* che ha ispirato la modifica della disposizione transitoria. Essa appare addirittura obbligata se si pensa alla necessità da parte del pubblico ministero di procedere al conferimento delle registrazioni e dei verbali nell'archivio delle intercettazioni, come imposto dalla legge di riforma del mezzo di ricerca della prova in esame. La necessità o meno di svolgere tale operazione non pare tollerare alcuna incertezza, né pare ipotizzabile che possa essere svolta solo in relazione alle investigazioni che riguardano taluni reati nell'ambito dello stesso procedimento.

1.3. segue. Gli effetti della separazione o della riunione di procedimenti

Una delicata questione di diritto intertemporale si pone anche qualora due o più procedimenti, con una diversa data di iscrizione, per alcuni antecedente e per altri successiva al 31 agosto 2020, fossero riuniti o, più frequentemente, quando da un procedimento iscritto prima del 31 agosto 2020 ne scaturisca, per separazione, un altro iscritto dopo tale data.

Tale questione è stata affrontata nella decisione della Suprema Corte dapprima indicata¹⁵, nella quale è stato ritenuto che i **provvedimenti autorizzativi**

¹³ Si pensi alla difficoltà di interpretare detto termine utilizzato dall'art. 270 cod. proc. pen. che disciplina l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi che emerge chiaramente dalla recente sentenza Cass., Sez. U, n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, in *CED Cass.* n. 277395. Su questa sentenza, tra gli altri, si veda A. Innocenti, *Le Sezioni unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 7, 993.

¹⁴ cfr. la circolare della Procura della Repubblica di Tivoli, intitolata "*Linee guida per l'applicazione della nuova disciplina delle intercettazioni*", reperibile sul sito istituzionale dell'ufficio giudiziario

¹⁵ Cfr. Cass. Sez. VI, n. 47235 del 17/11/2021, cit.; negli stessi termini, Cass. Sez. VI, n. 47237 del 17/11/2021, cit.

di intercettazione emessi entro il 31 agosto 2020 sono soggetti alla disciplina precedente alla riforma, anche se, a seguito di separazione dall'originario procedimento, fossero ricompresi in nuovi procedimenti penali iscritti dopo tale data. In questa prospettiva, la nuova iscrizione determinata dallo "stralcio" non incide sulla disciplina applicabile ai provvedimenti autorizzativi di intercettazioni emessi in precedenza, che continuano ad essere soggetti alle regole previgenti;

Da questa soluzione deriva che la nuova disciplina dell'art. 270 cod. proc. pen., che introduce una ulteriore deroga al divieto di utilizzo dei risultati delle intercettazioni disposte in un diverso procedimento per i reati che rientrano nel catalogo dell'art. 266 cod. proc. pen., non possa trovare applicazione con riferimento agli esiti di captazioni autorizzate entro il 31 agosto 2020, pur se, per effetto di un provvedimento di separazione, siano contenuti in un nuovo procedimento iscritto dopo tale data.

Ciò comporta, in particolare, che gli esiti delle intercettazioni saranno utilizzabili in un procedimento diverso solo se relativi a reato per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in fragranza.

Nella medesima sentenza, inoltre, seppur solo per esigenza di coerenza dell'esposizione – e, dunque, senza che il tema assumesse rilievo per la decisione del giudizio – la Corte ha affrontato anche il profilo che pare più complesso, ancorché relativo a fattispecie che potrebbe presentarsi in modo frequente nella prassi.

Si tratta del caso in cui, **in un procedimento iscritto a partire dal 1° settembre 2020 per effetto della separazione da un procedimento iscritto prima di tale data, siano disposte nuove intercettazioni.**

Secondo la sentenza citata, tale ipotesi va disciplinata considerando che la **disposizione transitoria assicura rilevanza al dato formale della nuova iscrizione**, con la conseguenza che **sono soggette alla nuova disciplina i decreti che autorizzano intercettazioni adottati dopo la nuova iscrizione** (avvenuta, per ipotesi, dopo il 31 agosto 2020).

Ne consegue altresì che, sempre in tale caso, se nel procedimento iscritto a seguito della separazione avvenuta a partire dal 1° settembre 2020 fossero confluiti esiti di intercettazioni autorizzate nel procedimento originario (dunque, adottato entro il 30/08/2020) e, poi, fossero state autorizzate altre intercettazioni, si determinerà **una diversificazione dei regimi di disciplina applicabili**: quelle precedenti alla nuova iscrizione del procedimento (cioè, quelle precedenti allo "stralcio") continueranno ad essere soggetto alla disciplina previgente; quelle autorizzate dopo la nuova iscrizione, invece, saranno sottoposte alla legge di riforma.

La soluzione proposta, invero, comporterebbe proprio quell'effetto negativo di sovrapposizione all'interno dello stesso procedimento di attività di intercet-

tazioni regolate in parte con la vecchia disciplina e in parte con quella nuova, che potrebbe provocare difficoltà quanto alle regole applicabili in materia di deposito, acquisizione e conservazione degli atti relativi alle intercettazioni. Essa, peraltro, pare obbligata solo nei casi in cui la nuova iscrizione riguardi un “diverso” procedimento perché concernente reati che non risultino connessi, ex art. 12 cod. proc. pen., a quelli in relazione ai quali l’autorizzazione era stata “*ab origine*” disposta, secondo le indicazioni delle Sezioni unite¹⁶.

PARTE SECONDA

La disciplina codicistica del captatore informatico

2. I limiti di ammissibilità dello strumento (art. 266 cod. proc. pen.)

In attuazione dei criteri contenuti nell’art. 1, comma 84, lett. e), della l. n. 103 del 2017, come è noto, è stato adottato il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, che ha disciplinato, nell’ambito della riforma delle intercettazioni, l’utilizzo nelle indagini del captatore informatico e l’uso processuale del materiale probatorio così raccolto.

L’art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2017, in particolare, ha fissato i limiti di ammissibilità delle intercettazioni tra presenti tramite captatore informatico. Questa disposizione ha modificato l’art. 266, comma 2, cod. proc. pen. con l’inserimento delle seguenti parole: “, *che può essere eseguita anche mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile*”.

L’art. 266, comma 2, cod. proc. pen., dunque, costituisce la disposizione che regola i presupposti di ammissibilità delle intercettazioni “*tra presenti*”, le quali possono essere realizzate, oltre che per mezzo di strumenti “tradizionali”, anche sfruttando le potenzialità del “captatore informatico”. Il legislatore, pertanto, ha preso atto che quest’ultimo costituisce solo una particolare modalità tecnica per la realizzazione dell’intercettazione delle conversazioni tra presenti. Anche il successivo art. 267, comma 1, cod. proc. pen. considera l’inserimento di un captatore informativo in un dispositivo elettronico “*una modalità per lo svolgimento delle indagini*”.

Come meglio si vedrà nel prosieguo, anche secondo la giurisprudenza di legittimità, non è stato disciplinato uno strumento per raccogliere una “prova atipica”, né un meccanismo che permette un aggiramento delle regole della “prova tipica”, ma solo un mezzo tecnico messo a disposizione dalla moderna tecnologia per effettuare intercettazioni ambientali¹⁷.

¹⁶ Cass. S.U. n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo.

¹⁷ Cfr., tra le altre, Cass. Sez. V, n. 31606 del 30/09/2020, Pici.

Sia che la captazione delle conversazioni avvenga con strumenti consueti, sia che si utilizzi il “captatore informatico”, tuttavia, nel caso in cui le intercettazioni sono compiute in un luogo qualificabile come “di privata dimora” secondo l’art. 614 c.p.¹⁸, occorre che sussista il “*fondato motivo*” per ritenere che, in questo luogo, sia in corso l’attività criminosa.

L’impiego del mezzo tecnologico anche in un domicilio, dunque, è permesso, ma solo quando è stata raggiunta un’adeguata dimostrazione che nell’abitazione sia in corso lo svolgimento di un’attività illecita.

Dal tenore della disposizione, inoltre, può anche desumersi che è ammissibile l’utilizzo del programma informatico al fine di compiere intercettazioni ambientali in luoghi pubblici o aperti al pubblico per le indagini relative a tutte le fattispecie penali per le quali l’art. 266 cod. proc. pen. consente le intercettazioni¹⁹.

Ai fini della verifica del fondato motivo inerente allo svolgimento di attività criminosa in atto in un domicilio, ovviamente, occorre far riferimento alla situazione vagliata dal giudice dell’autorizzazione dell’attività captativa intrusiva con riferimento al momento in cui l’atto è stato emesso²⁰. Non può dirsi, inoltre, che

¹⁸ Conservano ancora attualità le affermazioni della sentenza Cass. Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234269 – 01, secondo cui “*in linea di grande approssimazione si può dire che da parte di alcune decisioni si fa riferimento prevalentemente alla utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (come il riposo, l’alimentazione, lo studio, l’attività professionale, lo svago) di chi lo occupa e anche a una certa durata del rapporto tra il luogo e la persona, mentre da parte di altre si pone l’accento sul carattere esclusivo (lo ius excludendi alios) e sulla difesa della privacy. Si può aggiungere indicativamente che la giurisprudenza tende ad ampliare il concetto di domicilio in funzione della tutela penale degli artt. 614 e 615 bis c.p., mentre tende a circoscriverlo quando l’ambito domiciliare rappresenta un limite allo svolgimento delle indagini*”. Più di recente, sempre le Sezioni unite hanno affermato che rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale (cfr., seppur ai fini della sussistenza del presupposto del reato di cui all’art. 624-bis cod. pen., Cass. Sez. U, n. 31345 del 23/03/2017, D’Amico, Rv. 270076 – 01).

¹⁹ Va osservato che la nuova disciplina è esplicitamente circoscritta all’installazione del captatore “*su un dispositivo elettronico portatile*”. Il legislatore, seguendo alla lettera le indicazioni contenute nella legge delega, infatti, ha fatto riferimento a programmi informatici inoculati in uno *smartphone* o in un *tablet*, preoccupato dall’ingresso del *device* in ambienti aventi natura domiciliare. In dottrina, però, è stato sostenuto che «... non ci dovrebbero essere ostacoli nel ritenere che la normativa consenta di utilizzare ... l’agente intrusore, sia nei dispositivi mobili sia in quelli fissi, secondo le normali regole che governano le intercettazioni di comunicazioni a distanza.», così R. APRATI, *Prime riflessioni sull’assetto normativo del captatore informatico*, in *Cass. pen.* 2021, 441.

²⁰ Ai fini della verifica della legittimità delle intercettazioni ambientali disposte in luoghi di privata dimora non si richiede che ex post l’attività criminosa risulti essere effettivamente sussistente, ba-

tale presupposto non ricorra per il fatto che la presunta attività criminosa risulti essere ulteriore rispetto ai fatti criminosi già emersi a seguito delle indagini pregresse, non essendo siffatta limitazione prevista – né espressamente, né implicitamente – dall'art. 266 cod. proc. pen.²¹

Dopo il comma 2 dell'art. 266 cod. proc. pen., inoltre, è stato inserito un nuovo comma 2-bis in forza 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'articolo 51, comma 3-bis e 3-quater*”; successivamente, in questa disposizione, per giunta con due interventi normativi successivi su cui si tornerà meglio nel prosieguo, è stato aggiunto: “*previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, 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*”.

In forza di questa disposizione, in primo luogo, per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater cod. proc. pen., l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile “*è sempre consentita*”, potendo, pertanto, prescindere dal presupposto dello svolgimento in corso dell'attività criminosa anche qualora il mezzo di ricerca della prova fosse attivato nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

È appena il caso di rilevare che i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater cod. proc. pen., per i quali l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile “*è sempre consentita*”, costituiscono una categoria più limitata di quella dei reati di criminalità organizzata adottata dalla sentenza delle Sezioni unite “Scurato” che, come è noto, aveva legittimato l'uso del captatore facendo leva sulla previsione di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, non contenendo, in particolare, il delitto di cui all'art. 416 c.p.²²

stando che dell'attività in questione possa, con un giudizio ex ante, ragionevolmente ritenersi la sussistenza all'atto del provvedimento autorizzativo delle intercettazioni (Cass. Sez. II, n. 13151 del 10/11/2000, dep. 2001, Gianfreda, Rv. 218593; Cass. Sez. 6, n. 7 del 07/01/1997, Pacini Battaglia, Rv. 207364).

²¹ Cass. Sez. III, n. 1165 del 07/12/2001, dep. 2002, Macherpa, Rv. 220671; Cass., Sez. VI, n. 3093 del 06/10/1999, Perre, Rv. 215279; Cass., Sez. VI, n. 4533 del 21/11/1997, dep. 1998, Avantaggiato, Rv. 210316.

²² Secondo Cass. Sez. U, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266906 – 01, in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria delle norme codicistiche prevista dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, per

2.1. *segue*: L'uso del “captatore informatico” per le indagini relative ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Appare utile ripercorrere il complesso *iter* normativo di questa parte della disciplina del captatore.

L'art. 1, comma 84, lett. *d*), della legge n. 103 del 2017, ha delegato il Governo ad adottare prescrizioni volte alla semplificazione «delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione»²³.

Il legislatore ha attuato la delega con l'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017, che ha operato in una duplice direzione:

L'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 216 del 2017 ha esteso la disciplina speciale prevista per i reati di criminalità organizzata dall'art. 13 del d.l. n. 151 del 1991 anche alle indagini per “*i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*”. Il presupposto per lo svolgimento di intercettazioni, pertanto, non è più rappresentato dalla “gravità” indiziaria di un reato che rientra nella suddetta categoria, ma dalla mera “sufficienza” di tale base indiziaria. La durata dell'autorizzazione è fissata in quaranta giorni (e non in quindici, come nel caso di procedura ordinaria), mentre quella delle successive proroghe in venti giorni (e non quindici);

L'art. 6, comma 2, del medesimo d.lgs., tuttavia, limitava l'applicazione della disciplina prevista per i reati di criminalità organizzata in modo rilevante, escludendo l'applicazione della deroga alla condizione di cui all'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. per le captazioni in luoghi domiciliari. L'impiego nelle indagini del “captatore informatico” in ambienti qualificabili come domicilio ai sensi dell'art. 614 c.p., anche per la ricerca della prova dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione, quindi, presupponeva che l'attività criminosa sia in corso.

procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. nonché quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato.

²³ L'art. 266, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., in verità, già prevedeva una semplificazione per l'accesso alle intercettazioni nel caso di reati contro la pubblica amministrazione, stabilendo che esse sono consentite per delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (e non superiore nel massimo a cinque anni, come avviene per gli altri delitti). Su questo criterio contenuto nella legge delega sia consentito il rinvio a L. GIORDANO, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 382 e ss.

Queste norme del d.lgs. n. 216 del 2017, unitamente all'art. 1 del medesimo d.lgs., sono le uniche disposizioni entrate in vigore secondo i termini ordinari (dunque, in data 26 gennaio 2018).

Successivamente, il legislatore è intervenuto nuovamente nella materia.

L'art. 1 della legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*", cd. "*Spazza corrotti*" è intervenuto sulla disciplina delle intercettazioni compiute tramite captatore informatico **con due disposizioni**.

L'art. 1, comma 3, di tale legge, in primo luogo, ha disposto l'abrogazione dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216. È stata abrogata, pertanto, la norma della riforma delle intercettazioni che escludeva l'uso del captatore per realizzare intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. in mancanza del fondato motivo che ivi fosse in corso l'attività criminosa.

Il risultato ottenuto è rappresentato dall'estensione della complessiva disciplina delle intercettazioni di criminalità organizzata prevista dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991 ai procedimenti relativi ai "delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione".

Più precisamente, l'intercettazione tra presenti può essere eseguita nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. – e cioè nelle abitazioni o in altri luoghi di privata dimora – anche quando non ricorre il requisito aggiuntivo richiesto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. e, cioè, che sussista il fondato motivo per ritenere in corso l'attività criminosa nell'ambiente domiciliare.

Il presupposto per lo svolgimento di intercettazioni è rappresentato dalla mera "sufficienza" della base indiziaria raccolta e dalla necessità dello strumento. La durata dell'autorizzazione è fissata in quaranta giorni, mentre quella delle successive proroghe in venti giorni.

È il caso di precisare che l'art. 1, comma 3, della legge 9 gennaio 2019, n. 3, è entrato in vigore in data 31 gennaio 2019.

L'art. 1, comma 4, della legge 3 del 2019, poi, ha apportato alcune modifiche alle disposizioni del codice di rito in tema di intercettazioni – e segnatamente agli artt. 266 e 267 cod. proc. pen. – finalizzate a permettere un più ampio ricorso al captatore informatico nelle indagini per i reati contro la pubblica amministrazione.

Sono state modificate, in particolare, alcune disposizioni introdotte dall'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2017, la cui applicazione, come si è visto, era stata differita, tanto che sono divenute efficaci ex art. 9 d.lgs. n. 216 del 2017 solo per i procedimenti penali iscritti dopo il 30 agosto 2020.

Per quello che qui rileva, in particolare, con l'art. 1, comma 4, lett. a), all'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. sono state aggiunte, in fine, le seguenti parole:

“e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell’articolo 4”.

Per effetto di questo intervento normativo, in forza dell’art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen., l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile *“è sempre consentita”* non solo per i delitti di cui all’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen., ma anche per quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

Anche per questi reati, pertanto, essendo *“sempre consentita”* l’intercettazione mediante il captatore, ai fini dell’ammissibilità del mezzo si prescinde dal presupposto del fondato motivo per ritenere lo svolgimento in corso dell’attività criminosa qualora il mezzo di ricerca della prova sia attivato in un luogo di cui all’art. 614 c.p., richiesto dal precedente art. 266, comma 2, cod. proc. pen.

L’art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen., successivamente, è stato interpolato dall’art. 2, comma 1, lett. c), del d.l. n. 161 del 2019, conv. con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020.

Nella versione definitiva, la norma prevede che l’**utilizzo del captatore informatico per realizzare intercettazioni tra presenti è “sempre consentito”** non solo per i delitti di cui all’art. 51, comma 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen., ma anche, *“previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l’utilizzo anche nei luoghi indicati dall’articolo 614 del Codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la stessa pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni”*.

Questa disposizione non pare aver determinato un ampliamento dell’area operativa del captatore informatico nel senso che, in tema di delitti contro la pubblica amministrazione, l’uso del captatore è stato espressamente si esteso dalle indagini sui reati dei pubblici ufficiali anche a quelle che riguardano gli **“incaricati di pubblico servizio”**.

Questa interpolazione, in verità, più che ad ampliare l’area operativa dello strumento, sembra rivolta ad affrontare uno dei dubbi interpretativi che gli art. 4 e 6 del d.lgs. n. 216 del 2017 potevano ingenerare con riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione commessi da incaricati di pubblico servizio.

L’estensione dell’area operativa del captatore informatico, infatti, come vi è visto, era stata delimitata da queste norme con riferimento ai *“procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni”*. L’interpretazione letterale di tali disposizioni conduceva a ritenere che gli *standard* richiesti per le indagini in tema di criminalità organizzata – più blandi di quelli ordinari

– fossero stati estesi alle investigazioni che, nell’ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, riguardavano più precisamente quelli di cui al Capo I – intitolato proprio “*Dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*” – del Titolo II del Libro II del Codice penale. Si tratta dei reati compresi tra gli artt. 314 e 335 *bis* c.p. Questi reati, però, possono essere commessi sia da pubblici ufficiali, sia da incaricati di pubblico servizio. **La precisazione del legislatore**, pertanto, risolverebbe qualsiasi dubbio, ma comunque **sarebbe sostanzialmente superflua, perché gli artt. 266 e 267 cod. proc. pen., come modificati dalla legge n. 3 del 2019** (e anche l’art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017), già consentivano di utilizzare il captatore per le indagini relative a reati commessi da incaricati di pubblico servizio²⁴.

Un tema delicato, invece, riguarda la possibilità di ricomprendere tra i reati per i quali è sempre consentito il ricorso al captatore informatico – dunque, anche quando non sussiste un fondato motivo per ritenere che ivi sia in corso l’attività criminosa – anche i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, disciplinati nel Capo II del Titolo II del Codice penale (ovviamente sempre che sussistano i presupposti di ammissibilità indicati dalla norma, e cioè che siano puniti con la previsione di una pena edittale non inferiore nel massimo a cinque anni ex art. 266, comma 1, lett. b), cod. proc. pen.). L’originario riferimento ai soli delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, infatti, pareva escludere fattispecie penali come, ad esempio, la turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e la turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p.) da quelle per le quali è sempre consentito il ricorso al captatore informatico.

Dal momento in cui alla figura dei pubblici ufficiali è stata aggiunta nell’art. 266 cod. proc. pen. anche quella degli “*incaricati di pubblico servizio*”, si potrebbe sostenere che non vi sia più ragione per ritenere limitata l’area di applicazione dello strumento ai soli reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (da art. 314 a 335-*bis* c.p.), ritenendo che tutti i reati contro la pubblica amministrazione legittimino il ricorso al captatore anche quando non vi prova che in un domicilio sia in corso l’attività criminosa. Sarebbe stato riconosciuto rilievo, insomma, ai fini del ricorso al captatore informatico nelle indagini che riguardano i reati contro la pubblica amministrazione, dunque, alla qualifica soggettiva rivestita dall’indagato.

Ovviamente, poiché i reati indicati sono ricompresi tra quelli contro la pubblica amministrazione, rientrando detti delitti nel catalogo di cui all’art. 266, com-

²⁴ D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l’inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sist. Pen.* 2020, 2, 91.

ma 1, cod. proc. pen., ove sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni è comunque possibile disporre, ai sensi dell'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., l'uso del captatore, al limite anche in un luogo ricompreso tra quelli di cui all'art. 614 c.p., se vi fosse prova che ivi è in corso l'attività criminosa.

Va infine considerato che all'impiego del captatore per le indagini relative a tali reati si applicheranno le nuove regole di cui per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020.

Per i procedimenti penali iscritti entro il 31 agosto 2020, ex art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017, deve trovare applicazione la disciplina prevista dall'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (come interpretata dalla sentenza delle sezioni unite Scurato).

In occasione della conversione del d.l. n. 161 del 2019, peraltro, come si è visto, è stato inserito, nell'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. anche il nuovo inciso "*previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del Codice penale*".

L'indicazione delle ragioni che giustificano l'impiego del mezzo tecnologico in esame all'interno del domicilio costituisce un ulteriore **contenuto necessario del decreto autorizzativo**, che è stato previsto al fine di ottenere un rafforzamento della motivazione del provvedimento autorizzativo dell'uso del captatore in luoghi qualificabili come domicilio.

Tale contenuto, peraltro, **non può coincidere con il fondato motivo per ritenere che in un ambiente, riconducibile alla previsione dell'art. 614 c.p., sia in corso l'attività criminosa**, presupposto richiesto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. per lo svolgimento di intercettazioni tra presenti per reati diversi da quelli contemplati dal comma 2-*bis* dello stesso art. 266 cod. proc. pen. in simili luoghi. Si tratta, verosimilmente di qualcosa di meno della dimostrazione che sia in atto l'attività criminosa, ma comunque di un dato tanto significativo da giustificare l'intrusione nel domicilio per giunta con un mezzo diverso da quello ordinario.

In ogni caso, il legislatore ha voluto diversificare la disciplina prevista per i reati di cui all'art. 51, comma 3-*bis* e comma 3-*quater*, cod. proc. pen. da quella applicabile ai delitti contro la pubblica amministrazione dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio, **aggravando gli oneri motivazionali del giudice** per l'adozione di atti che riguardano questi ultimi.

La norma, però, pare risolversi in un **mero richiamo**, rivolto all'attenzione del giudice, della portata particolarmente intrusiva del mezzo ove autorizzato in un domicilio. Difficilmente, infatti, nel concreto il giudice per le indagini preliminari potrà ancorare la giustificazione dell'impiego in un domicilio del mezzo investigativo in esame a ragioni diverse dalla sua "necessità" ai fini delle inda-

gini. Dunque, la norma sembra consistere in una mera nuova enunciazione del presupposto di ammissibilità del ricorso alle intercettazioni nel caso di indagini per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione ex art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017, che rinvia all'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203²⁵.

2.2. Il provvedimento autorizzativo “rafforzato” del Gip (art. 267, comma 1, cod. proc. pen.).

L'art. 4, comma 1, lett. b), n. 1, del d.lgs. n. 216 del 2017, ha disciplinato i presupposti e la forma del decreto del Gip che autorizza il compimento di intercettazioni telefoniche a mezzo “captatore informatico”, aggiungendo all'art. 267, comma 1, cod. proc. pen. un nuovo periodo. Secondo la prima versione di questa disposizione, *“Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono”*.

L'art. 1, comma 4, lett. b), della legge 3 del 2019, cd. “Spazza corrotti”, in seguito, ha inserito all'art. 267, comma 1, terzo periodo, dopo le parole: *“all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater”*, le seguenti: *“e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4,”*.

Successivamente, l'art. 2, comma 1, lett. d), del d.l. n. 161 del 2019 ha inserito, nell'art. 267 cod. proc. pen., accanto al riferimento ai delitti dei pubblici ufficiali, anche quello ai delitti degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione²⁶.

²⁵ In dottrina, peraltro, è stato affermato che il riferimento alle ragioni che giustificano l'utilizzo del captatore in un luogo di cui all'art. 614 c.p. non integra un presupposto di ammissibilità del mezzo la cui mancanza determinerebbe l'inutilizzabilità dei risultati delle captazioni ex art. 271, comma 1, cod. proc. pen. (cfr. W. NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Milano, 2021, 60; D. PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? la legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in Sist. Pen. 2020, 2 marzo 2020).

²⁶ È il caso di segnalare che, anche in questo caso, una norma che è entrata in vigore (cioè, l'art. 1, comma 4, della legge n. 3 del 2019) ha modificato una disposizione del codice di rito (l'art. 267 cod. proc. pen.) che è stata riformata da una norma (l'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2017) la cui applicazione, però, è stata differita da leggi successive ai provvedimenti autorizzativi di intercettazioni successivi al 31 dicembre 2019 e poi, dall'art. 1 del d.l. n. 161 del 2019, ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020 ed in seguito, da d.l. successive ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2021.

La formulazione vigente della norma, dunque, è la seguente: “*Il decreto che autorizza l’intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, e dai 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, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l’attivazione del microfono*”.

In considerazione della particolare capacità di introdursi nella sfera di riservatezza del cittadino, lo strumento investigativo in esame, dunque, deve essere utilizzato solo ove è necessario. **Il giudice deve dare conto del bisogno di impiegare tale modalità di captazione per realizzare le intercettazioni nella stessa motivazione del provvedimento autorizzativo.** Questo aspetto, nell’impostazione della legge di riforma, rappresenta uno dei contenuti necessari del decreto del giudice delle indagini preliminari. Per tale ragione, il decreto autorizzativo delle intercettazioni è stato definito “rafforzato” nella motivazione rispetto a quello che il Gip adotta ordinariamente per permettere il ricorso al mezzo della ricerca della prova in esame²⁷.

L’impiego della espressione “*ragioni che rendono necessaria tale modalità*”, dunque il riferimento alla “necessità” dello strumento investigativo piuttosto che, ad esempio, a quello alla “indispensabilità” del mezzo, legittima una interpretazione secondo cui per l’utilizzo del captatore informatico non occorre riscontrare l’impossibilità di realizzare intercettazioni con i mezzi tradizionali, apparendo sufficiente che ricorra **la mera difficoltà di conseguire il medesimo risultato captativo** con l’utilizzo di un diverso meccanismo tecnico. Pur tuttavia, «si tratta di un requisito volto a dare attuazione al principio di “sussidiarietà”: l’intercettazione itinerante può essere autorizzata solo se i risultati investigativi a cui si tende non siano raggiungibili con le “intercettazioni a distanza” o con le “intercettazioni in presenza fisse”»²⁸.

²⁷ Il decreto autorizzativo delle intercettazioni per mezzo del captatore informatico è stato definito “rafforzato” da D. CURTOTTI – W. NOCERINO, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in G.M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E.M. MANCUSO, *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, 2017, p. 578.

²⁸ COSÌ, R. APRATI, *Prime riflessioni sull’assetto normativo del captatore informatico*, cit. 441, secondo cui «l’aspetto veramente significativo della nuova disciplina è la motivazione sulle «ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini».

Il decreto del Gip, poi, se si procede per delitti diversi da quelli contenuto nell'elenco di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* cod. proc. pen., deve sempre indicare, oltre alle ragioni del provvedimento, anche “*i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono*”²⁹. Tale indicazione è necessaria perché, al di fuori dai reati di criminalità organizzata, la captazione nei luoghi di privata dimora presuppone la dimostrazione che sia in atto l'attività criminosa. Il legislatore, in questo modo, ha affrontato il principale problema per la tutela della riservatezza. Il dispositivo “infettato” con il programma spia presenta una naturale possibilità di introduzioni in ambienti domiciliari. Pertanto, si è ritenuto di limitarne il raggio d'azione fin dall'ammissione del mezzo di ricerca della prova.

Secondo la formulazione letterale della disposizione, la **delimitazione del luogo di azione dello strumento informatico** può essere anche “*indirettamente determinata*”. In questo modo il legislatore sembra aver preso atto della difficoltà pratica di individuare con precisione tempi e luoghi di attivazione³⁰. Pare possibile, allora, riferirsi anche a persone per delimitare l'ambito di operatività del dispositivo³¹.

La **delimitazione dei tempi degli ascolti**, in particolare, appare innovativa. Sembra essere stato introdotto un obbligo di determinazione preventiva del tempo dell'intercettazione mediante “captatore informatico” che si affianca alla disciplina generale dell'art. 267 cod. proc. pen., verosimilmente per consentire la previsione di limiti temporali più stringenti rispetto a quelli di quindici giorni ivi previsti.

Il giudice delle indagini preliminari, pertanto, deve adeguatamente motivare nel decreto autorizzativo in ordine alla modalità di captazione prescelta ed indicare gli “ambienti” in cui la stessa dovrà avvenire, «secondo **un verosimile progetto investigativo** che implica l'individuazione anche in forma indiretta dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato»³².

²⁹ Va segnalato che il Garante per la protezione dei dati personali, nel parere espresso in data 2 novembre 2017 sullo schema del decreto legislativo predisposto dal Governo, reperibile nel sito istituzionale dell'Autorità, aveva invitato a valutare l'opportunità di includere nel decreto autorizzativo anche per i delitti di competenza delle Procure distrettuali le indicazioni dei luoghi e dei tempi della captazione al fine di rafforzare le garanzie individuali, permettendo al giudice un più incisivo controllo sull'attività investigativa.

³⁰ Così D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.* 2018, 1, p. 220.

³¹ Si allude ad indicazioni del tipo “l'abitazione di Tizio”.

³² Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, pag. 10. Secondo G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di “grande criminalità” e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercetta-*

Con particolare riguardo ai reati contro la pubblica amministrazione, a seguito dell'interpolazione effettuata nell'art. 267 cod. proc. pen. dall'art. 1, comma 4, lett. b), della legge n. 3 del 2019, sono sembrate possibili due diverse letture:

– secondo un'interpretazione, anche nei procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, nel caso di impiego del captatore informatico al fine di realizzare intercettazioni tra presenti, sarebbe necessaria l'adozione di un decreto autorizzativo del giudice per le indagini preliminari che contenga l'indicazione delle circostanze di tempo e di luogo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono, oltre alle ragioni per le quali è necessario lo strumento tecnologico in esame per la ricerca della prova³³;

– secondo una diversa interpretazione, che si pone in senso diametralmente opposto rispetto alla precedente, così come avviene per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis e comma 3-quater, cod. proc. pen., anche “*se si procede per delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni*”, il decreto autorizzativo dell'impiego del captatore non deve avere il contenuto necessario dapprima indicato³⁴.

zioni, Torino, 2018, 147, la regola della predeterminazione dei luoghi “per ambienti”, pur costituendo una garanzia “debole” tenendo conto delle prassi invalse nella motivazione dei provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni, sarebbe comunque in grado, se correttamente intesa, in termini di «progetto investigativo», di evitare l'effettuazione di “intercettazioni itineranti”.

³³ Così, C. PARODI, *Intercettazioni. Come è (ri)cambiata la disciplina dopo i decreti sicurezza e anticorruzione*, in *www.lipenalista.it*, 25 gennaio 2019, secondo cui «Anche in relazione alla captazioni in tema di delitti contro la p.a., pertanto, nel momento in cui il provvedimento di autorizzazione deve per forza di cose essere integrato con il dato cronologico e di localizzazione dell'attività, si deve ritenere che un corretto e puntale rispetto di tali precisazione non possa che avvenire tramite un sistema di attivazione “a uomo presente” e non in conseguenza del semplice inserimento del captatore sul *device*».

³⁴ Cfr. L. CAMALDO, *Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 24 settembre 2019, il quale invita a superare la mera analisi del dato testuale, rilevando che «non avrebbe però alcun significato l'aggiunta di un espresso riferimento alle fattispecie criminose in danno della pubblica amministrazione, se anche queste restassero sottoposte alla medesima disciplina dei reati “comuni” ed aggiungendo che «ritenere applicabile ai predetti delitti il regime più stringente dettato per i reati “comuni”, sarebbe, anzitutto, contrario allo spirito della riforma del 2019, che intende reprimere con forza il fenomeno corruttivo. Inoltre, ci troveremmo di fronte ad una disciplina priva di coerenza: una volta che il legislatore si è spinto sino a consentire l'intrusione domiciliare con agente spia, anche per i reati contro la pubblica amministrazione, non avrebbe alcun senso fare un passo indietro quando si tratta di incidere sulla parte motivazionale del decreto autorizzativo, realizzando una parificazione soltanto “a metà” con i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen. ».

Questa seconda lettura appare preferibile, anche perché in tale direzione si ravvisano indicazioni nei lavori preparatori³⁵.

La violazione delle previsioni contenute nell'art. 267 cod. proc. pen., quindi anche la mancata indicazione delle ragioni che rendono necessario l'impiego del "captatore informatico" per svolgere le intercettazioni ovvero, nei casi in cui occorra, la mancata precisazione dei luoghi e del tempo in relazione al quale è consentita l'attivazione del microfono, determina la sanzione di inutilizzabilità dei risultati delle captazioni come pare possa desumersi dal combinato disposto degli artt. 267 e 271 cod. proc. pen.³⁶

2.3. Il decreto d'urgenza del pubblico ministero (art. 267, comma 2-bis, cod. proc. pen.)

Secondo l'art. 267, comma 2-bis, cod. proc. pen., come risulta dopo la sua modifica ad opera dell'art. 2 del d.l. n. 161 del 2019, **il pubblico ministero può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile soltanto 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 cod. proc. pen.** A tal fine, deve indicare, oltre a quanto previsto dal comma 1 secondo periodo (cioè i presupposti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova), le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice.

Con provvedimento d'urgenza del pubblico ministero, dunque, non è consentito il ricorso al captatore informatico per i reati diversi da quelli di cui all'art. 267, comma 2-bis, cod. proc. pen., in virtù di una disposizione che pare espressione della diffidenza nei confronti dello strumento in esame, reputato particolarmente invasivo della sfera di riservatezza individuale. L'eventuale decreto d'urgenza per reati diversi da quelli di cui all'art. 267, comma 2-bis, cod. proc.

³⁵ Nel Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 955-A, infatti, si legge che «In relazione al nuovo contenuto dell'art. 266 cod. proc. pen., la lett. b) modifica l'art. 267 cod. proc. pen. per derogare – in relazione alle intercettazioni con uso dei citati captatori informatici (*trojan*) nei procedimenti per delitti contro la P.A. puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni – alla regola generale che prevede che il decreto motivato del GIP debba indicare le circostanze di tempo e di luogo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono».

³⁶ N. GALANTINI, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont.* 16 marzo 2018, p. 9 e ss.

pen., infatti, sarebbe stato comunque circondato da garanzie, in quanto sarebbe stato sottoposto alle regole di cui all'art. 267, comma 1, cod. proc. pen. – in particolare, l'indicazione dei luoghi e del tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono – e soprattutto alla successiva convalida, con decreto motivato, del Gip ex art. 267, comma 2, cod. proc. pen.

2.4. Il ricorso ad ausiliari di polizia giudiziaria (art. 268 cod. proc. pen)

L'art. 4, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 216 del 2017, ha aggiunto all'art. 268, comma 3-bis, cod. proc. pen. un nuovo periodo, in forza del quale *“Per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, l'ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi di persone idonee di cui all'articolo 348, comma 4”*.

Il sofisticato strumento tecnologico in esame, invero, comporta la necessità, per la polizia giudiziaria chiamata a dare esecuzione al provvedimento di intercettazione, di avvalersi di tecnici informatici competenti. Questa norma permette tale ausilio, richiamando la disposizione che regola il contributo alle indagini degli ausiliari di polizia giudiziaria.

Secondo l'art. 348, comma 4, cod. proc. pen., infatti, quando, di propria iniziativa o a seguito di delega del pubblico ministero, compie atti od operazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, la polizia giudiziaria può ricorrere a persone idonee, le quali, peraltro, non possono rifiutare la propria opera.

L'utilizzo di ausiliari di polizia giudiziaria per lo svolgimento di operazioni informatiche nel corso delle indagini, invero, non costituisce una novità introdotta dalla riforma della disciplina delle intercettazioni. L'analisi dei repertori dimostra che essi sono già utilizzati, a riprova che, quando si usano mezzi tecnologici per compiere indagini, la polizia giudiziaria deve ricorrere ai soggetti che hanno le competenze tecniche – scientifiche necessarie³⁷.

³⁷ Un indirizzo giurisprudenziale, in particolare, ha ritenuto legittima l'attività di messa in chiaro di messaggi criptati, scambiati mediante il sistema *Blackberry*, anche se effettuata dalla polizia giudiziaria delegata per mezzo della nomina, pure senza particolari formalità, di ausiliari tecnici e mediante il ricorso alla spontanea collaborazione da parte del produttore del sistema operativo che ha concesso l'uso dell'algoritmo necessario per la decifrazione (Cass. Sez. III, n. 5818 del 10/11/2015, dep. 2016, Rv. 266267). Anzi, deve ritenersi che, in questo settore, l'impiego come ausiliari di tecnici gestori dei sistemi informatici impiegati è assolutamente necessario per realizzare l'attività investigativa. È stata così esclusa la necessità di rogatoria internazionale quando le comunicazioni sono avvenute in Italia pure nei casi in cui per “decriptare” i dati identificativi associati ai codici PIN sia stato necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero (Cass. Sez. IV, n. 16670 del 8/04/2016, Rv. 266983).

Si tratta, in ogni caso, di un profilo particolarmente delicato della disciplina delle intercettazioni tramite captatore informatico. Basti solo pensare ai rischi per la garanzia della riservatezza delle indagini, perché si fanno partecipare allo svolgimento delle investigazioni soggetti estranei alla polizia giudiziaria, i quali, per giunta, non possono neppure rifiutarsi. Essi, quindi, vanno sottoposti a controlli penetranti, anche se deve comunque considerarsi che assumono notevoli impegni e responsabilità.

2.5. La peculiare disciplina per la circolazione dei risultati delle captazioni compiute tramite “trojan” (art. 270 comma 1-bis, cod. proc. pen.)

L'art. 4, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 216 del 2017, aveva regolato uno dei profili più delicati della disciplina del “captatore informatico”, prevedendo una notevole limitazione alla circolazione dei risultati delle intercettazioni compiute tramite. Questa norma, infatti, aveva aggiunto all'art. 270 cod. proc. pen. il comma 1-bis, in forza del quale *“i risultati delle intercettazioni tra presenti operate mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati, anche connessi, 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 norma originariamente prevista dal d.lgs. n. 216 del 2017, dunque, in relazione alle sole intercettazioni compiute per mezzo del captatore informatico, per giunta solo per quelle compiute *“su dispositivo portatile”*, ampliava il raggio di azione della clausola di esclusione dell'utilizzazione del materiale probatorio dai *“procedimenti diversi”* ai *“reati diversi”*.

Questa disposizione, pertanto, sembrava impedire l'uso “obliquo” delle intercettazioni realizzate tramite captatore informatico, cioè l'impiego anche per la prova di reati diversi che fossero emersi pure nel medesimo procedimento (o per reati accertati nell'ambito di un procedimento scaturito a seguito di frazionamento dell'originario procedimento), salvo che si fosse trattato di illeciti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza di reato.

La legge 28 febbraio 2020, n. 8, intitolata *«Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161»*, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversioni o comunicazioni, come è ormai noto, è intervenuta su alcune disposizioni del d.lgs. n. 216 del 2017, cd. “Riforma Orlando” in materia di intercettazioni. Tra le norme del codice di rito che sono state riformulate vi è anche l'art. 270, comma 1-bis, cod. proc. pen. che disciplina il regime di circolazione delle captazioni eseguite mediante captatore informati-

co³⁸. La disposizione vigente è così formulata: “*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*”.

Secondo una lettura di tale disposizione, **la norma in esame**, pur formulata in positivo («*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 ...*»), **stabilisce un divieto** (di uso dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state disposte) e **pone una deroga a tale divieto** (relativo ai reati per i quali «*per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-bis*»), peraltro non assoluta, ma condizionata alla “indispensabilità probatoria” degli esiti di tali captazioni.

Il divieto di utilizzo degli esiti delle captazioni presenta un perimetro più ampio rispetto a quello di cui all'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. : infatti non riguarda i «*procedimenti diversi*», ma i delitti diversi da quelli per cui è stata disposta l'intercettazione. Ne consegue che opererebbe anche nell'ambito dello stesso procedimento, cioè quando tra fatti-reato – quello per il quale le intercettazioni sono state *ab origine* disposte e quello emerso dalle captazioni – sussista-

³⁸ Per una completa ricostruzione del tema, si veda M. ANTINUCCI – G. SPANGHER, *Davvero possibili le intercettazioni c.d. a strascico attraverso l'uso del captatore informatico per reati comuni?*, in *Dir. pen. pen.* 2020, 8, 1128; G. SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sist. pen.* 2020, 1, p. 58. Sulla disciplina del captatore, tra i numerosi contributi, si segnalano L. PALMIERI, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza “Scurato” alla riforma sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, 1, p. 8 e ss.; S. ATERNO, *Digital forensics (investigazioni informatiche)*, in *Dig. it.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 217; R. FLOR, *Lotta alla “criminalità informatica e tutela di tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di internet*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 settembre 2012; F. IOVENE, *Le cd. perquisizioni on line: tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 febbraio 2014; A. LORENZETTO, *Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante “captatore informatico”*, nota a Trib. Palermo, Sez. riesame, ord. 11 gennaio 2016, Pres. est. Gamberini, in www.penalecontemporaneo.it, 24 marzo 2016; S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.* 2010, p. 2855; Id., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: Una proposta*, in *Cass. pen.* 2015, p. 760 e ss.; A. TESTAGUZZA, *I sistemi di controllo remoto: tra normativa e prassi*, in *Dir. pen. proc.* 2014, p. 759; M. TORRE, *Il virus di Stato nel diritto vivente tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 1163; M. TROGU, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in *Proc. pen. giust.* 2014, p. 102.

no quelle ragioni di connessione che, come è stato chiarito dalla sentenza delle Sezioni unite “Cavallo”, permettono di ravvisare l’unicità del procedimento³⁹.

L’esclusione del rilievo probatorio anche nell’ambito del medesimo procedimento, anzi, spiegherebbe la differente formulazione della norma in esame rispetto a quanto previsto dal comma 1 dello stesso art. 270 cod. proc. pen.⁴⁰

Anche **la deroga al divieto di utilizzo**, inoltre, è **più stretta**: non per i reati di cui all’art. 380 cod. proc. pen. per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e per tutti quelli di cui all’art. 266 cod. proc. pen., come è attualmente previsto dall’art. 270, comma 1, cod. proc. pen., ma solo per i delitti per i quali, ai sensi dell’art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen., è sempre consentito l’impiego del *trojan*.

La norma, in verità, si apre con l’espressione “*Fermo restando quanto previsto dal comma 1 ...*”, il cui significato non è agevolmente determinabile. Con essa sembra che il legislatore abbia solo inteso precisare che, in aggiunta a quanto previsto dal primo comma, nei soli casi in cui si usa il captatore informatico per realizzare intercettazioni, il divieto di utilizzazione dei risultati presenta una più ampia portata ed una deroga più limitata⁴¹.

³⁹ Cfr., tra gli altri, R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, 538, secondo cui «il divieto dell’art. 270 comma 1 ha portata assai più ridotta di quello ora espresso nel comma subito successivo. Il citato comma 1 disciplina un caso di trasferimento della prova da un procedimento all’altro ed è, in questo senso, una sorta di appendice dell’art. 238 cod. proc. pen.». Il comma 1-bis, invece, riguarda sia la traslazione della prova da un procedimento all’altro (giacché il procedimento ad quem avrebbe necessariamente ad oggetto un reato diverso da quello in via di accertamento nel processo a quo), sia l’uso della stessa prova all’interno di un medesimo procedimento, nel quale si sia transitati da una qualifica giuridica all’altra»; M. TORRE, *Le intercettazioni a mezzo del c.d. captatore informatico o “trojan di Stato”*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, Milano 2019, 1669, secondo cui «la nuova norma non consente l’utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni svolte all’interno dello stesso procedimento, ma rilevanti per l’accertamento di un reato “satellite” diverso rispetto a quello oggetto del relativo decreto di autorizzazione».

⁴⁰ È stato anche affermato che «Questo nuovo divieto è stato introdotto allo scopo di arginare possibili giochetti sulla qualifica giuridica dei reati, posti in essere per propiziare autorizzazioni indebite», aggiungendosi che «La norma è certo opportuna, considerata l’inclinazione della giurisprudenza di legittimità a lasciar correre le segnalate astuzie volte a ottenere l’autorizzazione ad intercettare», così R. ORLANDI, *Usi investigativi*, cit. 538 e ss.

⁴¹ Diversamente, è stato affermato che, in forza di un’interpretazione costituzionalmente orientata, il rinvio al comma precedente contenuto nel comma 1-bis dell’art. 270 cod. proc. pen. conduce a ritenere che sia comunque utilizzabile l’intercettazione tramite captatore, che abbia fatto emergere una delle gravi fattispecie delittuose elencate dall’art. 380 cod. proc. pen. (così, F. VANORIO, *Il permanente problema dell’utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l’intervento delle sezioni unite e la riforma del 2020*, cit., p. 193; F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni e la riformu-*

Neppure se il reato emerso dalle intercettazioni rientra tra quelli per i quali, ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. l'utilizzo del captatore "è sempre consentito", peraltro, l'uso dei risultati è "automatico", essendo **pur sempre subordinato ad un vaglio di indispensabilità del mezzo di prova**. In tale caso, infatti, non basta la mera necessità probatoria degli esiti delle captazioni⁴². Va segnalato, tuttavia, che, secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, la nozione di indispensabilità delle conversazioni intercettate ha un ampio oggetto di riferimento, sicché può riferirsi, ad esempio, anche all'esigenza di acquisire riscontro alle dichiarazioni accusatorie della persona offesa⁴³ e persino ai fatti relativi alla punibilità, alla determinazione della pena ed alla qualificazione del reato medesimo in rapporto alle circostanze attenuanti o aggravanti⁴⁴.

A sostegno di questa lettura della norma in esame, milita non solo l'**argomento letterale**, desunto dal confronto tra i due commi dell'art. 270 cod. proc. pen., ma anche l'**analisi del percorso** che ha condotto alla sua formulazione definitiva.

Il testo definitivo, infatti, come si è visto, è stato determinato all'esito di un articolato *iter* normativo. Vi è stata una prima versione, contenuta nel d.lgs. n. 216 del 2017, che limitava enormemente la circolazione dei risultati della prova ottenuti tramite *trojan*⁴⁵. Come è noto, l'efficacia di questa disposizione è stata progressi-

lazione dell'art. 270 cod. proc. pen. : l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione, cit., p. 246). Si deve considerare, però, che l'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. ormai prevede anche una seconda deroga al divieto di utilizzo dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, rappresentato dall'emersione di un reato che rientra nel catalogo di cui all'art. 266 cod. proc. pen. Anche in questo caso, gli esiti dell'uso del captatore dovrebbero ritenersi utilizzabili, così "sterilizzando" la portata del divieto di cui al comma 1-*bis* dell'art. 270 cod. proc. pen.

⁴² Secondo un orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. III, n. 5821 del 18/01/2022), che pare possa essere esteso anche alla norma in esame, l'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., sebbene richieda, ai fini dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, il requisito della "indispensabilità", non pone alcuna correlativa prescrizione in tema di motivazione. «Nella fase delle indagini preliminari, quindi, la valutazione in ordine alla assoluta indispensabilità dei risultati delle intercettazioni provenienti da altro procedimento, a norma dell'art. 270 cod. proc. pen., può essere compiuta anche implicitamente dal provvedimento in cui tali elementi sono utilizzati, mediante l'attribuzione agli stessi di una specifica rilevanza ai fini della decisione adottata».

⁴³ cfr. Cass. Sez. II, n. 12625 del 18/02/2015, *Moi*, Rv. 262927-01, e Cass. Sez. II, n. 2809 del 25/11/2005, *dep.* 2006, *Parisi*, Rv. 233365-01.

⁴⁴ v., tra le altre, Cass. Sez. VI, n. 33968 del 27/05/2005, *Martinelli*, Rv. 232047-01.

⁴⁵ L'art. 4, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 216 del 2017, inseriva nell'art. 270, dopo il comma 1, il comma 1-*bis* che aveva il seguente tenore: "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". Dalla

vamente differita. Nelle more della maturazione del termine per la sua applicazione, la materia è stata integralmente riformata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7, che ha modificato o abrogato alcune delle disposizioni del già menzionato d.lgs. n. 216 del 2017. In questa occasione, l'art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. è stato riformulato⁴⁶. La l. 28 febbraio 2020, n. 8, di conversione del d.l. n. 161 del 2019, poi, ha nuovamente modificato l'art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., giungendo alla formulazione che è stata illustrata e che appare il frutto della ricerca di un compromesso tra la prima – che limitava la circolazione dei risultati – e la seconda versione – che invece apriva più ampi margini in tal senso.

La norma, dunque, in una logica di bilanciamento tra gli interessi collettivi e quelli individuali, non ha escluso la circolazione degli esiti del mezzo di ricerca della prova raccolto tramite captatore informatico, ma ne ha circoscritto

lettura di questa prima versione della norma emergevano immediatamente tre dati molto significativi per la sua interpretazione: 1) La formulazione era in negativo (“... *non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi* ...”), ricalcando quanto prevede l'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. (“... *non possono essere utilizzati in procedimenti diversi* ...”); 2) A differenza di quanto previsto dall'art. 270, comma 1, cod. proc. pen., il divieto di utilizzo probatorio non operava “*in procedimenti diversi*”, ma “*per la prova di reati diversi*”; 3) Anche la deroga al predetto divieto era modellata sulla previsione dell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. con il riferimento ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 380 cod. proc. pen.) e presupponeva un vaglio di “*indispensabilità*” del mezzo di prova. La considerazione di questi profili autorizzava a concludere che il legislatore avesse voluto limitare la circolazione dei risultati del mezzo di ricerca della prova realizzati tramite captatore informatico. Veniva circoscritto uno spazio di utilizzabilità minore rispetto a quello dei risultati delle intercettazioni compiute con mezzi tradizionali disciplinato dall'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. L'esclusione del risultato probatorio, infatti, riguardava tutti reati ai quali non si riferiva il decreto autorizzativo, non necessariamente quelli emersi in procedimenti diversi.

⁴⁶ Il d.l. n. 161 del 2019 ha riformulato la norma nel seguente modo: “*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*”. Confrontando questa nuova versione con quella precedente, emergevano alcuni dati significativi sul piano interpretativo: 1) La formulazione diventava in positivo; 2) Il catalogo dei reati per la cui prova era ammesso l'uso dei risultati delle intercettazioni disposte per la ricerca della prova di altri illeciti mutava notevolmente, passando da quelli per i quali è ammesso l'arresto in flagranza (art. 380 cod. proc. pen.), a quelli per i quali, ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. l'utilizzo del captatore “è sempre consentito”; 3) La deroga al divieto di utilizzo non presupponeva un vaglio di indispensabilità del mezzo probatorio; 4) La disposizione si apriva con l'espressione “*Fermo restando quanto previsto dal comma 1 ...*”, con la quale si ribadiva l'operatività il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello in cui sono state disposte, attuativo della previsione di cui all'art. 15 Cost.

la portata a reati ritenuti particolarmente gravi e, comunque, solo ove si tratti di reati per i quali il ricorso al captatore è sempre possibile, previo vaglio di indispensabilità.

L'interpretazione dell'art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. che è stata appena proposta conduce a ritenere che il regime della circolazione dei risultati delle captazioni tramite *Trojan* è diverso e più circoscritto rispetto a quello degli esiti delle intercettazioni compiute con mezzi tradizionali. Ne consegue che **il mezzo usato per realizzare le intercettazioni incide sull'area di utilizzabilità dei risultati.**

Proprio questa considerazione suscita dubbi sulla ragionevolezza di una norma che prevede una distinzione, ai fini dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, in base allo strumento tecnico utilizzato per realizzarle. Nei confronti di un indagato per lo stesso reato, anche nello stesso procedimento, cioè per fatti connessi e per i quali autonomamente potevano essere disposte intercettazioni, gli esiti delle intercettazioni potrebbero essere usati come prova se compiuti con mezzi tradizionali e sarebbero inutilizzabili se le captazioni sono state realizzate con il *Trojan*.

L'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., tuttavia, dispone che l'intercettazione tra presenti "*può essere realizzata anche tramite captatore informatico*", sul presupposto che il captatore informatico costituisca solo lo strumento tecnico impiegato, in sostanza una moderna microspia per realizzare intercettazioni tra presenti.

Inoltre, emergerebbe anche un'altra aporia: per i reati di cui all'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., è stato previsto che, in fase genetica, il giudice delle indagini preliminari debba valutare solo la necessità del mezzo di ricerca della prova (art. 267 cod. proc. pen.); se un reato che rientra tra quelli previsti da tale norma risulta da captazioni autorizzate per la ricerca della prova di altri reati, invece, l'utilizzo probatorio presuppone un *quid pluris*, rappresentato dall'indispensabilità degli esiti delle captazioni.

Tali argomentazioni, che lasciano trapelare dubbi sulla ragionevolezza dell'interpretazione proposta, potrebbero indurre a prospettare **una diversa lettura della norma.**

Questa dovrebbe fondarsi sulla valorizzazione del titolo della norma, che reca *«Utilizzazione in altri procedimenti»*.

L'intera disciplina dell'art. 270 cod. proc. pen., anche quella contenuta nel comma 1-*bis*, pertanto, riguarda l'uso degli esiti delle intercettazioni in "*procedimenti diversi*". Ne consegue che solo nell'ambito di procedimenti diversi – cioè nel caso di emersione dalle captazioni di fatti – reati non connessi con quelli per i quali è stata disposta l'intercettazione – opererebbe il divieto di utilizzo probatorio dei risultati, salvo che si tratti di reati per i quali il ricorso al captatore, ai sensi dell'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., "*è sempre consentito*".

Nello stesso procedimento, invece, cioè quando esiste tra il reato che ha giustificato l'intercettazione e quello emerso una ragione di connessione ex art. 12 cod. proc. pen., invece, dovrebbe trovare applicazione la regola generale che presuppone, per l'utilizzo dei risultati delle captazioni, che il reato emerso rientri nel catalogo dell'art. 266 cod. proc. pen. Nello stesso procedimento, dunque, basterebbe per l'uso degli esiti delle intercettazioni – anche di quelle realizzate con il *trojan* – che il reato accertato, autonomamente, legittimi l'uso delle intercettazioni.

Nella prospettiva interpretativa delineata, potrebbe sostenersi che l'art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen. userebbe le parole “*reati diversi*” e non la formula “*procedimenti diversi*” di cui al primo comma della medesima disposizione per assicurare tutela all'inviolabilità del domicilio. Il captatore informatico è strumento “itinerante” che, soprattutto, ha attitudine ad entrare nel domicilio. In ragione di tale caratteristica, i risultati delle captazioni possono essere usati in procedimenti diversi solo dove non è necessario il presupposto previsto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. a tutela dell'inviolabilità del domicilio, cioè la necessità “*che ivi sia in corso l'attività criminosa*”, quindi nei soli casi di cui all'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.

Alla stregua di questa diversa lettura, in conclusione **in procedimenti diversi** – cioè quelli non connessi ex art. 12 cod. proc. pen. – i risultati delle intercettazioni possono essere usati:

- 1) qualora compiute con mezzi tradizionali,
 - se il reato emerso rientra nel catalogo dell'art. 266 cod. proc. pen.
 - se il reato è contenuto nel catalogo di cui all'art. 380 cod. proc. pen.
- 2) qualora realizzate con il captatore informatico, solo se sono stati accertati i reati di cui all'art. 266, comma 2-*bis*, cod. proc. pen., con uno spazio di utilizzo più ristretto, giustificato dalla natura itinerante del captatore e dalla necessità di salvaguardare i valori di cui all'art. 14 Cost.

2.6. L'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni compiute per mezzo del *trojan horse* e la loro distruzione (art. 271 cod. proc. pen.)

L'art. 4, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 216 del 2017, infine, ha modificato l'art. 271 cod. proc. pen. introducendo un nuovo comma 1-*bis*. Secondo questa disposizione, “*non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo*”.

Secondo la relazione illustrativa del decreto legislativo predisposta dal Governo, questa disposizione mira ad evitare che la captazione delle comunicazioni

o conversazioni possa iniziare già dal momento dell'inserimento del captatore informatico. Questa operazione preliminare, infatti, è necessaria, ma non sufficiente per procedere all'ascolto, dovendosi tener conto dei limiti di spazio e di tempo disegnati dal decreto autorizzativo.

Questa norma, in verità, fissa una clausola di esclusione dell'utilizzo della prova che non appare particolarmente utile.

Se le “operazioni preliminari” a cui essa allude sono quelle precedenti al rilascio dell'autorizzazione del Gip, esse fuoriescono da questo provvedimento e non sarebbero utilizzabili anche senza detta prescrizione normativa. Anzi, lo stesso inserimento del captatore informatico nel dispositivo bersaglio non dovrebbe intervenire prima del rilascio dell'autorizzazione da parte del Gip.

Se tali operazioni, invece, fossero successive al provvedimento autorizzativo, i risultati delle stesse sono utilizzabili solo se derivanti da registrazioni compiute nel rispetto dei limiti spaziali e temporali previsti dal giudice.

La norma, infatti, sanziona con la medesima inutilizzabilità i “*dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo*”.

Anche questa sanzione, come la precedente, può ritenersi già contemplata nel previgente art. 271, comma 1, cod. proc. pen. Si fa riferimento, infatti, a captazioni che non sono avvenute nel rispetto del provvedimento autorizzativo che, contemperando i diritti individuali con le esigenze delle indagini, ha verificato la sussistenza dei requisiti di ammissibilità e dei presupposti l'impiego del mezzo di ricerca della prova⁴⁷. La previsione esplicita dell'inutilizzabilità, pertanto, non pare avere una portata innovativa, ma sembra solo manifestare l'intenzione del legislatore di circondare con cautele uno strumento investigativo particolarmente invasivo delle prerogative individuali⁴⁸.

È stato sostenuto, tuttavia, che la disposizione in esame deve indurre la giurisprudenza a rimeditare l'indirizzo consolidato secondo cui la fase esecutiva delle intercettazioni è consegnata alle prerogative del pubblico ministero, che può delegare la polizia giudiziaria alle operazioni materiali di installazione tecnica degli strumenti, fuoriuscendo dall'area di controllo del Gip⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. S. FURFARO, *Intercettazioni (profili di riforma)*, in *Arch. Pen.* 2018, 1, p. 24.

⁴⁸ Il Garante per la protezione dei dati personali, nel parere espresso in data 2 novembre 2017, ha ritenuto questa disposizione fuorviante, perché al di fuori dei limiti del provvedimento autorizzativo non deve essere acquisito alcun dato e l'inutilizzabilità del materiale eventualmente raccolto deriva dalla norma generale di cui all'art. 191 cod. proc. pen.

⁴⁹ Sulla sentenza si veda L. FILIPPI, *Il captatore informatico: riflessioni sulla recente sentenza della Cassazione*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 3/12/2020.

Il d.lgs. n. 216 del 2017, infine, ha modificato anche l'art. 271, comma 3, cod. proc. pen. ponendo in capo all'organo giudicante, "*in ogni stato e grado del procedimento*", al fine di escludere qualunque altra forma di impiego nello stesso processo, un **obbligo di distruzione degli esiti di intercettazioni inutilizzabili realizzate tramite il captatore informatico**, salvo che le registrazioni in oggetto costituiscano di per sé corpo di reato. Per consolidare il divieto di utilizzo delle intercettazioni, invero, il codice di rito già prevedeva la distruzione della documentazione delle intercettazioni, cioè delle registrazioni e dei verbali di cui all'art. 268, comma 1, cod. proc. pen. Questo rimedio, che persegue anche l'obiettivo di assicurare una tutela della riservatezza, è stato esteso dall'art. 4 del d.lgs. n. 216 del 2017 anche ai risultati delle intercettazioni realizzate in violazione delle norme dettate per l'uso nelle indagini del captatore informatico.

Il tema è piuttosto delicato.

Alla distruzione, invero, si giunge molto di rado.

Scarso, infatti, è l'interesse degli interessati alla sua adozione. Essa, intervenendo dopo che i dialoghi captati hanno avuto una certa divulgazione, si rivela tardiva e del tutto inefficace per assicurare una valida tutela dei diritti individuali, che sarebbe "postuma", perché interverrebbe dopo l'ingerenza della segretezza delle comunicazioni.

La disciplina normativa della distruzione, del resto, presenta notevoli criticità, che ne circoscrivono grandemente lo spazio operativo. L'art. 271, comma 3, cod. proc. pen., infatti, si limita a stabilire solo che l'ordine di distruzione è dato dal giudice che dichiara l'inutilizzabilità, "*in ogni stato e grado del processo*", "*salvo che costituisca corpo di reato*". La norma non fissa la procedura che occorre seguire, né stabilisce se l'ordine di distruzione sia o meno immediatamente esecutivo.

A ben considerare, tuttavia, non vi è alcuna omissione nella disciplina normativa. Ove sorga contestazione, **la decisione sulla legittimità di una prova non può che essere presa all'interno del procedimento**, con i meccanismi previsti in quella determinata fase processuale in cui il quesito è posto⁵⁰.

⁵⁰ L'istanza per la distruzione, in altri termini, può essere proposta al giudice per le indagini preliminari dinanzi al quale è eccepita l'inutilizzabilità delle captazioni. In questo caso, costui, nelle forme del procedimento in camera di consiglio, se dichiara l'inutilizzabilità, è competente ad ordinare la distruzione. Il medesimo problema si può porre nelle fasi successive. Competente a disporre la distruzione delle registrazioni è sempre il giudice che dichiara l'inutilizzabilità.

La distruzione, inoltre, dev'essere eseguita solo quando la decisione sull'inutilizzabilità della registrazione è divenuta definitiva⁵¹ ed il percorso processuale perché divenga irrevocabile la statuizione sull'inutilizzabilità può essere lungo e articolato.

Un punto critico, infine, è rappresentato dalla necessità di rispettare il contraddittorio con tutte le parti legittimamente portatrici di interessi.

Questo tema si pone non solo in relazione alla distruzione dei risultati delle intercettazioni inutilizzabili, ma anche con riguardo al sub – procedimento per la distruzione della documentazione relativa ad intercettazioni telefoniche “non necessarie” previsto dall'art. 269 cod. proc. pen., che deve avvenire nel contraddittorio di tutte le parti interessate⁵², tra le quali non vi sono solo gli interlocutori delle conversazioni in esame⁵³.

Si tratta di un aspetto delicato, che impone l'individuazione di tutte le parti interessate. Coloro che non sono stati avvisati, ai sensi dell'art. 127, comma 7, cod. proc. pen., infatti, potrebbero proporre ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari al termine della procedura stessa. Esse, tuttavia, per attivare un simile rimedio, devono aver saputo della procedura di distruzione in corso⁵⁴.

⁵¹ Secondo la giurisprudenza (Cass., Sez. II, 26 maggio 2009, n. 25590), tale regola si desume dalla normativa dettata in tema di distruzione delle intercettazioni non necessarie secondo cui le medesime devono essere distrutte solo dopo che la decisione sulla non necessità è divenuta definitiva. Lo stesso art. 271, comma 3, cod. proc. pen., poi, prevede solo venga dato l'ordine di distruzione non che il medesimo sia immediatamente eseguibile. L'interpretazione prospettata, del resto, è l'unica costituzionalmente orientata perché, tenendo conto delle finalità del processo penale (che, sebbene improntato al principio accusatorio, deve pur sempre tendere all'accertamento della verità e deve svolgersi in modo giusto sulla base di prove legittimamente acquisite) sarebbe abnorme la distruzione di una prova decisiva (a favore dell'accusa o della difesa) sulla base di una decisione sulla sua legalità che venisse poi riformata. In applicazione di tale regola, la giurisprudenza (Cass. pen., Sez. VI, 26/04/2007, n. 33810) ritiene che non possa essere disposta la distruzione delle registrazioni, se la dichiarazione d'inutilizzabilità è affermata in procedimenti incidentali *de libertate* che non fanno escludere la possibilità di utilizzazione futura delle captazioni nell'ambito del processo.

⁵² La necessità del contraddittorio sulla distruzione delle registrazioni è stata affermata anche dalla Corte europea (Corte EDU, Sez. IV, 31 marzo 2009, Natunen c. Finlandia, in *Cass. pen.* 2009, p. 3219) che ha condannato lo stato che non prevedeva nella sua legislazione vigente al momento del fatto un adeguato contraddittorio nell'ambito del procedimento relativo alla scelta delle intercettazioni da distruggere.

⁵³ Cass. pen., Sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 5904.

⁵⁴ Si pensi ad esempio ad una persona semplicemente citata nel corso di una conversazione di cui uno degli interlocutori chiede la distruzione. Questa persona ben potrebbe essere titolare di un interesse a conoscere il contenuto della captazione; magari può averne anche conosciuto il contenuto dai mass media, ma non sapere che ne è stata disposta la distruzione.

Il tema del contraddittorio nella procedura per la distruzione delle registrazioni è stato affrontato anche dalla Corte costituzionale⁵⁵, la quale si è occupata anche dell'art. 240, comma 4 e 5, cod. proc. pen.⁵⁶, che disciplina la distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni illegalmente formati o acquisiti⁵⁷. In questo caso, la Corte costituzionale ha reputato insufficiente il modello generale del rito camerale. Il rispetto dei principi del giusto processo, del diritto di difesa e di azione e dell'effettivo esercizio dell'azione penale, invece, obbliga a adottare il modulo procedimentale più rigoroso contenuto nell'art. 401, comma 1 e 2, cod. proc. pen. in tema di incidente probatorio⁵⁸ che **impone la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona indagata e il diritto di partecipare del difensore della persona offesa**⁵⁹.

2.7. La disciplina di attuazione

L'art. 89, comma 1, disp. att. cod. proc. pen. prevede che, quando l'intercettazione è compiuta mediante un captatore informatico inoculato in un dispositivo

⁵⁵ Corte Cost. 15 dicembre 1994, n. 463, secondo cui anche nel caso in cui la richiesta di distruzione del materiale documentale sia avanzata dal pubblico ministero – in relazione ad intercettazioni ritenute non necessarie ai fini del procedimento – contestualmente alla istanza di archiviazione vengono in considerazione valori e interessi non diversi da quelli coinvolti allorché la richiesta di distruzione della documentazione delle intercettazioni venga presentata dagli interessati, l'interpretazione della norma nel senso che anche nella prima, come nella seconda ipotesi nonostante che solo per questo lo si preveda espressamente si impone l'applicazione del rito camerale di cui all'art. 127 cod. proc. pen., non soltanto è possibile ma è anzi l'unica compatibile con la salvaguardia dei principi costituzionali.

⁵⁶ Corte cost., 11 giugno 2009, n. 173, in *Dir. pen. proc.* 2010, 2, p. 195.

⁵⁷ La disciplina inserita nell'art. 240 cod. proc. pen. dalla legge n. 281 del 2006 si riferisce alla distruzione di dati o di dialoghi, captati con l'ausilio di mezzi tecnici di teletrasmissione, all'esito di un'attività illegale compiuta del tutto al di fuori dall'esercizio di un legittimo potere da pubblici ufficiali o da privati mossi da finalità diverse che non giustificano l'intrusione nella vita altrui. La nuova disciplina, secondo l'opinione corrente, non riguarda le intercettazioni condotte per conto dell'Autorità giudiziaria, neppure quando illegittime ed inutilizzabili ex 271 cod. proc. pen. .

⁵⁸ La distruzione di un mezzo di prova, del resto, è fenomeno speculare alla formazione della stessa in una fase del processo anticipata rispetto a quella deputata a tale scopo.

⁵⁹ Il rimedio previsto dall'art. 240 cod. proc. pen. consiste in un procedimento dai tempi assai ristretti, finalizzato alla distruzione del materiale illecitamente raccolto. Si tratta di una scelta per molti versi innovativa, perché la protezione della riservatezza di chi sia rimasto vittima dell'attività di "dossieraggio" assume prevalenza assoluta, e viene assicurata mediante la distruzione immediata e definitiva del materiale raccolto. Una volta distrutta la registrazione, però, si distrugge irrevocabilmente anche la prova a carico dell'autore dell'attività illecita di raccolta delle informazioni. È necessario, pertanto, che ad una simile conclusione si giunga in un contesto garantito, all'esito del necessario confronto dialettico tra le parti.

portatile, il verbale deve indicare “*il tipo di programma impiegato*” e “*i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o le conversazioni*”. Lo scopo di questa previsione è evidente: si vuole consentire alla difesa di verificare il rispetto dei limiti dell’autorizzazione.

In particolare, va segnalata l’importanza dell’indicazione delle modalità di registrazione, in un’epoca che vede l’impiego di strumenti tecnologici sempre più sofisticati.

Il successivo comma 2 della medesima disposizione, inoltre, stabilisce che «Ai fini dell’installazione e dell’intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili debbano essere impiegati soltanto programmi informatici conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia»⁶⁰.

Questa disposizione ricalca una previsione della legge n. 103 del 2017. All’art. 1, comma 84, lett. e), n. 5), di questa legge, infatti, è previsto che, per le intercettazioni tramite captatore informatico devono essere utilizzati soltanto programmi conformi a requisiti tecnici stabiliti con un decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di riforma del codice di rito. Il decreto ministeriale deve tenere costantemente conto dell’evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia. Si intende evitare il rischio di utilizzare software più evoluti, capaci di compiere attività più penetranti, come, per esempio, la perquisizione a distanza del dispositivo bersaglio.

L’art. 89, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., poi, prevede che «Nei casi previsti dal comma precedente le comunicazioni intercettate sono trasferite, dopo l’acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche

⁶⁰ I requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all’esecuzione delle intercettazioni mediante captatore sono stati fissati con D.M. 20.4.2018 (pubblicato sul Bollettino Ufficiale del Ministero della Giustizia del 31.5.2018). In particolare, tali programmi – periodicamente adeguati a standard di funzionalità ed operatività in linea con l’evoluzione tecnologica (art. 4, comma 5) – devono: garantire l’integrità, la sicurezza e l’autenticità dei dati captati su tutti i canali di trasmissione riferibili al captatore (art. 4, comma 1); prevedere sistemi di sicurezza tali da consentire l’utilizzo del programma captatore esclusivamente agli operatori autorizzati (art. 4, comma 2). I medesimi sistemi di sicurezza, inoltre, dovranno prevedere misure di offuscamento o evasione per impedire l’identificazione del captatore e dei dati captati, sia da parte di operatori umani, che per mezzo di specifico software (art. 4, comma 3, lett. a), nonché misure idonee ad assicurare la permanenza e l’efficacia del captatore sul dispositivo durante tutto il periodo di attività autorizzata e con i limiti previsti dal provvedimento autorizzativo, in modo da garantire il completo controllo da remoto (art. 4, comma 4, lett. b). Infine, i captatori legali possono consentire la trasmissione di tutte le informazioni necessarie a definire il contesto dell’acquisizione (art. 4, comma 4).

di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente verso gli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato».

Questa disposizione pare impedire la cd. remotizzazione della registrazione che è ormai invalsa nella prassi e che, come è noto, non incide sulla genuinità del dato registrato⁶¹. La norma attua una prevista direttiva contenuta nell'art. 1, comma 84, lett. e), 4), della legge n. 103 del 2017 allo scopo di assicurare il massimo grado di tutela della riservatezza. Non a caso è precisato che durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato.

Il successivo comma 4 dell'art. 89 disp. att. cod. proc. pen. sottende che l'intercettazione tramite captatore presuppone l'immediata trasmissione dei dialoghi carpiri. La norma, infatti, prende atto che talvolta il contestuale trasferimento dei dati intercettati è impossibile. In questo caso, «il verbale di cui all'articolo 268 del codice dà atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione degli accadimenti e delle conversazioni intercettate». L'impossibilità può dipendere da diverse ragioni tecniche. Una di esse è certamente rappresentata dalla necessità che sussista una connessione internet. Inoltre, bisogna anche impedire che la trasmissione dei dati possa essere a sua volta intercettata e, per questa strada, che le intercettazioni in atto possano essere svelate.

Il nuovo art. 89, comma 5, disp. att. cod. proc. pen., infine, prevede che «Al termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee di cui all'articolo 348 del codice, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi». Anche in questo caso, la disposizione da attuazione ad una direttiva dettagliata della legge delega n. 103 del 2017, contenuta nell'art. 1, comma 4, lett. e), n. 4. Si vuole evitare che il dispositivo possa essere silente ed azionato a distanza di tempo, magari al di fuori di una autorizzazione giudiziaria.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, che è stato esteso, come meglio si vedrà nel prosieguo, anche alle captazioni eseguite mediante trojan, **l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, ex art. 268, comma 1, e 271 cod. proc. pen., consegue solo alla mancanza del verbale e non all'inosservanza del suo contenuto come prescritto dall'art. 89 disp. att. cod. proc. pen.**⁶². Così, non determina l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni l'omes-

⁶¹ Sulla legittimità della prassi della cd. remotizzazione, si veda Cass., Sez. U., 26/06/2008, n. 36359, in CED Cassazione n. 240395.

⁶² Secondo le prescrizioni dell'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., deve contenere "l'indicazione

sa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni⁶³; la irregolare indicazione di inizio e fine delle operazioni nei verbali cui fa riferimento l'art. 267, comma 5, dello stesso codice, e che attiene alla durata complessiva dell'attività di intercettazione autorizzata per le singole utenze o i singoli ambienti privati⁶⁴; la mancata indicazione, nei verbali di inizio e fine delle operazioni, dei nominativi degli ufficiali di P.G. che hanno preso parte alle stesse⁶⁵; la redazione in formato digitale dei verbali relativi alle operazioni di intercettazione di comunicazioni o conversazioni, senza la successiva stampa o trasposizione su supporto cartaceo⁶⁶; il mancato rispetto del termine di 5 giorni dalla conclusione delle operazioni per il deposito dei verbali e delle registrazioni⁶⁷.

PARTE TERZA

Presupposti e limiti all'utilizzo del captatore informatico nelle indagini: le indicazioni della Suprema Corte.

3. Premessa

Nelle more della maturazione del termine per l'applicazione della disciplina del captatore informatico contenuta nella riforma delle intercettazioni, la Suprema Corte, in numerose decisioni, si è confrontata con l'utilizzo di questo

degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni". Inoltre, quando si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, "il verbale indica il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni".

⁶³ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 7030, in *CED Cass.* n. 278659; Cass., Sez. VI, 4 giugno 2008, n. 24141, in *CED Cass.* n. 240372; Cass., Sez. V, 15 aprile 2015, n. 25549, in *CED Cass.* n. 268024; Cass., Sez. III, 19 gennaio 2017, n. 24305, in *CED Cass.* n. 269985; Cass., Sez. VI, 23 marzo 2017, n. 31285, in *CED Cass.* n. 270570; Cass., Sez. VI, 10 novembre 2017, n. 5197, dep. 2018, in *CED Cass.* n. 272151; Cass., Sez. V, 19 gennaio 2018, n. 15472, in *CED Cass.* n. 272683. In senso difforme, Cass., Sez. III, 4 novembre 2015, n. 28216, dep. 2016, in *CED Cass.* n. 267448; Cass., Sez. III, 4 novembre 2015, n. 31454, dep. 2016, in *CED Cass.* n. 267738.

⁶⁴ Cass., Sez. IV, 18 aprile 2019, n. 27877, in *CED Cass.* n. 276791.

⁶⁵ Cass., Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 20418, in *CED Cass.* n. 263625.

⁶⁶ Cass., Sez. II, 7 luglio 2020, n. 27112; Cass., Sez. V, 4 dicembre 2013, n. 8442, in *CED Cass.* n. 258294.

⁶⁷ Cass., Sez. VI, 1° marzo 2017, n. 14248, in *CED Cass.* n. 270025.

strumento nelle indagini. Dopo la sentenza delle Sezioni unite “Scurato”⁶⁸, che ha ritenuto consentita l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l’installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata per i quali trova applicazione la disciplina di cui all’art. 13 del d.l. n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, infatti, sono intervenute diverse pronunce che hanno condotto all’emersione di indirizzi consolidati sul tema⁶⁹. **Questi orientamenti segnano l’estensione dei principi elaborati dalla giurisprudenza per le intercettazioni realizzate con mezzi tradizionali a quelle compiute tramite *trojan*, con l’implicita, ma definitiva affermazione secondo cui il captatore è solo uno strumento tecnico adoperato per eseguire captazioni tra presenti⁷⁰. Al contempo, essi costituiscono canoni ermeneutici che indirizzeranno l’interpretazione delle nuove disposizioni.**

3.1. L'utilizzabilità del captatore informatico nelle indagini per i “reati di criminalità organizzata” prima dell’efficacia delle nuove norme

Una delle principali questioni sollevate in sede di legittimità ha riguardato la stessa possibilità di ricorrere al captatore per eseguire intercettazioni prima che le nuove norme che disciplinano tale strumento sono divenute efficaci ovvero, in termini diversi, se lo strumento informatico poteva essere adoperato per eseguire captazioni tra presenti in procedimenti penali iscritti entro il 31 agosto 2020.

Al riguardo, la Corte ha affermato che la circostanza che l’utilizzo del captatore informatico sia stato autorizzato in data anteriore all’entrata in vigore del d.lgs. 29/12/2017, n. 216 e, soprattutto, alla data in cui sono divenute applicabili le norme contenute in detto d.lgs., non implica affatto l’assenza di copertura normativa per l’impiego di tale mezzo di ricerca della prova⁷¹. Come è stato chiarito da Sez. U, n.

⁶⁸ Cass., Sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, oggetto di numerosi commenti (tra gli altri, in *Arch. nuova proc. pen.* 2017, 76 e ss. con nota di A. CAMON, *Cavalli di troia in Cassazione*; in *Cass. pen.* 2016, p. 2274-2288, con nota di A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*; F. CAPRIOLI, *O “captador informático” como instrumento de busca da prova na Itália*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2017, 484 e ss.; volendo, L. GIORDANO, *Dopo le Sezioni unite sul “captatore informatico”: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. cont.* 2017, 3, 184 e ss.).

⁶⁹ Per una analisi delle prime decisioni di legittimità, volendo, L. Giordano, *Presupposti e limiti all’utilizzo del captatore informatico: le indicazioni della Suprema Corte*, in *Sist. Pen.* 2020, 4, 109.

⁷⁰ Cass. Sez. V, 09/10/2020, (ud. 09/10/2020, dep.16/12/2020), n. 36061.

⁷¹ cfr., *ex plurimis*, Cass. Sez. V, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, non mass.; Sez. V, n. 32428 del 24/09/2020, Marzano, non mass.; Cass. Sez. V, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe, non mass.; Cass., Sez. V, n. 29712 del 24/09/2020, Pronjaj, non mass.

26889 del 28/04/2016, Scurato, infatti, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico è consentita nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata per i quali trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 del d.l. 13/05/1991, n. 152, convertito dalla l. 12/07/1991, n. 203, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sedi di attività criminosa in atto⁷².

La circostanza che il d.lgs. n. 216 del 2017 abbia "positivizzato" alcuni aspetti tecnici delle captazioni, pertanto, non può significare che le operazioni eseguite senza detti accorgimenti, perché anteriori all'entrata in vigore della disposizione, possano essere reputate inutilizzabili⁷³.

In particolare, la previsione dell'art. 267, comma 1, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 4 del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 – che impone di indicare nel decreto di autorizzazione le "*ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini*" – si applica, a norma dell'art. 9 del d.lgs. cit., come modificato, da ultimo, dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, ai soli procedimenti iscritti a partire dal 1/09/2020, con la conseguenza che i procedimenti in materia di criminalità organizzata iscritti anteriormente a tale data, per il principio "*tempus regit actum*", sono soggetti alla disciplina previgente che, secondo l'interpretazione fornita dalla sentenza delle Sezioni Unite, n. 26889 del 2016, non prevede lo specifico onere motivazionale indicato⁷⁴.

Nello stesso tempo, la Suprema Corte ha osservato che la pretesa di applicare la riforma del 2017 anche alle intercettazioni disposte in data anteriore all'entrata in vigore di quest'ultima, «presuppone la dimostrazione – in realtà non ravvisabile – che le regole enucleate dalla sentenza Scurato siano non semplicemente diverse da quelle successive, ma inadeguate a proteggere valori di rilievo costituzionale»⁷⁵. In tal modo, è stato riconosciuto che **l'art. 13 del d.l. dapprima citato e l'interpretazione che ne ha proposto la sentenza delle Sezioni unite "Scurato" assicurano comunque un elevato grado di garanzia alle prerogative individuali**. Anzi, è stato precisato che la perimetrazione dell'uso del captatore, così come determinato dalla giurisprudenza delle Sezioni unite,

⁷² Cass., Sez. V, n. 31606 del 30/09/2020, Pici, non mass.; Cass., Sez. V, n. 10981 del 30/09/2020.

⁷³ Cass. Sez. V, n. 31849 del 28/09/2020; Cass., Sez. I, n. 5885 del 08/01/2021.

⁷⁴ Cass., Sez. V, n. 31849 del 28/9/2020, Rv. 279769-01; Cass., Sez. V, n. 42183 del 07/09/2021; Cass., sez. V, n. 37482 del 15/07/2021; Cass., Sez. IV, n. 35884 del 15/06/2021;

Cass., Sez. IV, n. 30250 del 20/05/2021.

⁷⁵ Cass., Sez. V, n. 29712 del 24/09/2020, Pronjaj, cit.

«consente di cogliere propensione alla “cautela” verso l'utilizzo di tale strumento anche antecedentemente alla riforma delle intercettazioni del 2017»⁷⁶.

La conseguenza di questa interpretazione è rilevante.

L'uso del captatore non è stato ritenuto legittimo solo per le indagini relative ai reati elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen., ma anche per quelle concernenti i delitti di criminalità organizzata secondo la nozione accolta dall'art. 13 cit. (tra cui l'associazione per delinquere ex art. 416 c.p.). Per tali delitti trova applicazione la disciplina prevista dall'art. 13 del d.l. n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, che consente la captazione anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità della preventiva individuazione e dell'indicazione dei suddetti luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminosa in atto purché tale qualificazione risulti ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione in modo rigoroso⁷⁷.

La descritta disciplina speciale delle intercettazioni, inoltre, secondo la giurisprudenza di legittimità, trova applicazione, in ragione della sua natura processuale, anche per le indagini relative a delitti commessi, al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. (art. 51 cod. proc. pen., comma 3-*bis*), prima dell'introduzione, nella disciplina sostanziale degli illeciti penali, della circostanza aggravante indicata dal d.l. n. 152 del 1991, art. 7, convertito con legge n. 203 del 1991⁷⁸.

La Suprema Corte, tuttavia, ha costantemente precisato come, «proprio in considerazione della forza intrusiva del mezzo usato, la qualificazione del fatto reato, ricompreso nella nozione di criminalità organizzata, deve risultare ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari, evidenziati nella motivazione del provvedimento di autorizzazione»⁷⁹, oggetto di sindacato di legittimità da parte della Corte di cassazione in ordine alla sussistenza di tali presupposti⁸⁰.

3.2. L'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni compiute con il captatore nei procedimenti relativi a reati diversi da quelli di criminalità organizzata (prima della maturazione del termine per l'applicazione della riforma)

Un indirizzo giurisprudenziale ha ritenuto inutilizzabili i risultati di intercettazioni di comunicazioni tra presenti disposte – prima dell'entrata in vigore delle

⁷⁶ Cass., Sez. V, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe, cit.

⁷⁷ Cass., Sez. V, n. 25959 del 23/07/2020, Chicello; Cass., Sez. II, n. 31440 del 24/07/2020, Galea

⁷⁸ Cass., Sez. I, n. 17647 del 19/02/2020, Schirippa, non mass.

⁷⁹ cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.

⁸⁰ Cass., Sez. V, n. 33140 del 28/09/2020, Pepe, cit.

modifiche apportate all'art. 266 cod. proc. pen. dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 – mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico, nei procedimenti relativi a reati diversi da quelli di criminalità organizzata, anche quando il provvedimento autorizzativo preveda che l'esecuzione delle operazioni possa avvenire solo in luoghi diversi da quelli di privata dimora⁸¹. La Corte, infatti, ha precisato che in tal caso è impossibile accertare in anticipo i luoghi e le modalità di esecuzione delle captazioni. Neppure è consentito un controllo postumo dei tali profili finalizzato ad una "legalizzazione successiva" delle intercettazioni che, per essere utilizzabili, devono risultare legittime sin dal momento genetico e, quindi, sin dal provvedimento autorizzativo.

3.3. L'uso del captatore per le indagini concernenti i reati contro la pubblica amministrazione

La Corte di Cassazione ha ritenuto che lo strumento informatico in esame possa essere usato anche nelle indagini per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in conformità della disciplina introdotta dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, affermando che «**la possibilità di utilizzare il captatore informatico** preesiste e prescinde dalla modifica del testo codicistico operata dall'art. 4 del d.lgs. 216 del 2017, e **deriva direttamente**, come hanno precisato le Sezioni unite penali, **dall'art. 13 del d.l. 152 del 1991**, norma il cui ambito di efficacia è stato esteso dall'art. 6 del d.lgs. 261 del 2017 anche ai più gravi reati contro la p.a.»⁸².

L'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017 – che, come si è visto, è entrato in vigore il 26 gennaio 2018 – ha esteso ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di criminalità organizzata dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, conv., con modificazioni, dalla l. n. 203 del 1991 ed integrato con d.l. n. 306 del 1992, conv., con modificazioni, dalla l. n. 356 del 1992.

Il comma secondo di questa stessa disposizione prevedeva una disciplina particolare per l'impiego del captatore informatico nei luoghi domiciliari nelle indagini relative ai reati contro la pubblica amministrazione. Tale norma, infatti, stabiliva che, nel caso di intercettazioni eseguite tramite captatore informatico in uno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., è necessario che sia stata raggiunta la

⁸¹ Cass. Sez. I, n. 50972 del 25/06/2019, Rv. 277862 – 01. Su questa sentenza, volendo L. GIORDANO, *Captatore informatico: inutilizzabili i risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli di criminalità organizzata*, in *www.ilpenalista.it* 13 gennaio 2020.

⁸² Cass. civile, Sez. U, n. 741 del 15/01/2020.

prova che in detto luogo sia in corso l'attività criminosa. Questa norma, quindi, non ha esteso ai procedimenti relativi ai reati contro la pubblica amministrazione una delle deroghe alla disciplina ordinaria delle intercettazioni previste dall'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 per le captazioni in materia di criminalità organizzata – quella per la quale per le intercettazioni in ambienti domiciliari non occorre che sia in corso l'attività criminosa – determinando una sorta di *tertium genus* tra la disciplina delle intercettazioni per reati comuni e quelle di criminalità organizzata.

L'art. 1, comma 3, della legge n. 3 del 2019, cd. "Spazzacorrotti", tuttavia, ha abrogato proprio l'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2017. Dall'abrogazione dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2017 è derivato l'allargamento del raggio d'azione della previsione derogatoria all'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. anche alle indagini relative ai reati indicati.

Deve ritenersi, pertanto, che l'art. 6, comma 1, della legge n. 3 del 2019, abbia esteso la disciplina dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 ai procedimenti relativi ai più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Tale disposizione è la fonte normativa che legittima l'impiego del captatore nelle indagini relative ai reati più gravi contro la pubblica amministrazione.

Le intercettazioni nei procedimenti per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione in sintesi:

1) **fino al 26 gennaio 2018**, data di entrata in vigore del d.l. n. 216 del 2017, potevano essere disposte solo qualora sussistessero "gravi indizi di reato" per uno di tali reati; la durata prevista era per periodi di 15 giorni; per effettuare le stesse non poteva essere utilizzato in nessun caso il captatore informatico;

2) **a far data dal 26 gennaio 2018**, epoca di entrata in vigore dell'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017, è stato ritenuto ammissibile il ricorso al captatore informatico per le intercettazioni tra presenti nelle indagini per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in forza del rinvio all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, come interpretato dalla sentenza delle Sezioni unite "Scurato", contenuto nell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 216 del 2017; le intercettazioni possono essere disposte qualora sussistano "sufficienti indizi di reato"; il periodo per il quale queste potevano essere effettuate era di 40 giorni;

3) **dal 31 gennaio 2019**, epoca di entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, è ammissibile l'impiego dello strumento in esame, per i reati indicati, anche in luoghi domiciliari in forza:

– dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 216 del 2017, che dispone l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni;

– dell'art. 1, comma 3, della legge n. 3 del 2019 che, abrogando l'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 216 del 2017, ha permesso l'applicazione a tali procedimenti anche dell'ultima parte dell'art. 13, comma 1, del d.l. n. 152 del 1991, secondo cui *“Quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa”*;

– dei principi espressi dalla sentenza Cass. Sez. unite, n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, che, nei procedimenti soggetti alla disciplina di cui all'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991, ha ritenuto ammissibile l'utilizzo del captatore informatico per realizzare intercettazioni tra presenti⁸³.

4) **per i procedimenti penali iscritti dal 1° settembre 2020** (data da ultimo prevista dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, art. 1, convertito in l. 25 giugno 2020, n. 70), le intercettazioni per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione possono essere effettuate, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo, anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., utilizzando il captatore informatico in applicazione del novellato art. 267 cod. proc. pen.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, «la disposizione dell'art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen., nel prevedere le regole in tema di utilizzazione del captatore informatico ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, **fa chiaramente riferimento ai delitti del capo primo, titolo secondo del secondo libro al Codice penale**; quindi tale sistema di intercettazione è applicabile quando si procede per la data categoria di delitti, **indipendentemente dalla qualifica dell'indagato**. È perciò del tutto infondata la lettura che vorrebbe non applicabile tale mezzo di ricerca della prova nei confronti del privato corrotto»⁸⁴.

È stato altresì affermato che, quando il giudice dispone le intercettazioni per la ricerca della prova di reati contro la pubblica amministrazione, deve verificare solo l'esistenza degli elementi sintomatici dell'esistenza di un fatto penalmente sanzionato, compreso tra quelli indicati nell'art. 266 cod. proc. pen., a nulla ri-

⁸³ cfr. Cass., Sez. V, n. 33138 del 28/09/2020, Busicchio, Rv. 279841; Cass. Sez. II, n. 18656 del 29/04/2021.

⁸⁴ Cass., Sez. VI, 01/12/2020, dep.15/03/2021, n. 10080. Questa decisione, in verità, appare discutibile nella parte in cui, con riferimento ad un procedimento penale iscritto entro il 31 agosto 2020, ha ritenuto applicabile la disciplina dell'art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen. che è stata introdotta dalla riforma delle intercettazioni (anche se modificato dall'art. 1, comma 4, della legge n. 3 del 2019, cd. “Spazzacorrotti”, disposizione entrata in vigore ed efficace). Il riferimento, infatti, avrebbe dovuto essere all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 216 del 2017.

levando che ci siano o meno elementi relativi alla riferibilità soggettiva del fatto ipotizzato a uno specifico soggetto⁸⁵. È irrilevante, invece, che sia o meno individuato o anche solo individuabile il pubblico ufficiale al quale attribuire il fatto⁸⁶.

3.4. Il captatore informatico non costituisce una “prova atipica”

Secondo l’orientamento consolidato della Corte di cassazione, dunque, il **captatore informatico è solo uno strumento** messo a disposizione dalla moderna tecnologia, per mezzo del quale è possibile effettuare una intercettazione ambientale. «Dunque, **non viene in rilievo una “prova atipica”**, né un aggiramento delle regole della “prova tipica”, poiché, già prima della entrata in vigore della specifica disciplina contenuta nel d.lgs. n. 216 del 2017 (che invece ne estende l’applicabilità, a determinate condizioni, anche ai reati comuni), l’impiego del *trojan horse*, quale mezzo per eseguire la captazione di conversazioni tra presenti, era regolamentato dagli artt. 266, 267 e 271 cod. proc. pen. – interpretati in senso restrittivo dalle Sezioni Unite Scuro, che hanno bandito tale strumento per tutti i reati comuni, al fine di scongiurare in radice il pericolo di una incontrollabile intrusione nella sfera privata delle persone – con la speciale deroga, nella specie operante, di cui all’art. 13 d.l. n. 152 del 1991»⁸⁷.

Sulla base di tale presupposto, del resto, una pronuncia ha ritenuto utilizzabili le intercettazioni acquisite tramite la collocazione di microspie anziché mediante l’impiego di un *software* spia, così come invece era originariamente disposto nel decreto autorizzativo del giudice; ciò perché – si è detto – la modifica delle modalità esecutive delle captazioni, concernendo un aspetto meramente tecnico, può essere autonomamente disposta dal pubblico ministero, non occorrendo un apposito provvedimento da parte del giudice per le indagini preliminari⁸⁸.

3.5. Il captatore e la libertà di determinazione della persona intercettata

La giurisprudenza di legittimità, in particolare, ha escluso che l’utilizzo del *trojan* nelle indagini costituisca un metodo o una tecnica idonea ad influire sulla libertà morale della persona, conducendo all’acquisizione di una prova in violazione dell’art. 188 cod. proc. pen. È stato affermato, infatti, che «Va escluso che il captatore informatico possa inquadarsi tra “i metodi o

⁸⁵ cfr. Cass., Sez. IV, n. 8076 del 12/11/2013, dep. 2014, D’Agostino, Rv. 258613; Cass., Sez. IV, n. 42017 del 17/10/2006, Capitano, Rv. 235536; Cass., Sez. V, 8/10/2003, Liscai, Rv. 227053; Cass., Sez. IV, 16/11/2005, Bruzzese, Rv. 233184

⁸⁶ Cass. Sez. II, n. 18656 del 29/04/2021, cit.

⁸⁷ Cass., Sez. V, n. 31606 del 30/09/2020, Pici, cit.

⁸⁸ Cass., Sez. VI, n. 45486 del 8/3/2018, Romeo, Rv. 274934.

le tecniche” idonee ad influire sulla libertà di determinazione del soggetto, come tali vietati dall’art. 188 cod. proc. pen. Il *trojan horse* non esercita alcuna pressione sulla libertà fisica e morale della persona, non mira a manipolare o forzare un apporto dichiarativo, ma, nei rigorosi limiti in cui sono consentite le intercettazioni, capta le comunicazioni tra terze persone, nella loro genuinità e spontaneità⁸⁹.

3.6. La captazione di immagini per mezzo del *trojan*

Le potenzialità del captatore informatico, come è noto, sono notevoli e ricomprendono anche la possibilità di riprendere immagini. La questione della legittimità di tali captazioni è venuta al vaglio della Suprema Corte.

Sul punto, è stato affermato che **l’intercettazione tra presenti, realizzata per mezzo del captatore informatico, può riguardare anche comportamenti cd. “comunicativi”⁹⁰. Il sistema captativo, costituito dal microfono e dalla telecamera dello *smartphone*, infatti, può essere adoperato per intercettare parole, ma anche per riprendere gesti.** In questa decisione, la Corte ha ribadito i principi espressi da un fondamentale arresto delle Sezioni unite⁹¹ secondo cui costituiscono prove atipiche ai sensi dell’art. 189 cod. proc. pen., con conseguente inapplicabilità della disciplina sulle intercettazioni, le videoriprese di comportamenti non aventi contenuto comunicativo effettuate in luogo pubblico, aperto o esposto al pubblico, dovendosi intendere, invece, per comportamenti comunicativi, intercettabili solo previo provvedimento di autorizzazione dell’Autorità giudiziaria, quelli finalizzati a trasmettere il contenuto di un pensiero mediante la parola, i gesti, le espressioni fisiognomiche o altri atteggiamenti idonei a manifestarlo⁹². Le captazioni audiovisive, invece, rientrano nelle intercettazioni ambientali⁹³ e, sussistendone i presupposti, possono essere disposte anche in ambienti privati.

In tema di videoregistrazioni eseguite in ambiente privato, peraltro, è stato osservato che **la legittimità delle riprese di comportamenti “comunicativi” o “non comunicativi” deve essere valutata secondo un criterio prognostico “ex ante”, al momento in cui le operazioni sono state autorizzate dall’autorità giudiziaria, prescindendo dagli esiti delle stesse, con la con-**

⁸⁹ Cass., Sez. V, n. 31606 del 30/09/2020, Pici, cit.; Cass., Sez. V, n. 31604 del 30/09/2020, Palazzo, non mass.; Cass., Sez. V, n. 31602 del 30/09/2020, Lazzari, non mass.

⁹⁰ Cass., Sez. F, n. 26111 del 2/09/2020, Porcaro.

⁹¹ Cass., Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234267

⁹² cfr., in precedenza, Cass., Sez. VI, n. 52595 del 04/11/2016, Rv. 268936.

⁹³ cfr. di recente, Sez. VI, n. 14150 del 14/02/2019, Rv. 275464.

sequenza che sono utilizzabili le videoriprese legittimamente autorizzate per captare eventuali comunicazioni gestuali, pur se rivelatesi “*ex post*” solo rappresentative di condotte materiali non comunicative”⁹⁴.

Una applicazione di questo principio pare ravvisarsi nella sentenza dapprima illustrata laddove è stato precisato che l’indagato, per mezzo del captatore, è stato «immortalato in primo piano nel luogo dove sono state rinvenute e sequestrati armi e droga», lasciando intendere che di tali ultime immagini, di natura non comunicativa, sia stato fatto uso processuale.

3.7. L’acquisizione dello *screenshot* di un file per mezzo del captatore informatico

L’attività di *online search* compiuta sul dispositivo bersaglio non esaurisce la sua portata nell’osservazione, ricerca e acquisizione dei dati ivi giacenti o transitanti. Il captatore informatico, infatti, può essere impiegato anche in veste di “fotocopiatore” del dispositivo infetto, essendo in grado di decifrare e memorizzare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al dispositivo infettato (c.d. *keylogging*), nonché di captare e registrare l’*output* video del dispositivo bersaglio, permettendo agli inquirenti di apprendere tutta l’attività visualizzata sullo schermo e di memorizzarla mediante fermo immagine (c.d. *screenshot*)⁹⁵.

La Corte di cassazione, di recente, ha ritenuto che **lo *screenshot* di un file Excel**, eseguito per mezzo di un captatore informatico, non consiste nell’acquisizione di un documento informatico preesistente all’attività investigativa e non è pertanto qualificabile come una perquisizione seguita da sequestro. Tale attività, invece, **costituisce la captazione di un flusso di dati *in fieri*, riconducibile all’intercettazione**⁹⁶.

Il file, infatti, è stato “fotografato” sul personal computer in uso ad un indagato nel momento stesso della sua formazione dal *malware* ivi inoculato. L’attività investigativa, pertanto, «non ha riguardato l’estrpolazione dal supporto digitale di documenti informatici preesistenti all’attività intercettiva» e, quindi, si è risolta

⁹⁴ Cass., Sez. III, n. 15206 del 21/11/2019, dep. 2020, P., Rv. 279067 – 01.

⁹⁵ Per una chiara ricostruzione del tema, W. NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova, 2021, 183, la quale precisa che «Gli screenshot ... rappresentano un processo, attivato da un comando remoto, che consente di salvare sotto forma di immagini ciò che viene visualizzato sullo schermo di un computer. A discrezione dell’operatore, ogni “tot” secondi/minuti/ore (è possibile quindi anche variare il tempo) si può impostare un’istantanea di schermo che riprende l’attività che appare sul monitor».

⁹⁶ Cass. Sez. I, n. 3591 del 7/10/2021, dep. 2022.

nella **captazione di un flusso di dati** in corso di realizzazione, consistendo in un comportamento **cd. comunicativo**, del quale è ammessa l'intercettazione⁹⁷.

Questa decisione è conforme ad una precedente sentenza che per la decisione i documenti informatici contenuti in un server, acquisiti per mezzo del captatore informatico, perché le operazioni effettuate dalla polizia giudiziaria, «quanto meno in parte», sono consistite nella captazione in tempo reale di flussi informatici transitati sul computer dell'indagato⁹⁸.

In precedenza, la Corte si era occupata dell'uso del captatore con funzione di “*Keylogger*”, cioè per apprendere da remoto ciò che viene digitato sul computer⁹⁹. Anche in questa vicenda, nella quale con il *trojan* erano acquisite le *password* che avevano consentito agli investigatori l'accesso a taluni account di posta elettronica ed alle mail ivi contenute, la Corte aveva ritenuto, in buona sostanza, che il captatore fosse stato usato per intercettare un flusso comunicativo¹⁰⁰.

3.8. La “sovrapposizione” di decreti di intercettazione relativi allo stesso dispositivo bersaglio

La Corte di cassazione si è confrontata con una fattispecie in cui, dopo un primo decreto di intercettazione telefonica relativa ad uno smartphone, era stato adottato dal Gip un secondo provvedimento avente ad oggetto l'impiego del captatore informatico sul medesimo dispositivo elettronico. Secondo questa decisione, «la disposizione di un diverso decreto di intercettazione sul medesimo bersaglio/dispositivo elettronico colpito dalle investigazioni, motivata dalla necessità di far ricorso, per ragioni investigative, allo strumento di captazione informatica svilup-

⁹⁷ Sul tema, è utile precisare che, secondo un indirizzo giurisprudenziale, è legittima l'acquisizione come documento di una pagina di un “*social network*” mediante la realizzazione di una fotografia istantanea dello schermo (“*screenshot*”) di un dispositivo elettronico sul quale la stessa è visibile (Sez. V, n. 12062 del 05/02/2021, Rv. 280758 – 01, concernente *screenshots* prodotti in giudizio dalla parte offesa).

⁹⁸ Cass., Sez. V, n. 48370 del 30/05/2017; Su questa sentenza, volendo L. GIORDANO, *Intercettazioni: sì all'uso del trojan anche per reati diversi da quelli di criminalità organizzata*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 14 novembre 2017.

⁹⁹ Cass. Sez. IV, n. 40903 del 28/06/2016. Su questa sentenza sia consentito il rinvio a L. Giordano, *L'intercettazione delle e-mail (già) ricevute o inviate e l'acquisizione di quelle parcheggiate nella cartella “bozze”*, in *www.ilpenalista.it*, Milano, 14 novembre 2016.

¹⁰⁰ Appare utile precisare che, secondo la dottrina (cfr., tra gli altri, M. TORRE, *Le intercettazioni a mezzo del c.d. captatore informatico o “trojan di Stato”*, cit. 1673, l'utilizzo, da parte degli inquirenti, del captatore informatico per perquisire a distanza ed in modo occulto comporta l'elusione delle seguenti garanzie difensive previste per le perquisizioni tradizionali: conoscibilità dell'atto (art. 250 cod. proc. pen.); assistenza del difensore (art. 365 cod. proc. pen.); deposito del verbale (366); adozione di misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione (art. 247, comma 1-*bis*, cod. proc. pen.).

pato tramite virus trojan, configura, **un nuovo ed autonomo mezzo di ricerca della prova**, perfettamente legittimo in presenza del rispetto dei presupposti di legge per la sua autorizzazione, che non presenta interferenze con le intercettazioni telefoniche e/o ambientali già disposte con i mezzi ordinari, pur se l'oggetto sul quale sono stati installati i captatori informatici coincide con quello su cui sono state disposte altre intercettazioni¹⁰¹. A sostegno di questa affermazione, la corte ha richiamato, oltre che l'analisi del dato normativo che non prevede preclusioni di sorta, alcune costatazioni della disciplina "di sistema" delle intercettazioni". Si allude, in particolare, al principio secondo cui, sussistendo i presupposti di ammissibilità, è possibile sottoporre a nuova intercettazione il medesimo bersaglio già attinto da precedente decreto scaduto¹⁰². Secondo questa sentenza, non indice sulla legittimità delle captazioni l'eventuale sovrapposizione di tempi e termini dell'autorizzazione perché «**la natura dell'attività di intercettazione più pervasiva disposta mediante trojan è diversa**, avendo ad oggetto il complesso dei flussi informativi afferenti ad un determinato target e ponendosi come finalità quella di arrivare alla percezione e registrazione di conversazioni, messaggi ed informazioni ulteriori rispetto a quelle captate tramite gli strumenti ordinari»¹⁰³.

3.9. Le questioni "tecniche" conseguenziali all'uso del *trojan*

È stato altresì precisato che le questioni relative all'installazione degli strumenti tecnici per l'intercettazione – come nella specie il virus *trojan* – in relazione all'obiettivo da intercettare non attengono alla fase autorizzativa dell'attività investigativa demandata al giudice per le indagini preliminari, né alla verifica dei presupposti di legittimità delle intercettazioni, bensì alla fase esecutiva, già coperta dall'autorizzazione a disporre le stesse intercettazioni¹⁰⁴.

La fase esecutiva, inoltre, rientra nelle prerogative del pubblico ministero che può delegare la polizia giudiziaria alle operazioni materiali di **installazione tecnica degli strumenti** (*software, hardware, trojan*) idonee a dar vita, in concreto, alle intercettazioni; eventuali modifiche degli strumenti già indicati nel decreto autorizzativo del GIP come quelli da utilizzare per eseguire le captazioni possono essere disposte dallo stesso pubblico ministero¹⁰⁵.

¹⁰¹ Così Cass., Sez. V, n. 32428 del 24/09/2020, Marzano. Sulla sentenza si veda L. Filippi, *Il captatore informatico: riflessioni sulla recente sentenza della Cassazione*, in *www.ilquotidianogiuridico.it*, 3/12/2020.

¹⁰² cfr. Cass., Sez. VI, n. 28521 del 16/6/2005, Ciaramitaro, Rv. 231957.

¹⁰³ Così sempre Sez. V, n. 32428 del 24/09/2020, Marzano, non mass.

¹⁰⁴ Cass., Sez. V, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, non mass.

¹⁰⁵ Cass., Sez. V, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, cit.

Le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni, anche tramite virus *trojan*, costituiscono **atti materiali** rimessi alla contingente valutazione della polizia giudiziaria, consentiti dalla finalità pubblica di procedere ad attivare il mezzo di ricerca della prova anche quando consistono in un'intrusione da parte degli agenti incaricati dell'esecuzione in luoghi privati o altrui o, come nel caso del captatore informatico, in dispositivi informatici tramite inserimento di un *software* spia; **l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali**¹⁰⁶.

Alle intercettazioni ambientali realizzate tramite captatore informatico, pertanto, sono stati estesi i principi giurisprudenziali elaborati con riferimento all'utilizzo di mezzi "tradizionali". **Le operazioni esecutive di installazione degli strumenti tecnici atti a captare le conversazioni tra presenti devono ritenersi implicitamente autorizzate** ed ammesse con il provvedimento che dispone l'intercettazione; difatti si è affermato che la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora, costituendo una delle naturali modalità attuative di tale mezzo di ricerca della prova, deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto le operazioni di intercettazione, senza la necessità di una specifica autorizzazione¹⁰⁷. Tale principio costituisce una diretta conseguenza del fatto che le intercettazioni di comunicazioni sono un mezzo di ricerca della prova funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., con il quale il principio di inviolabilità del domicilio previsto dall'art. 14 Cost. e quello di segretezza della corrispondenza e di qualsiasi forma di comunicazione previsto dall'art. 15 Cost. devono coordinarsi, subendo la necessaria compressione¹⁰⁸.

Le operazioni di collocazione e disinstallazione del materiale tecnico necessario per eseguire le captazioni, poi, costituiscono atti materiali rimessi alla **contingente valutazione della polizia giudiziaria**, non essendo compito del pubblico ministero indicare le modalità dell'intrusione negli ambiti e luoghi privati ove verrà svolta l'intercettazione poiché la finalità di intercettare conversazioni telefoniche e/o ambientali consente all'operatore di polizia la materiale intrusio-

¹⁰⁶ Cass., Sez. V, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, cit.

¹⁰⁷ cfr. Cass., Sez. VI, n. 14547 del 31/1/2011, Di Maggio, Rv. 250032; Cass., Sez. I, n. 24539 del 9/12/2003, dep. 2004, Rigato, Rv. 230097.

¹⁰⁸ Cass., Sez. II, n. 21644 del 18/02/2013, Badagliacca, Rv. 255541; Cass., Sez. I, n. 38716 del 02/10/2007, Biondo, Rv. 238108; Cass., Sez. IV n. 47331 del 28/09/2005, Cornetto, Rv. 232777; Cass., Sez. VI, n. 4397 del 10/11/1997, Greco, Rv. 210062.

ne, per la collocazione dei necessari strumenti di rilevazione nei luoghi oggetto di tali mezzi di ricerca della prova¹⁰⁹; l'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria, pertanto, non dà luogo ad alcuna nullità od inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali¹¹⁰.

L'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazioni tra presenti, dunque, rende superflua l'indicazione delle modalità da seguire nell'espletamento dell'attività materiale e tecnica da parte della polizia giudiziaria, mentre la prova delle operazioni compiute nel luogo e nei tempi indicati dal giudice stesso e dal Pubblico Ministero è offerta dalla registrazione delle conversazioni intercettate¹¹¹.

3.10. I “vizi” della “verbalizzazione” delle attività compiute per inoculare il *trojan*

L'operazione informatica implica sovente il ricorso a soggetti esterni alla polizia giudiziaria. Secondo un indirizzo giurisprudenziale, **la mancata indicazione del nome dell'ausiliario che ha provveduto all'installazione del virus informatico per l'intercettazione**, difetto che può inscrivere nella categoria dell'omessa documentazione delle operazioni svolte dalla polizia giudiziaria delegata dal pubblico ministero all'esecuzione delle operazioni autorizzate, **non dà luogo ad inutilizzabilità o nullità dei risultati delle intercettazioni**¹¹². L'art. 271 del codice di rito, infatti, sanziona con l'inutilizzabilità solo l'inosservanza delle disposizioni di cui agli artt. 267 e 268 commi 1 e 3 cod. proc. pen. La mancata indicazione nel verbale di esecuzione delle operazioni, redatto ai sensi dell'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., delle generalità dell'ausiliario che abbia provveduto alla materiale attività di installazione del captatore informatico tramite virus *trojan* non può determinare alcuna sanzione di inutilizzabilità, stante l'assenza di richiami in tal senso nell'art. 271 cod. proc. pen.

È stato esteso alle intercettazioni tramite *trojan* quanto si è affermato nel caso della mancata indicazione delle generalità degli ausiliari utilizzati per la traduzione delle intercettazioni di conversazioni che si svolgano in lingua straniera. L'opzione dominante nella giurisprudenza di legittimità ha stabilito che l'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, tra-

¹⁰⁹ Cass., Sez. V, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, cit.

¹¹⁰ cfr. in precedenza, Cass., Sez. VI, n. 39403 del 23/6/2017, Nobile, Rv. 270941; Cass., Sez. VI, n. 41514 del 25/9/2012, Adamo, Rv. 253805.

¹¹¹ Cass., Sez. II, 2 n. 22985 del 1/12/2020, dep. 2021.

¹¹² Cass., Sez. V, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, non mass.

duzione e trascrizione delle conversazioni, non è causa di inutilizzabilità dei risultati di tali operazioni, essendo tale sanzione prevista solo per i casi tassativamente indicati dall'art. 271 cod. proc. pen.¹¹³

Più in generale, riguardo ai rischi derivanti dal servirsi di personale proveniente da ditte private per l'installazione del *trojan*, è stato ribadito che la previsione dell'art. 267 cod. proc. pen., secondo cui «il pubblico ministero procede alle operazioni personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria», si riferisce unicamente alle operazioni previste dal precedente art. 266, ossia le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazioni, con la conseguenza che qualsiasi altra «operazione» diversa, ancorché correlata, dalle suddette non rientra nella previsione normativa evocata e legittimamente, dunque, può essere svolta da personale civile¹¹⁴.

L'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., come modificato dalla legge di riforma delle intercettazioni, comunque, non trova applicazione ai procedimenti penali iscritti prima del 1° settembre 2020, sicché il verbale dell'esecuzione non deve contenere l'indicazione del tipo di programma impiegato e dei luoghi ove queste debbano essere svolte¹¹⁵.

3.11. La lamentata natura “fraudolenta” del mezzo adoperato

Una questione sollevata in merito all'uso del captatore nelle indagini ha riguardato la **fraudolenza della modalità di installazione** del virus cd. *trojan* per mezzo del quale è possibile attuare l'intercettazione. Tale fraudolenza determinerebbe la collaborazione dello stesso soggetto intercettato, inconsapevole ed ingannato. Questa modalità ingannevole e subdola sarebbe illegittima poiché ciò che l'ordinamento consente è solo l'attività occulta di apprensione del flusso di informazioni (l'intercettazione in sé delle conversazioni) mentre non può ritenersi liceizzata la frode strumentale all'attivazione dell'intercettazione, pena la violazione degli artt. 2 e 15 della Costituzione e dei diritti fondamentali da tali disposizioni garantiti.

¹¹³ Cass., Sez. V, n. 7030 del 16/1/2020, Polak, Rv. 278659; Sez. V, n. 15472 del 19/01/2018, Kochev, Rv. 272683; Cass., Sez. VI, n. 5197 del 10/11/2017, dep. 2018, Feretti, Rv. 272151; Cass., Sez. VI, n. 31285 del 23/03/2017, Lleshaj, Rv. 270570; Cass., Sez. III, n. 24305 del 19/01/2017, Mifsud, Rv. 269985; Cass., Sez. V, n. 25549 del 15/04/2015, Silagadze, Rv. 268024; Cass., Sez. VI, n. 24141 del 04/06/2008, El Arbaoui, Rv. 240372; Cass., Sez. VI, n. 30783 del 12/07/2007, Barbu, Rv. 237088.

¹¹⁴ Cass., Sez. V, n. 32426 del 24/09/2020, Guadaniello, non mass., in precedenza, Cass., Sez. IV, n. 3307 del 01/12/2016, dep. 2017, Agnotelli, Rv. 269012; Cass., Sez. VI, n. 39403 del 23/6/2017, Nobile, cit.; Cass., Sez. III, n. 11116 del 07/01/2014, Vita, Rv. 259744.

¹¹⁵ Cass., Sez. III, n. 24668, del 15/04/2021; Cass., Sez. III, n. 14259 del 03/03/2021.

La Suprema Corte non ha accolto tale eccezione, rilevando che, «se la finalità di intercettare conversazioni telefoniche e/o ambientali consente all'operatore di polizia la materiale intrusione, per la collocazione dei necessari strumenti di rilevazione, negli ambiti e nei luoghi di privata dimora, oggetto di tali mezzi di ricerca della prova, senza che il pubblico ministero, delegato per l'esecuzione, sia tenuto a precisare le modalità di intrusione delle microspie in tali luoghi e senza che la relativa omissione determini alcuna nullità dell'atto ... allo stesso modo, **la medesima finalità di intercettazione consente all'operatore di polizia, ovvero ad un suo delegato (di solito un privato, tecnico della società specializzata incaricata dell'esecuzione delle operazioni di inoculazione del *software* spia), di introdursi, anche da remoto, nel dispositivo elettronico-target indicato nel decreto autorizzativo del giudice e di installare il *trojan* mediante le modalità tecniche necessarie e utilizzando gli strumenti tecnologici opportuni**»¹¹⁶.

Sul punto, poi, è stato aggiunto che «in tema di intercettazioni tramite captatore informatico, la fraudolenza dell'intrusione nel dispositivo-target tramite virus *trojan*, poiché costituisce una delle **naturali modalità attuative** di tale mezzo di ricerca della prova, deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto le operazioni di intercettazione, senza la necessità di una specifica autorizzazione¹¹⁷ e pienamente legittima dal punto di vista del bilanciamento tra il soddisfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., con il principio di inviolabilità della sfera di riservatezza e segretezza di qualsiasi forma di comunicazione previsto dall'art. 15 Cost.»¹¹⁸.

3.12. L'uso dell'energia elettrica altrui

La Corte ha anche escluso che l'utilizzo del captatore informatico per realizzare intercettazioni determini una lesione del diritto di proprietà privata, previsto dall'art. 42 Cost., con riguardo alla utilizzazione dell'energia acquistata dagli stessi soggetti intercettati per la ricarica delle batterie del dispositivo elettronico "infettato" ed all'utilizzo di quest'ultimo in quanto tale. A tal proposito è stato sostenuto che «le conseguenze di "perdita" e "sottrazione" patrimoniale di una quota del proprio diritto di proprietà da parte del soggetto intercettato rimangono soccombenti, anche per la loro minima compressione, rispetto all'obiettivo, egualmente legittimo dal punto di vista costituzionale, del soddi-

¹¹⁶ cfr., Cass., Sez. V, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.

¹¹⁷ cfr. Cass., Sez. VI, n. 14547 del 31/1/2011, Di Maggio, Rv. 250032; Cass., Sez. I, n. 24539 del 9/12/2003, dep. 2004, Rigato, Rv. 230097.

¹¹⁸ cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. V, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.

sfacimento dell'interesse pubblico all'accertamento di gravi delitti, tutelato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.»¹¹⁹.

3.13. L'area operativa delle questioni di inutilizzabilità

La Corte, più in generale, ha precisato che tra le questioni di inutilizzabilità anche delle intercettazioni realizzate tramite captatore non rientrano quelle relative alla violazione delle norme che disciplinano la fase esecutiva del mezzo di ricerca della prova diverse da quelle contenuti nell'art. 268, comma 1 e 3, cod. proc. pen. È stato ribadito che «è la stessa formulazione dell'art. 271 cod. proc. pen. che rende “chiuso” e tassativo il richiamo volto alla sanzione di inutilizzabilità dei contenuti dell'intercettazione, riferendolo alla sola inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 267, sui presupposti e forme del provvedimento autorizzativo, e, per quel che riguarda la fase esecutiva, dall'art. 268, commi primo e terzo, cod. proc. pen. Pertanto, la sanzione d'inutilizzabilità degli esiti di intercettazioni telefoniche o ambientali, anche tramite *trojan*, stante il principio di tassatività, non può essere dilatata sino a comprendervi l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., non espressamente richiamato dall'art. 271 cod. proc. pen.»¹²⁰.

3.14. Il “rischio” di captare dialoghi con il difensore

È stato sostenuto che, nel momento in cui si legittima l'idea di un'intercettazione itinerante, di fatto non si pone alcun vincolo spaziale, con la conseguenza che si assume il rischio che la captazione possa avvenire negli studi dei difensori, degli investigatori privati e dei consulenti di parte dell'indagato. Sul punto, la Corte ha precisato che **l'eventuale captazione dei colloqui con i soggetti predetti è colpita dalla sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 103, commi 5 e 7, cod. proc. pen. e di cui al combinato disposto degli artt. 200 e 271 cod. proc. pen., la cui operatività può emergere, tuttavia, solo successivamente allo svolgimento del monitoraggio.** Tale valutazione, infatti, può essere effettuata solo 'a valle' delle operazioni di intercettazione, anche perché occorre discernere, nell'ambito delle conversazioni registrate con i professionisti suddetti, quelle che attengono all'esercizio della funzione svolta, alle quali – sole – si riferisce il limite di utilizzabilità. «Ebbene, una valutazione di tal genere, che concerne non solo l'identità degli interlocutori, ma anche il contenuto delle conversazioni, non

¹¹⁹ cfr., Cass., Sez. V, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.; Cass., sez. V, n. 10981 del 30/09/2020, dep. 2021.

¹²⁰ cfr., Cass., Sez. V, n. 35010 del 30/09/2020, Monaco, cit.

può che avvenire con una verifica postuma, come costantemente affermato dalla giurisprudenza di questa Corte: l'art. 103, comma 5, cod. proc. pen., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale ed ha dunque ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni – individuabili, ai fini della loro inutilizzabilità, a seguito di una verifica postuma – inerenti all'esercizio delle funzioni del suo ufficio e non si estende ad ogni altra conversazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio»¹²¹.

3.15. L'intercettazione tramite *trojan* di conversazioni intervenute all'estero

La Corte si è confrontata con una fattispecie che rende manifesta le notevoli potenzialità investigative del captatore informatico. In particolare, è stato affermato che l'intercettazione ambientale a mezzo “captatore informatico”, inoculato tramite “malaware” in Italia, eseguita anche all'estero, non richiede l'attivazione di una rogatoria per il solo fatto che la persona intercettata si sposti anche in territorio straniero ed ivi si svolgano le conversazioni intercettate, atteso che l'installazione del captatore è avvenuta in territorio nazionale e la captazione nei suoi sviluppi finali e conclusivi si è realizzata in Italia attraverso le centrali di ricezione che fanno capo alla procura della Repubblica¹²².

In questa decisione, la Corte ha evidenziato che lo strumento è per sua natura “itinerante”, non essendo possibile conoscere anticipatamente tutti gli spostamenti della persona intercettata, sicché appare ininfluenza lo spostamento all'estero al fine di ritenere la necessità della rogatoria, a meno di non voler così vanificare la finalità del mezzo di ricerca della prova. Pertanto, «deve ritenersi che, quando il captatore informatico sia installato in Italia e la captazione avvenga, di fatto, in Italia attraverso le centrali di ricezione collocate sul territorio italiano, la sola circostanza che le conversazioni siano state effettuate, in parte, all'estero e ivi “temporaneamente” registrate tramite Wi-Fi locale a causa dello spostamento del cellulare, sul quale è stato inoculato il *trojan*, non può implicare l'inutilizzabilità dell'intercettazione per difetto di rogatoria»¹²³. La procedura di cui all'art. 727 e ss. cod. proc. pen., invece, riguarda esclusivamente gli interventi da compiersi all'estero e che richiedono, quindi, l'esercizio della sovranità propria

¹²¹ cfr., Cass., Sez. V, n. 33141 del 28/09/2020, Calosso, non mass.

¹²² Cass., Sez. II, n. 29362 del 22/07/2020, Cerisano, Rv. 279815 – 01. Su questa sentenza, si veda F. DE MARTIS, *La Cassazione rifiuta la rogatoria per le intercettazioni all'estero col captatore informatico*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 10, 1352; volendo, L. GIORDANO, *Captatore informatico: utilizzabili anche le conversazioni intercettate all'estero*, in *www.ilpenalista.it*, 26/11/2020.

¹²³ Cass., Sez. II, n. 31440 del 24/07/2020, Galea, n. m.

dello Stato estero; conseguentemente, non è ipotizzabile alcuna rogatoria per un'attività di fatto svolta in Italia e, pertanto, ivi autorizzata e realizzata secondo le regole del codice di rito¹²⁴.

Queste decisioni hanno il merito di aver precisato come il sistema di intercettazione non sia costituito solamente dal captatore, cioè dal *software* (*rectius, malware*), che viene inserito nell'apparecchio, ma anche dalle piattaforme necessarie per il loro funzionamento, che ne consentono il controllo e la gestione da remoto e che ricevono i dati inviati dal captatore in relazione alle funzioni investigative attivate. I dati raccolti, infatti, sono trasmessi, per mezzo della rete *internet*, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, ad altro sistema informatico in uso agli investigatori. In particolare, «i dati provenienti dal captatore informatico devono essere cifrati e devono transitare su un canale protetto sino al server della procura che è il primo ed unico luogo di memorizzazione del dato. Ogni *file* è dunque cifrato e reca una *password* diversa rispetto a quella utilizzata per la memorizzazione sul *server*; ne consegue che ogni *file* per essere ascoltato deve essere decriptato»¹²⁵. La registrazione delle conversazioni, eventualmente tramite *Wi-Fi* sito in uno Stato estero, perciò, costituisce solo una fase intermedia di una più ampia attività di captazione iniziata sul territorio italiano ed oggetto di registrazione, nella sua fase finale e conclusiva, sempre in Italia. **Nel caso dell'utilizzo del *trojan* anche per intercettare dialoghi che avvengono all'estero, il *server* della Procura è il primo e l'unico luogo di memorizzazione del dato captato**¹²⁶.

Esse, peraltro, hanno esteso alle intercettazioni compiute tramite *trojan* orientamenti elaborati in tema di intercettazione tra presenti realizzate con strumenti tradizionali.

È stato fatto riferimento, in primo luogo, all'indirizzo secondo cui l'intercettazione di comunicazioni tra presenti eseguita a bordo di una autovettura attraverso una microspia installata nel territorio nazionale, non richiede l'attivazione di una rogatoria per il solo fatto che il suddetto veicolo si sposti anche in territorio straniero ed ivi si svolgano alcune delle conversazioni intercettate¹²⁷. L'alternativa, non potendosi, nel caso di intercettazione ambientale su mezzo mobile, conoscere tutti gli spostamenti della persona, sarebbe quella di vanificare le finalità del mezzo di ricerca della prova¹²⁸.

¹²⁴ Il medesimo principio è stato ribadito, di recente, in tema di captazione di messaggi *Blackberry* da Cass., Sez. IV, n. 6645 del 23/11/2021, dep. 2022.

¹²⁵ Cass., Sez. II, n. 29362 del 22/07/2020, Cerisano, cit.

¹²⁶ Cass., Sez. II, n. 31440 del 24/07/2020, Galea, cit.

¹²⁷ Cass., Sez. II, n. 51034 del 4/11/2016, Rv. 268514

¹²⁸ Cass., Sez. IV, n. 8588 del 6/11/2007, dep. 2008, Rv. 238951

È stato richiamato, inoltre, l'orientamento consolidato secondo cui l'intercettazione può legittimamente essere realizzata mediante la procedura dell'instradamento (ma, forse, sul piano tecnico sarebbe meglio utilizzare il termine *roaming*), che permette di compiere la captazione nel momento in cui per la conversazione è impegnato un "nodo tecnologico" o una "centrale telefonica" che si trova in Italia. Detta procedura, quindi, non determina la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, perché la captazione e la registrazione delle conversazioni è interamente realizzata sul territorio italiano e non si verifica alcuna intrusione nella giurisdizione dello Stato estero, ove si trova uno degli interlocutori ovvero entrambi o il dispositivo captato ovvero ove si trova l'impalcatura informatica su cui sono transitati i dati registrati. **Il ricorso alla rogatoria, invece, è necessario solo per gli interventi da compiere integralmente all'estero ed anzi esclusivamente per l'intercettazione di conversazioni captate soltanto da una compagnia telefonica straniera che, di conseguenza, non sono "instradati" su nodi di comunicazione nazionali**¹²⁹. Alla figura dell'instradamento è stato fatto riferimento, di recente, dalla giurisprudenza per la captazione di messaggi tra apparecchi del tipo *Blackberry*. Al riguardo, è stata esclusa la necessità di esperire una rogatoria internazionale per carpire le conversazioni che utilizzano questi dispositivi allorquando l'attività di captazione del flusso comunicativo avviene in Italia, perché i telefoni sono localizzati nella nostra nazione o almeno uno di essi impiega un nodo interno per le comunicazioni¹³⁰.

L'acquisizione della messaggistica, scambiata mediante sistema *Blackberry* e gestito tramite *server* collocato in territorio estero, non necessita di rogatoria internazionale nel caso in cui la registrazione dei dati sia avvenuta in Italia, a nulla rilevando che per "decriptare" gli elementi identificativi associati ai cd. codici PIN, assegnati dalla compagnia che eroga il servizio all'apparecchio dell'utente, sia necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero¹³¹.

È stato affermato, pertanto, che, a nulla rileva, sul piano del rispetto della giurisdizione, il fatto che per decriptare i dati identificativi associati ai codici identificativi dell'apparecchio *Blackberry* (che si chiamano "pin") sia indispensabile ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero per l'impiego dell'algoritmo necessario per la decifrazione dei flussi informatici¹³².

¹²⁹ cfr. Cass., Sez. III, n. 38009 del 10/05/2019, Assisi, Rv. 278166 – 03; Cass., Sez. VI, n. 7634 del 12/12/2014, dep. 2015, Nardella, Rv. 262495

¹³⁰ Cass., Sez. VI, n. 39925 del 22/09/2015, Solimando, non mass.

¹³¹ Cass., Sez. III, n. 47557 del 26/09/2019, Scognamiglio, Rv. 277990 – 03

¹³² Cass., Sez. IV, n. 49896 del 15/10/2019, PG C/ Brandimarte, Rv. 277949; Sez. IV, n. 16670, del 8/04/2016, Fortugno, Rv. 266983

È solo il caso di segnalare che il tema delle intercettazioni all'estero è molto complesso.

In ambito unionale, in particolare, il principio dell'istradamento e quello della nazionalità dell'utenza non sembrano pienamente conformi alle prescrizioni del d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, con cui sono state emanate le norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000 (meglio nota come Convenzione di Bruxelles del 2000)¹³³. In seguito, il d.lgs. n. 108 del 2017 ha recepito la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine (OEI). È stato introdotto nell'ordinamento uno strumento di assistenza giudiziaria in materia penale che mira a facilitare la procedura transnazionale di raccolta delle prove¹³⁴. Il decreto legislativo disciplina anche l'assistenza giudiziaria in materia di intercettazioni, in attuazione degli artt. 30 e 31 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio. In particolare, agli artt. 23 e 24 è regolata la procedura "passiva", mentre agli artt. 43 e 44 quella "attiva". In entrambi i casi, si distingue il caso in cui l'**intercettazione necessita dell'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria di un altro Stato membro**, da quello in cui il mezzo di ricerca della prova è stato disposto **senza il ricorso a detta collaborazione**. In entrambi i casi, sono stati riscontrati pareri discordanti relativamente alla questione se l'art. 30 della direttiva OEI possa essere applicato a una richiesta di installazione di un dispositivo di ascolto nascosto (per es. l'installazione di una "cimice" in un'autovettura)¹³⁵.

¹³³ Il d.lgs. 52 del 2017, negli artt. da 19 a 23, in attuazione della Convenzione, prevede un'articolata disciplina delle intercettazioni, che riguarda sia la procedura passiva, cioè quella relativa alle richieste provenienti dall'estero, che quella attiva, la quale concerne le richieste inoltrate dal pubblico ministero italiano all'Autorità competente in altro Stato membro. In entrambi i casi si distinguono due ipotesi: 1. intercettazioni per la cui esecuzione, per ragioni tecniche, è necessaria l'assistenza tecnica dello Stato Parte della Convenzione nel quale si trova la persona intercettata o il dispositivo controllato; 2. intercettazioni per la cui esecuzione, dal punto di vista tecnico, non è necessaria detta assistenza, ancorché la persona intercettata o il dispositivo controllato si trova in altro Stato Parte della convenzione. Sul tema, cfr. T. BENE, *Trasnazionalità dei crimini nella società confessionale: i pericoli della tecnologia e del diritto*, in *Giur.it.*, 2016, 3, p. 717; R.G. GRASSIA, *La disciplina delle intercettazioni: l'incidenza della direttiva 2014/41/UE sulla normativa italiana ed europea*, in T. BENE, L. LUPÀRIA, L. MARAFIOTTI (a cura di), *L'ordine europeo d'indagine*, Torino, 2016, p. 199; volendo, cfr. L. GIORDANO, *Intercettazioni: è al tramonto la stagione dell'istradamento?*, in *Il penalista*, 12 giugno 2017.

¹³⁴ L'ordine europeo d'indagine è un provvedimento emesso in forma scritta da un'autorità giudiziaria nazionale e diretto all'autorità giudiziaria di altro Stato membro dell'Unione al fine del compimento di uno o più atti specificamente disciplinati dalla direttiva.

¹³⁵ Cfr. la "Nota congiunta di Eurojust e della Rete giudiziaria europea sull'applicazione pratica dell'ordine europeo d'indagine", Giugno 2019, reperibile agevolmente in rete.

3.16. L'uso del captatore da parte dei privati

La Corte, infine, ha avuto modo di confrontarsi anche con l'uso del captatore informatico da parte dei privati. È stato affermato che i programmi informatici denominati “*spy-software*” che, se installati in modo occulto su un telefono cellulare, un “tablet” o un PC, consentono di captare tutto il traffico dei dati in arrivo o in partenza dal dispositivo, rientrano tra gli “apparati, strumenti, parti di apparati o di strumenti” diretti all’intercettazione o all’impedimento di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche tra altre persone, di cui all’art. 617-*bis*, comma primo, c.p., in quanto categoria aperta, suscettibile di essere implementata per effetto delle innovazioni tecnologiche¹³⁶.

¹³⁶ Cass., Sez. V, 5 aprile 2019, n. 15071, Rv. 275104. Su questa sentenza si veda M. PERRUCCIO, *Il duplice volto del captatore informatico tra usi pubblici e privati*, in *Dir. pen. proc.* 2020, 1389. Il reato previsto dall’art. 617-*bis* cod. pen. anticipa la tutela della riservatezza e della libertà delle comunicazioni mediante l’incriminazione di fatti prodromici all’effettiva lesione del bene, punendo l’installazione di apparati o di strumenti, ovvero di semplici parti di essi, per intercettare o impedire comunicazioni o conversazioni telefoniche; pertanto, ai fini della configurabilità del reato deve aversi riguardo alla sola attività di installazione e non a quella successiva dell’intercettazione o impedimento delle altrui comunicazioni, che rileva solo come fine della condotta, con la conseguenza che il reato si consuma anche se gli apparecchi installati, fuori dall’ipotesi di una loro inidoneità assoluta, non abbiano funzionato o non siano stati attivati (Cass., Sez. II, n. 37710 del 24/09/2008, Rv. 241456 – 01). Il reato indicato è configurabile solo se l’installazione è finalizzata ad intercettare o impedire comunicazioni tra persone diverse dall’agente, mentre non ricorre nell’ipotesi in cui si utilizzi un “jammer telefonico”, ossia un disturbatore telefonico, al fine di impedire l’intercettazione di comunicazioni, sia tra presenti che telefoniche, intrattenute dal soggetto che predispose l’apparecchio (Cass., Sez. VI, n. 39279 del 16/05/2018, Rv. 273768 – 01).

Intercettazioni e misure cautelari – Criteri di valutazione e di redazione dei provvedimenti

SOMMARIO: 1. Premessa: gravi indizi di colpevolezza. – 2. La richiesta del p.m. – 3. L'ordinanza del giudice. – 4. Il deposito dell'ordinanza. I diritti delle parti. – 5. Procedimento di stralcio “cautelare”.

1. Premessa: gravi indizi di colpevolezza

Il rapporto tra intercettazioni e misure cautelari (o, più in generale, l'incidente *de libertate*) chiama in causa due diversi ordini di questioni:

a) da un lato, impedire (o quantomeno di limitare il più possibile) che l'incidente cautelare possa ledere indebitamente il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti dall'attività captativa, facendo circolare “informazioni” riservate e/o protette;

b) dall'altro, tutelare il diritto di difesa dell'indagato in una fase ancora governata dal segreto investigativo e che, di regola, precede la procedura “formale” di disvelamento e di acquisizione dei risultati delle intercettazioni.

La tutela del primo profilo, come vedremo, è alla base di gran parte delle novità apportate dalla recente riforma sia del 2017 che del 2019, proprio con riferimento agli artt. 291 e 292 c.p.p.

Quanto al secondo aspetto, va considerato che l'incidente cautelare rappresenta il primo momento di emersione dei risultati delle intercettazioni e, conseguentemente, la prima possibilità per la difesa di “contestare” sia la correttezza e la regolarità che gli esiti delle stesse e quindi di “eliminare” quella che solitamente rappresenta una delle fonti probatorie di maggior rilievo.

L'inutilizzabilità delle intercettazioni è, quindi, quasi sempre ‘la’ questione che viene dedotta avanti al giudice della cautela o in sede di riesame.

Non è quindi un caso che sia la riforma cd. “ORLANDO” sia quella “BONA-FEDE” abbiano dedicato significative parti dell'intervento legislativo, oltre che direttamente al tema delle intercettazioni, anche alla materia delle misure cautelari personali.

Oltre alla disciplina normativa introdotta dalle novelle del 2017 e del 2019, con specifico riferimento al tema delle misure cautelari, ci soffermeremo poi sul

tema dell'utilizzo nella fase cautelare degli atti relativi alle intercettazioni nonché alle questioni in tema di accesso alle registrazioni audio e dei conseguenti diritti delle parti.

L'art. 273 c.p.p. richiede che, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare personale (coercitiva o interdittiva) sussistano a carico dell'indagato gravi indizi di colpevolezza, da intendere come tutti quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che – contenendo tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova — non valgono di per sé a provare oltre ogni ragionevole dubbio la responsabilità dell'indagato e, tuttavia, consentono, per la loro consistenza, di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi, saranno idonei a dimostrare tale responsabilità, fondando nel frattempo una qualificata probabilità di colpevolezza.

Come noto, gli indizi devono corrispondere a dati di fatto certi e, pertanto, non possono consistere in mere ipotesi, congetture o giudizi di verosimiglianza.

Il termine «indizi» adottato dall'art. 273, comma 1, c.p.p. assume una valenza completamente diversa da quella che il medesimo termine riveste nell'art. 192, comma 2, stesso codice: in tale ultima norma, la scelta lessicale del legislatore è finalizzata a operare una distinzione tra prove e indizi, soprattutto onde stabilire le condizioni in cui questi ultimi possono, considerati nel loro complesso, assurgere a dignità di prova e giustificare, quindi, affermazioni di colpevolezza.

Diversamente, l'uso del termine «indizi» nell'art. 273, comma 1, c.p.p. non è in alcun modo riconducibile a un'analogia distinzione, ma unicamente alla diversa natura del giudizio, di probabilità e non di certezza, che è richiesto in fase cautelare.

Le Sezioni Unite hanno infatti precisato: *«il quadro di gravità indiziaria ai fini cautelari, concetto differente da quello enunciato nell'art. 192/2 c.p.p., che allude alla c.d. prova logica o critica, ha, sotto il profilo gnoseologico, una propria autonomia, non rappresenta altro che l'insieme degli elementi conoscitivi, sia di natura rappresentativa che logica, la cui valenza è strumentale alla decisione de libertate, rimane delimitato dai confini di questa e non si proietta necessariamente nel diverso e futuro contesto dibattimentale relativo al definitivo giudizio di merito. In sostanza, la qualifica di gravità che deve caratterizzare gli indizi di colpevolezza attiene al quantum di "prova" idoneo ad integrare la condizione minima per l'esercizio, sulla base di un giudizio prognostico di responsabilità, del potere cautelare, non può che riferirsi al grado di conferma, allo stato degli atti, dell'ipotesi accusatoria, e ciò a prescindere dagli effetti, non ancora apprezzabili, eventualmente connessi alla dinamica della prova nella successiva evoluzione processuale»* (Sez. U, n. 36267 del 30/05/2006, Spennato).

Non possono essere, infatti, utilizzati per fondare il giudizio di gravità indiziaria gli atti affetti da c.d. inutilizzabilità patologica o assoluta che si realizza allor-

ché la prova sia assunta *contra legem*, in violazione di specifici divieti probatori ovvero in violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, dunque assoluti e indisponibili.

Sono invece utilizzabili nella sede cautelare gli atti colpiti da inutilizzabilità c.d. fisiologica e relativa (SSUU Tammaro).

È bene però evidenziare che l'art. 273, comma 1-*bis*, c.p.p. estende in modo espresso anche al giudizio ex art. 273 c.p.p. le ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, ambientali e telematiche previste dell'art. 271 c.p.p., in relazione al disposto degli artt. 266, 266-*bis*, 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p.

Vi è dunque una piena parificazione fra la fase cautelare e la fase del giudizio quanto all'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nel caso in cui non siano stati rispettati i parametri normativi.

Per quanto riguarda la valutazione sostanziale del contributo conoscitivo derivante dalle intercettazioni, vi è da dire che essa non differisce da quella che può essere adottata in sede di procedimento di merito (cognizione), ma la peculiarità deriva dal fatto che in questo caso il materiale reso disponibile può essere diverso perché in fase cautelare è possibile utilizzare anche le trascrizioni sommarie ovvero, in caso di trascrizione completa, si possono utilizzare anche quelle informali che sono state effettuate direttamente dalla polizia giudiziaria senza ricorrere alle modalità della perizia.

Altra differenza riguarda, come già accennato, l'ampiezza del materiale oggetto di valutazione che è limitata a ciò che il Pubblico ministero ha ritenuto di porre a fondamento della propria richiesta e di quanto abbia trasmesso al Giudice per le indagini preliminari, non essendo cioè stata effettuata una cernita in contraddittorio, come invece avviene nella procedura di cui all'articolo 268 c.p.p.

Con riguardo, poi, al tema dell'interpretazione delle conversazioni, o meglio della sindacabilità dell'interpretazione offerta dal GIP e dal Tribunale del riesame, è utile ricordare che la giurisprudenza di legittimità è stabilmente orientata ad affermare che *«in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, l'interpretazione del linguaggio adoperato dai soggetti intercettati, anche quando sia criptico o cifrato, costituisce questione di fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito, la quale, se risulta logica in relazione alle massime di esperienza utilizzate, si sottrae al sindacato di legittimità»* (Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Rv. 263715).

Si è, in proposito, precisato che *«In sede di legittimità è possibile prospettare un'interpretazione del significato di un'intercettazione diversa da quella proposta dal giudice di merito solo in presenza di travisamento della prova, ossia nel caso in cui il giudice di merito ne abbia indicato il contenuto in modo difforme da quello reale e la difformità risulti decisiva ed incontestabile»* (Sez. 3, n. 6722 del 21/11/2017 dep. 2018, Rv. 272558).

Com'è noto, le intercettazioni telefoniche/ambientali assumono autonoma e significativa valenza probatoria, trattandosi di risultati assistiti dal requisito della genuinità (quanto a provenienza delle informazioni) e della spontaneità (stante il contenuto degli argomenti trattati, vissuti in prima persona dagli interlocutori e non certamente indotti).

L'informazione acquisita nel corso delle intercettazioni, dunque, costituisce piena prova in sede di merito, oltre che elemento di prova nelle indagini preliminari ed indizio di colpevolezza in sede cautelare.

Di conseguenza, nella valutazione delle affermazioni intercettate non si applicano i criteri di valutazione di cui all'art. 192 comma 3° c.p.p. (che richiede la sussistenza di *“altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità”*) che, invece, sono richiesti per la valutazione delle dichiarazioni contenenti chiamate in correità.

La giurisprudenza di legittimità con orientamento consolidato afferma, infatti, che *“il contenuto di un'intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di terza persona, indicata come concorrente in un reato alla cui consumazione anche uno degli interlocutori dichiara di avere partecipato, non è in alcun senso equiparabile alla chiamata in correità e, pertanto, se va anch'esso attentamente interpretato sul piano logico e valutato su quello probatorio, non va però soggetto, nella predetta valutazione, ai canoni di cui all'art. 192 comma 3° c.p.p.”* (cfr., tra le altre, Cass. Pen. Sez. I°, n. 1683 del 21.01.2004; Cass. Sez. IV n. 35860 del 28.9.2006).

Il contenuto dichiarativo delle intercettazioni, pertanto, assume valore probatorio *ex se* quale elemento su cui fondare la decisione di merito, come confermato dalla S.C.: *“gli indizi raccolti nel corso delle intercettazioni telefoniche possono costituire fonte diretta di prova della colpevolezza dell'imputato e non devono necessariamente trovare riscontro in altri elementi esterni qualora siano: gravi, cioè consistenti e resistenti alle obiezioni e quindi attendibili e convincenti; precisi e non equivoci, cioè non generici e non suscettibili di diversa interpretazione altrettanto verosimile; concordanti, cioè non contrastanti tra loro e, più ancora, con altri dati od elementi certi...”* (così, tra le altre, Cass. Pen. Sez. IV° n. 22391 del 21.05.2003).

Secondo la Suprema Corte, quindi, i risultati delle intercettazioni necessitano di riscontri esterni solo qualora le informazioni captate non siano gravi, precise, equivoche e concordanti.

Ma ciò non vuol dire che, in tal caso, la prova perda la sua valenza dimostrativa per divenire indizio ma esclusivamente che *“il giudice di merito deve accertare che il significato delle conversazioni intercettate sia connotato dai caratteri di chiarezza, decifrabilità dei significati, assenza di ambiguità, di modo che la ricostruzione del significato delle conversazioni non lasci margini di dubbio sul significato com-*

plexivo della conversazione. In questo caso ben può il giudice di merito fondare la sua decisione sul contenuto di tali conversazioni. Se invece la conversazione captata non è connotata da queste caratteristiche – per l'incompletezza dei colloqui registrati, per la cattiva qualità dell'intercettazione, per la cripticità del linguaggio usato dagli interlocutori, per la non sicura decifrabilità del contenuto o per altre ragioni – non per questo si ha un'automatica trasformazione da prova ad indizio, ma è il risultato della prova, che diviene meno certo con la conseguente necessità di elementi di conferma che possano eliminare i ragionevoli dubbi esistenti. E, quindi, in definitiva, i criteri di valutazione della prova divengono quelli della prova indiziaria” (cfr. Sez. IV° n. 21726 del 7.05.2004).

Sempre in linea generale e sinteticamente, con riferimento alla valenza probatoria dei risultati delle operazioni di ascolto autorizzato, nel diritto vivente si distinguono tre tipologie di intercettazioni: le intercettazioni *totalmente auto-accusatorie*, le intercettazioni *parzialmente auto-accusatorie* e le intercettazioni *totalmente etero-accusatorie*.

Con l'espressione intercettazioni totalmente auto-accusatorie s'intendono le conversazioni nelle quali è lo stesso interlocutore che si accusa, esplicitamente o implicitamente, di aver commesso un dato reato.

Esse hanno “*integrale valenza probatoria*” ed equivalgono in sostanza ad una sorta di confessione extragiudiziale.

Con la terminologia intercettazioni parzialmente auto-accusatorie si intendono, invece, le conversazioni nel corso delle quali uno dei colloquianti accusa sé medesimo di avere commesso un dato reato, in concorso con un terzo del tutto estraneo alla conversazione.

Anche tali propalazioni costituiscono prova diretta della responsabilità, senza bisogno di ulteriori elementi di conferma; tuttavia, la loro valutazione importa un particolare rigore ermeneutico, trattandosi di conversazioni nelle quali è coinvolto un terzo estraneo al dialogo captato.

Da ultimo, le conversazioni possono avere valenza di intercettazioni totalmente etero-accusatorie nel caso in cui, nel corso del dialogo, gli interlocutori, o talvolta uno solo di essi, accusano un terzo di avere commesso un determinato reato.

Tali intercettazioni, secondo la Suprema Corte di Cassazione, hanno certamente valenza probatoria, ma necessitano, qualora generiche, di riscontri desumibili da altri elementi di supporto.

La Suprema Corte, infatti, ha precisato che “...*nel caso di generiche affermazioni fatte da terze persone nel corso di conversazioni alle quali non è partecipe l'indagato, è necessario che esse trovino riscontro in altri elementi di supporto che integrino con riferimenti specifici la genericità dell'accusa...*” (vedi Cass. Pen. Sez. I°, n. 6234 del 2.11.2000; Cass. Pen. Sez. I°, n. 6232 del 2.11.2000).

La necessità di valutare con la dovuta attenzione le dichiarazioni etero-accusatorie non deve, tuttavia, far ritenere indispensabile l'acquisizione di riscontri estrinseci ed intrinseci richiesti dal legislatore nell'ipotesi di chiamata in correità prevista dall'art. 192, terzo comma, c.p.p., come del resto ha pacificamente chiarito e ribadito anche la più recente giurisprudenza di legittimità: *“il contenuto di una intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di terza persona, indicata come concorrente in un reato alla cui consumazione anche uno degli interlocutori dichiara di aver partecipato, non è in alcun modo equiparabile alla chiamata in correità e pertanto, se va anch'esso attentamente interpretato sul piano logico e valutato su quello probatorio, non è però soggetto, nella predetta valutazione, ai canoni di cui all'art. 192, comma terzo, c.p.p.”* (Sez. 4, sent. n. 35860 del 28.09.06.; negli stessi termini Cass. Pen. Sez. V°, n. 38413 del 9.10.2003.; Cass. Pen. Sez. V°, n. 603 del 14.10.03.; Cass. Pen. Sez. I°, n. 1683 del 21.01.2004.).

2. La richiesta del p.m.

Secondo l'attuale previsione normativa *“le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi sui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all'art. 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269”*.

L'art. 291, comma 1, c.p.p., con la novella del 2017 (art. 3 c.I lett. e) nr. 1 d.lgs. 216/2017), era stato modificato inserendo la previsione secondo cui il pubblico ministero, nell'avanzare una richiesta di misura cautelare, dovesse presentare al giudice competente gli elementi su cui la stessa si fonda, *“compresi i verbali di cui all'art. 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”*, imponendogli però (quale ideale contrappeso all'assenza di contraddittorio anticipato che contraddistingue il procedimento *de libertate*) di produrre anche tutti gli elementi favorevoli all'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.

L'art. 2 c. I lett. h) d.l. 161/2019 è intervenuto su questa norma sopprimendo il nuovo inciso *“compresi i verbali di cui all'art. 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”* ma la legge di conversione n. 7 del 2020, invece, ha riproposto questa parte della norma, aggiungendo l'ulteriore inciso *“e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269”*.

La modifica si applica ai procedimenti iscritti dopo il 30 agosto 2020 (art. 1 d.l. 28/2020 convertito con l. 70/2020).

L'art. 268 c. II c.p.p. prevede che il verbale delle operazioni di intercettazioni contenga, anche sommariamente, il contenuto delle conversazioni intercettate

(cd. “brogliacci”) e l’art. 269 c. I c.p.p. stabilisce che i verbali, le registrazioni e “ogni altro atto” siano conservati integralmente in apposito archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Questo materiale, ai sensi dell’art. 329 c.p.p., è coperto da segreto fino a quando l’imputato non ne può avere conoscenza.

La norma consente al pubblico ministero di presentare al giudice i soli cd. “brogliacci di ascolto” (il contenuto dei quali è disciplinato dall’art. 89 disp. att. c.p.p.), mancando l’espreso riferimento alle registrazioni delle comunicazioni intercettate, secondo un’opzione che aveva già trovato l’avallo della giurisprudenza formatasi sulle norme previgenti.

Costituisce, infatti, principio giurisprudenziale consolidato quello secondo il quale non è configurabile alcun obbligo, a carico del Pubblico Ministero che ha richiesto la misura cautelare, di depositare nella cancelleria del tribunale i supporti magnetici o informatici relativi alle intercettazioni utilizzate per l’adozione dell’ordinanza cautelare, in quanto l’obbligo di mettere a disposizione le registrazioni sorge solo a seguito della rituale richiesta proveniente dalla difesa dell’indagato (tra le molte, cfr. Cass. Pen. Sez. 6, sent. 27.5.2015 n. 22145; id. III sez. 4.3.2016 nr. 9158.).

Anzi, altra giurisprudenza ha affermato che *«in tema di riesame, l’omesso deposito del cosiddetto “brogliaccio” di ascolto e dei “files” audio delle registrazioni di conversazioni oggetto di intercettazione non è sanzionato da nullità o inutilizzabilità, dovendosi ritenere sufficiente la trasmissione, da parte del P.M., di una documentazione anche sommaria ed informale, che dia conto sinteticamente del contenuto delle conversazioni riferite negli atti di polizia giudiziaria, fatto salvo l’obbligo del Tribunale di fornire congrua motivazione in ordine alle difformità specificamente indicate dalla parte fra i testi delle conversazioni telefoniche richiamati negli atti e quelli risultanti dall’ascolto in forma privata dei relativi “files” audio»* (Sez. 6, n. 37014 del 23/09/2010; id., I Sez. n. 15895 del 09/01/2015; Sez. 6, n. 22570 del 11/04/2017).

I primi commentatori si sono divisi sulla portata della disposizione racchiusa nell’art. 291 co. 1 C.p.p. («il pubblico ministero [...] presenta gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all’art. 268, co. 2, [...]»), ossia se debba essere intesa come norma concessiva di una mera facoltà che (in linea con la giurisprudenza pregressa) accorda al pubblico ministero la scelta di presentare i soli verbali, senza precludergli di produrre anche le fonie, o come una norma prescrittiva che, quindi, impone al P.m. di limitarsi a tale inserimento senza che gli sia consentito produrre anche i relativi file audio.

Secondo l’opzione tradizionale, comunque confermata dalla novella, in fase cautelare il Pubblico ministero può quindi trasmettere al Giudice anche solo le trascrizioni sommarie, i cosiddetti «brogliacci», e non anche le trascrizioni integrali,

effettuate senza alcun obbligo di contraddittorio dalla polizia giudiziaria, o addirittura fare riferimento a quanto riportato nelle informative di polizia giudiziaria.

Al momento del deposito della richiesta cautelare, il pubblico ministero dovrà quindi produrre al g.i.p. le intercettazioni rilevanti e di cui intende avvalersi le quali, al contempo, dovranno confluire nell'archivio destinato a custodirle di cui all'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., potendo peraltro limitarsi a produrre al g.i.p. i soli verbali delle operazioni che contengono le trascrizioni sommarie, ai quali, peraltro, devono essere affiancati i decreti autorizzativi per consentire al Gip di valutare la legittimità delle operazioni compiute.

Peraltro, la previsione generale contenuta all'art. 269 I comma ultima parte c.p.p. consente anche al giudice, oltre che alle parti, di accedere all'archivio delle intercettazioni dopo il deposito effettuato ai sensi dell'art. 268 c.p.p. (oltre che ai sensi dell' art. 415 *bis* c.p.p. e nel caso previsto dall'art. 454 c. II *bis* c.p.p.), sicché questi ben potrebbe ascoltare direttamente il contenuto delle conversazioni ove ritenesse insufficiente la verbalizzazione sommaria.

Il pubblico ministero è, quindi, tenuto ad una prima “selezione” delle conversazioni e comunicazioni intercettate secondo il criterio della rilevanza delle stesse ai fini della richiesta di misura cautelare, mettendo a disposizione del Gip quelle di cui intende avvalersi e che, al contempo, dovranno confluire nell'archivio destinato a custodirle.

È il primo “filtro” che la riforma legislativa (improntata all'attuazione ed alla tutela del principio della riservatezza) introduce nel sistema nel caso di utilizzo, e quindi di disvelamento, delle conversazioni e comunicazioni intercettate.

La dottrina ha evidenziato come tale disposizione costituisca attuazione del comma 84 lett. a) nr. 1 della legge delega 103/2017 che prevede che ai fini della selezione del materiale da inviare al giudice a sostegno della richiesta di misura cautelare il P.m., oltre che per necessità di prosecuzione delle indagini, assicuri la riservatezza anche degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili ai sensi dell'art. 4 comma 1 lett. D) d.lgs. 196/2003 e che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini, ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei.

Il legislatore delegato ha, pertanto, ritenuto che il criterio della “rilevanza”, rendesse superflua la formula ben più ampia prevista dalla legge, essendo quest'ultima assorbita dalla possibilità per il P.m. di selezionare il materiale posto a supporto della richiesta cautelare e quindi dal suo “dovere” di non produrre, in prima battuta, intercettazioni inutilizzabili o non pertinenti o attinenti a dati “sensibili”.

Il criterio introdotto dal legislatore, di evidente “matrice” probatoria, pone nella pratica non pochi inconvenienti, come evidenziato dalla dottrina sin dall’indomani della entrata in vigore della riforma.

Si sottolinea, infatti, la circostanza che nella pratica sarà spesso la polizia giudiziaria (su incarico del P.M.) ad effettuare questa selezione (o comunque, ciò continuerà ad avvenire nella prassi), che potrà poi essere recepita dal pubblico ministero nella sua richiesta di misura cautelare.

È parimenti verosimile, ad es. in indagini complesse (tali, di regola, quelle basate sulle intercettazioni), che la pg. abbia, al contrario, la necessità di operare una ricostruzione sistematica e completa della vicenda storica emergente dalle indagini, atteso che una esposizione eccessivamente schematica dei contenuti delle intercettazioni (eventualmente attraverso semplici richiami agli estremi delle intercettazioni riportate nei brogliacci, o alle annotazioni di polizia giudiziaria) potrebbe costituire un limite oggettivo alla comprensione delle risultanze dell’indagine, incidendo di fatto negativamente sulla chiarezza e completezza espositiva, tanto per il giudice chiamato a pronunciarsi quanto successivamente per le parti.

Il P.m. dovrà, allora, prescrivere alla polizia giudiziaria di riportare organicamente nei suoi atti (specialmente nell’annotazione finale, che di regola anticipa la domanda cautelare) il contenuto delle conversazioni e comunicazioni rilevanti, con esse (e con le altre risultanze delle indagini) fornendo al lettore una esauritiva ricostruzione storica degli avvenimenti solo evitando di inserire in modo pedissequo passaggi palesemente irrilevanti ai fini dell’indagine.

Occorre quindi interpretare con molta prudenza questa “indicazione” della rilevanza, se si vuole evitare il rischio di lasciare all’oblio dati indiziari utili per comprendere la “storia” che emerge dalle intercettazioni, e la cui utilità probatoria potrebbe emergere in un secondo momento.

In secondo luogo, si è sottolineata la contraddittorietà della previsione, da un lato, di tale “requisito” e, dall’altro lato, della assenza di alcuna sanzione (vizio) nell’ambito del procedimento penale.

Esclusa, (per il principio di tassatività: art. 177 c.p.p.) ogni ipotesi di nullità, anche generale (art. 178 c.p.p.), deve essere escluso anche il vizio di inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.), o, almeno, ogni pratico effetto del suo riconoscimento.

È evidente, infatti, che il mancato utilizzo della registrazione irrilevante deriverebbe (a monte) dall’irrelevanza stessa, prima ancora che dalla violazione del divieto posto dal legislatore (e quindi dalla inutilizzabilità in senso tecnico).

L’art. 3 lett. E) d.lgs. 2017/2016 ha introdotto il comma 1-ter dell’art. 291 c.p.p., prevedendo che *“quando è necessario, nella richiesta sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate”*.

La novella introduce quindi un secondo “filtro” che incide direttamente sulla tecnica redazionale adottata nella richiesta del pubblico ministero (e, a cascata, del Giudice, come si vedrà), con riferimento, in particolare, alla prassi di inserire nella richiesta medesima (generalmente con la tecnica del “copia – incolla”) i brogliacci delle conversazioni intercettate e le relative (spesso lunghe) trascrizioni sommarie.

Il legislatore ha, quindi, introdotto un doppio vaglio affidato al pubblico ministero, consistente il primo nella necessità della riproduzione («Quando è necessario...»), ed il secondo finalizzato a ridurre la riproduzione medesima («sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate»).

La norma, indubbiamente finalizzata ad imporre un controllo stringente sulla disamina del materiale probatorio e sulla sua esposizione ai fini cautelari, introduce, in realtà, parametri (necessarietà, essenzialità) evanescenti ed estremamente opinabili che quindi possono dare adito ad interpretazioni di segno opposto.

Inoltre, anche in questo caso non è prevista una sanzione processuale a presidio del divieto.

Il sistema normativo sopra delineato, inoltre, non vieta che comunque il Pm, a sostegno della propria richiesta, depositi brogliacci poi non riprodotti nella richiesta cautelare.

Tali brogliacci saranno, quindi, comunque oggetto di deposito (art. 293, comma 3, c.p.p.) e quindi di “accesso” da parte delle parti (oltre che del Giudice), il che rende ulteriormente incoerente “vietare” a monte quello che sarà permesso a valle.

La norma poi presenta un ulteriore profilo di contraddittorietà se messa a confronto con la regola sopra vista prevista dall’art. 291, comma 1, che pone al richiedente pubblico ministero il limite (poco selettivo) della rilevanza – («limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti»), per cui ogni registrazione astrattamente e potenzialmente utile al decidente deve essere presentato al giudice – mentre con riferimento alla trasposizione su carta (ossia nella richiesta) del dato, introduce parametri ancora più restrittivi (necessarietà ed essenzialità) rispetto al precedente.

La norma si presta, poi, a prassi “pericolose”.

Pensiamo ai casi (molto frequenti nella prassi) di indagini caratterizzate da brogliacci riversati in numerosi “faldoni” posati sul tavolo del magistrato.

Ben si potrebbe ipotizzare il caso di un P.m. che ritenga una conversazione “rilevante” ai fini dell’adozione della misura cautelare, e quindi la presenterà doverosamente al giudice (art. 291, comma 1) ma poi, avvedendosi dei ben più stringenti limiti del comma *I-ter*, ben potrebbe (comodamente) evitare di riprodurre la conversazione (reputandolo non necessario, o comunque non essen-

ziale), limitandosi a darne atto nella richiesta sinteticamente secondo il proprio punto di vista, con ciò rendendo più difficile o più oscura (per il giudice e le parti) la comprensione dei fatti e/o delle richieste.

3. L'ordinanza del giudice

La novella del 2017 (d.lgs 216, art. 3 lett. F) ha modificato l'**art. 292 c.p.p.** con l'aggiunta del **comma 2 quater** "*quando è necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi, delle comunicazioni e conversazioni intercettate sono riprodotti soltanto i brani essenziali*".

La norma richiama quella appena sopra esaminata e pare illuminata dalla medesima esigenza di imporre al giudice (in questo caso) un obbligo di controllo e di verifica, in ultima sostanza un "limite", alla esposizione pedissequa e non ragionata e/o valutata delle comunicazioni e conversazioni intercettate ed evincibili dagli atti posti a fondamento della richiesta di misura cautelare.

Con riferimento proprio alla sopra vista prassi del 'copia-incolla', è quanto mai utile, ed attuale, richiamare il consolidato orientamento della Suprema Corte che, *in subiecta materia*, afferma la nullità dell'ordinanza genetica per mancanza di autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza (richiesta ex art. 292, comma 2, lett. *c-bis*, c.p.p.), in particolare riconducendola alla categoria delle nullità generali a regime intermedio che deve essere dedotta, a pena di decadenza, con la richiesta di riesame (cfr. per tutte Cass. Pen. III sez. 17.11.2021 nr. 41786).

Al giudice è, oggi, richiesto di fornire un'argomentata e sintetica interpretazione (ancor più quando è impiegato un linguaggio criptico o cifrato) delle conversazioni e comunicazioni poste dal P.m. a fondamento della richiesta, restando a carico della difesa la specifica prospettazione del travisamento della prova, da compiere mediante l'allegazione integrale – in sede di impugnazione – della conversazione e l'evidenziazione degli elementi a sostegno della doglianza.

In tale modo, la doverosa tutela della riservatezza della conversazione impiegata in sede cautelare per fondare l'accusa, che trova positivo riconoscimento nel nuovo art. 291, comma 1-*ter*, c.p.p., può essere coniugata con le necessità processuali, di compiuta illustrazione degli elementi indiziari e di controllo sulla logicità e completezza della motivazione, ferma restando la necessaria sinteticità del provvedimento cautelare che non deve più essere caratterizzato dalla alluvionale esposizione delle risultanze captative, ma che deve, invece, essere caratterizzato da una sintetica e ragionata esposizione delle risultanze di esse, fatte salve le particolarissima necessità di riportare, soltanto ove (assolutamente) necessario, uno specifico brano della intercettazione.

La recente modifica normativa degli artt. 291 e 292 c.p.p., oltre alla tutela della riservatezza, si inserisce nel solco di quelle riforme introdotte all'art. 546 c.p.p. dalla legge n. 103 del 2017, volte a migliorare dal punto di vista metodologico la redazione dei provvedimenti giudiziari, enfatizzando la concisione ed eliminando qualunque esposizione sovrabbondante e non necessaria.

Se pure la sentenza deve riportare, ex art. 546 c.p.p., «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata», si comprende bene che l'ordinanza cautelare non solo deve anticipare ed attenersi a tale indicazione, ma deve ancor più applicarla, evitando di riprodurre (come talvolta accade) pagine e pagine di intercettazioni che, oltre a essere di difficile lettura, possono essere condensate, per i fini propri del ragionamento giuridico, in poche sintetiche battute.

In sostanza, come hanno evidenziato i commentatori della novella, al giudice è richiesto di analizzare e commentare le risultanze captative, traendo da esse le necessarie valutazioni in termini di gravità indiziaria (o esigenze cautelari), queste sì ampiamente argomentate, allo scopo di consentire il doveroso controllo sull'attività decisionale che forma oggetto del provvedimento giudiziario.

Di tale linea metodologica occorre fare puntuale e specifica applicazione anche e soprattutto in fase cautelare, evitando inutili e verbose citazioni di intere conversazioni, limitando invece l'apparato espositivo alla sintetica esposizione delle risultanze delle captazioni, della loro interpretazione e delle conseguenze in un punto di gravità indiziaria che da esse il giudice intende trarre, evitando cioè, sia di riversare materiale che la legge impone di non riportare per intero (salvo che sia necessario), sia di rimettere al giudice della impugnazione il difficile compito, peraltro non consentito in sede di legittimità e comunque di fatto impossibile, di trarre egli stesso quelle conclusioni che invece doveva esporre il giudice per le indagini preliminari.

Del resto, la contestuale sollecitazione rivolta dall'art. 291, comma 1-ter, c.p.p. al Pubblico ministero a tenere un'analogha modalità di redazione della richiesta, se correttamente adempiuta e intesa, consente al giudice di compiere unicamente un'attività di controllo sulla interpretazione proposta e sulla rilevanza indiziaria degli elementi che si traggono dalla captazione, così ulteriormente valorizzando l'importante compito di procedere alla «autonoma valutazione» degli elementi d'accusa che la legge gli affida.

Si ripropongono, pertanto, anche in questa seconda “fase” le medesime criticità sopra viste.

Ciò che però non pare essere stato a sufficienza considerato, nell'introdurre tali norme, è il rischio che il provvedimento cautelare contenga e riporti conversazioni “monche”, succintamente (se non malamente) esposte, o semplicemente se ne offra una interpretazione molto difficilmente confutabile (quanto meno in prima battuta).

Si è giustamente evidenziato in dottrina come l'ansia di "riservatezza" rischi di violare beni di uguale se non maggiore spessore (quale quello della libertà individuale), e comunque di "far circolare" informazioni "filtrate" e quindi non genuine.

Va infatti letta la disposizione in esame con la disciplina, anch'essa oggetto della novella del 2017, relativa al regime della pubblicità del provvedimento cautelare (**art. 114 c. II c.p.p.**) che, in particolare, prevede il divieto di pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti da segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero sino al termine dell'udienza preliminare, ad eccezione, però, dell'ordinanza cautelare.

Il d.l. del 2019 non ha sul punto apportato alcuna modifica al comma 2 dell'art. 114 c.p.p.

L'art. 2, comma 1, lett. a) del d.l. n. 161 del 2019 ha, invece, introdotto una sensibile modifica del regime di pubblicazione degli atti.

Pur lasciando inalterato il regime di progressiva pubblicabilità degli atti non più coperti del segreto (commi 1-5), il d.l. ha introdotto, all'**art. 114, comma 2-bis, c.p.p.**, il divieto assoluto di pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* o 454 c.p.p.

Il carattere assoluto del divieto può agevolmente desumersi sia dall'avverbio "sempre" utilizzato dal legislatore (la norma prevede, infatti, che "*è sempre vietata la pubblicazione*") che dall'assenza di un rinvio all'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 114 (secondo cui "*Il divieto di pubblicazione cessa comunque quando sono trascorsi i termini stabiliti dalla legge sugli archivi di Stato ovvero è trascorso il termine di dieci anni dalla sentenza irrevocabile e la pubblicazione è autorizzata dal Ministro di grazia e giustizia*").

Tale divieto, dunque, introduce una deroga al principio sancito dal comma 7 di generale pubblicabilità del contenuto degli atti non più coperti dal segreto e si applica a tutte le intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* e 454 c.p.p.

La norma in esame, dunque, nell'operare un bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti, assicura preminenza al diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti dalle attività di captazione – senza operare alcuna distinzione in base alla loro eventuale posizione processuale (indagato, persona offesa o mero interlocutore) – rispetto al diritto all'informazione.

La *ratio* giustificatrice di tale preminenza accordata al diritto alla riservatezza può essere desunta dalla natura delle intercettazioni escluse dall'acquisizione e dalle loro peculiari caratteristiche (quali l'estraneità alle indagini, l'esecuzione delle operazioni in violazione di un divieto di legge o, infine, la pertinenza della conversazione alla sfera dei dati personali) e che giustificano la preminenza accordata alle esigenze della riservatezza rispetto all'eventuale interesse pubblico all'informazione.

Traendo quindi le conclusioni, la disciplina esaminata (artt. 114 c. II, 291, comma 1-ter, e 292, comma 2-ter, c.p.p.), con riferimento sia alla richiesta di misura cautelare che alla successiva ordinanza, oggi prescrive la riproduzione dei soli brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni quando ciò sia necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi.

Che si tratti ulteriori presidi a tutela del diritto alla riservatezza emerge dalla relazione illustrativa del d.lgs. n. 216 del 2017 che, sul punto, ha sottolineato come *“quest'ultima disposizione costituisca un significativo criterio di orientamento nella redazione degli atti attraverso i quali è altamente probabile che possano essere diffuse notizie sui contenuti intercettativi pur quando non siano di diretta pertinenza, nell'ambito dell'essenzialità, ai fatti oggetto di prova, beninteso di tipo indiziario”*.

In dottrina si è evidenziata la contraddittorietà della disposizione che prevede sì la pubblicazione dell'ordinanza cautelare evidentemente ritenuta fonte di “informazione ottimale” per l'opinione pubblica, con ciò, tuttavia, lasciando che siano divulgate informazioni non genuine, in quanto interpretate, dal giudice.

È però evidente che la *ratio* della novella sia proprio quella di “evitare” che i provvedimenti giudiziari siano veicolo per la divulgazione integrale, ossia non filtrata, dei risultati delle intercettazioni, e dunque, la loro riproduzione in essi deve presupporre una attività di selezione (sin dalla richiesta del P.m.), e di valutazione che sia necessaria per la dimostrazione dei gravi indizi di reato o delle esigenze di cautela; in ogni caso vanno riportati i soli passi salienti.

Le nuove norme, peraltro, sembrano introdurre una sorta raccomandazione per il pubblico ministero e per il giudice, priva di sanzione e, quindi, senza alcuna garanzia che non si perpetui la diffusione dei brani integrali.

Questo punto della riforma sembra evocare la delibera del Consiglio Superiore della Magistratura sulle buone prassi in tema di intercettazioni (Delibera n. 285/VV/2016 del 29 luglio 2016), che desumeva dal “sistema” la sussistenza di «un onere che potrebbe definirsi di “sobrietà contenutistica” nella redazione dei provvedimenti giudiziari, gravante sul pubblico ministero, ma ancor più sul gip con un fondamento deontologico o al più di dovere derivante dall'obbligo di correttezza e di lealtà nei confronti delle parti.

La norma sopra vista va poi letta insieme ad un'altra innovazione introdotta dalla novella del 2017 (art. 5 lett c), ossia il **comma 1 bis** aggiunto al comma 1 dell'art. 92 disp. att. c.p.p. che prevede che a seguito della adozione della ordinanza cautelare ed al momento della trasmissione del provvedimento al P.m. per l'esecuzione *“contestualmente sono restituiti al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 89 bis, gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili”*.

Si tornerà più avanti su questa disposizione, nella parte finale della presente relazione.

In questa si osserva come la norma introduca un ulteriore livello di tutela della riservatezza: da un lato, il pubblico ministero opera la selezione delle conversazioni e delle comunicazioni che ritiene rilevanti ai fini della richiesta della misura cautelare; dall'altro, il gip può valutare la fondatezza di tale apprezzamento, restituendo, dopo l'adozione della misura, ma prima del deposito degli atti, dunque in una fase in cui sono ancora coperti da segreto, i risultati delle intercettazioni che, benché trasmessi dal pubblico ministero, gli appaiono irrilevanti o inutilizzabili.

La verifica che l'art. 92 disp. att. c.p.p. demanda al giudice della cautela è limitata alle sole conversazioni espressamente sottoposte al suo esame dal pubblico ministero, in quanto da questi ritenute rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento richiesto.

Tale limitazione – oltre che dettata da ragioni di economia processuale – risponde anche all'esigenza di demandare la selezione sull'intero compendio delle intercettazioni solo all'esito dell'instaurazione del contraddittorio cartolare con la difesa dell'imputato, nelle forme di cui agli artt. 268 e 415-*bis* c.p.p., al di là di una eventuale “emersione” delle intercettazioni utilizzate in fase di richiesta cautelare.

Il sistema delineato dagli interventi riformatori in esame presuppone, infatti, che l'individuazione delle intercettazioni utilizzabili e rilevanti dovrebbe di regola avvenire al più tardi al termine delle indagini preliminari, mediante la procedura descritta all'art. 415-*bis* c.p.p.

È pur vero che, in base all'art. 268, comma 7, c.p.p., il giudice può disporre la trascrizione anche nella fase di formazione del fascicolo del dibattimento, ma tale previsione presuppone che la selezione del materiale utilizzabile e rilevante sia già correttamente avvenuta nelle forme previste dall'art. 268, comma 6, c.p.p.

Quanto detto comporta che, superato lo sbarramento dell'avviso di conclusione delle indagini ed a condizione che sia intervenuto il deposito delle intercettazioni, non sono formalmente previste ulteriori fasi incidentali finalizzate a dar luogo al contraddittorio tra le parti in ordine alle intercettazioni acquisibili, nel corso del quale far valere richieste di esclusione o di acquisizione di comunicazioni indebitamente inserite o pretermesse.

Da ultimo, si evidenzia come le disposizioni sub art. 291 e 292 c.p.p. non si prestano ad una lettura analogica rispetto agli omologhi atti che scandiscono la procedura applicativa delle misure cautelari reali.

Malgrado il sempre più rilevante impatto pratico del ricorso al sequestro preventivo, la lacuna alimenta la sensazione di un atteggiamento miope da parte di un legislatore sempre più raramente attento alle implicazioni di sistema.

4. Il deposito dell'ordinanza. I diritti delle parti

Il G.i.p., ai sensi dell'art. 293, comma 3, c.p.p., notificata o eseguita la misura cautelare, la deposita nella cancelleria insieme alla richiesta e agli atti presentati a sostegno della stessa, tra cui, come si è visto, i verbali delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni.

L'avviso di deposito è notificato al difensore, che ha diritto di esame e di copia anche dei verbali degli esiti delle intercettazioni.

Ai sensi del III comma (come modificato dalla legge di conversione 2020 nr. 1 del D.l del 2019) *“il difensore ha diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'articolo 291, comma 1. Ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni”*.

La novella interviene sulla disciplina relativa ai diritti della difesa in ordine all'esame ed all'estrazione di copia degli atti relativi alle intercettazioni, all'esito dell'ordinanza cautelare.

Com'è noto, la previsione originaria dell'art. 293 c.p.p. non disciplinava espressamente tali facoltà.

Il d.lgs. n. 216 del 2017 (art. 3 lett. g) aveva previsto per la difesa la possibilità di esaminare e di ottenere copia dei verbali oltre che alla trasposizione delle registrazioni (su supporto idoneo alla riproduzione), integrando in tal senso l'art. 293, comma 3, c.p.p.

Tale previsione era stata soppressa dal d.l. n. 169 del 2019 ed è stata ripristinata in sede di conversione, da un lato, eliminando l'effetto abrogativo e, dall'altro, sostituendo il comma III dell'art. 293 c.p.p. come sopra riportato.

La previsione in esame costituisce, in realtà, il recepimento di garanzie riconosciute dalla Corte costituzionale alla difesa dell'indagato sottoposto a misura cautelare.

Già con la sentenza nr. 192 del 1997 la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma III dell'art. 293 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà del difensore di estrarre copia, unitamente all'ordinanza applicativa della misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa.

La **sentenza n. 336 del 2008** la Corte Costituzionale aveva, poi, dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevede(va) che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la **trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni** di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

Il difensore dell'indagato, dunque, ha diritto di ricevere la **trasposizione, su supporto idoneo, delle registrazioni al fine di procedere all'ascolto diretto** e, quindi, di avere cognizione integrale delle stesse e non del solo verbale riassuntivo redatto dalla polizia giudiziaria.

Sul punto la Corte costituzionale ha chiaramente affermato come *«l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, c.p.p.), anche sommarie. È appena il caso di osservare che l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse. La qualità delle registrazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di "interpretazione" delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere. In ogni caso, risultano spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione. Non v'è dubbio che la trascrizione peritale dei colloqui costituisce una modalità di valutazione della prova più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia ed, a maggior ragione, la sintesi che può essere contenuta nei "brogliacci". Il perito è un esperto, dotato di apparecchiature specifiche, ed opera nel contraddittorio tra le parti, eventualmente per il tramite di consulenti. Lo stesso fornisce una trascrizione letterale, ma anche indicazioni ulteriori, quando necessarie (intonazione della voce, lunghezza di una pausa etc.), che possono incidere sul senso di una comunicazione. La trascrizione peritale può contenere anch'essa componenti interpretative, ma è garantita dalla estraneità del suo autore alle indagini e dal contraddittorio. È evidente che, in assenza della trascrizione effettuata dal perito, l'interesse difensivo si appunta sull'accesso diretto, tutte le volte in cui la difesa ritiene di dover verificare la genuinità delle trascrizioni operate dalla polizia giudiziaria ed utilizzate dal pubblico ministero per formulare al giudice le sue richieste. Si tratta proprio della fattispecie normativa oggetto del presente giudizio. La possibilità per il pubblico ministero di depositare solo i "brogliacci" a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell'indagato, se giustificata dall'esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può limitare il diritto della difesa ad accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale».*

La Consulta, pertanto, da un lato sdoganava la prassi di affiancare alla domanda cautelare i soli brogliacci di ascolto (prassi che troverà poi esplicito riconoscimento con la riforma del 2017) e, dall'altro lato, riconosceva l'obbligatorietà

del deposito delle bobine a vantaggio della difesa qualora quest'ultima ne avesse fatto espressa richiesta, con ciò stabilendo che l'ascolto diretto e la copia delle intercettazioni costituiva una facoltà difensiva non comprimibile (il che, ad es., spiega come mai numerosi commentatori avessero manifestato non poche perplessità e critiche all'indomani della "soppressione" *tout court* del comma III e IV dell'art. 293 c.p.p. da parte della novella del 2019, soppressione a sua volta "soppressa").

In proposito, è utile ricordare che la prova è costituita proprio ed esclusivamente dalle registrazioni dei colloqui (*ex multis*: Sez. 6, n. 13213 del 15/03/2016) e non tanto dalla loro trascrizione e ancor meno dalla eventuale sintesi che sia stata effettuata dalla polizia giudiziaria, e che il linguaggio verbale contiene una serie di indicazioni che, come la stessa Corte Costituzionale ha evidenziato nella citata sentenza, possono sfuggire a una puntuale trascrizione (tono di voce, pausa, incertezze, espressioni gergali, ecc.), sicché soltanto la loro diretta percezione può consentire di comprendere l'esatto significato della conversazione e comunque di evitare possibili errori derivanti dalla percezione o interpretazione di colui che ha effettuato la trascrizione, sovente in modo sintetico.

Va peraltro sottolineato come la decisione della Consulta – nel momento in cui circoscrive il diritto all'estrazione di copia magnetica delle registrazioni alle sole conversazioni e comunicazioni poste alla base del provvedimento restrittivo, e il cui contenuto è stato rivelato a seguito della loro presentazione da parte del pubblico ministero – legittima di fatto un singolare scarto di conoscenze, ponendo il giudice per le indagini preliminari in una condizione cognitiva paradossalmente più povera rispetto a quella assicurata tanto al pubblico ministero quanto al difensore della persona sottoposta alle indagini che abbia solertemente sfruttato la possibilità di accesso riconosciuta dal Giudice delle leggi.

La Corte non afferma, quindi, l'esistenza di un diritto difensivo di accedere all'intero compendio probatorio risultante delle captazioni fino a quel momento svolte, salvaguardando dunque la possibilità, per l'organo inquirente, di preservare il segreto investigativo (ed eventualmente di tutelare la riservatezza rispetto a conversazioni ininfluenti per l'accertamento) sul materiale a disposizione ma non inserito nel fascicolo *ex art.* 291 C.p.p..

Com'è noto, la sentenza costituzionale ha generato una cospicua serie di questioni interpretative e applicative ad es. in merito ai tempi della richiesta difensiva di accesso alle fonie (e relativa messa a disposizione da parte del pubblico ministero) e, soprattutto, alle conseguenze sanzionatorie nel caso di diniego all'accesso alle registrazioni eventualmente sollecitato dalla difesa.

Tali interrogativi sono stati affrontati dalla successiva giurisprudenza di legittimità, ed hanno trovato una risposta con la nota pronuncia delle **Sezioni Unite** 27.5.2010 n. 20300 (Lasala).

In particolare, le Sezioni Unite 20300/2010 hanno stabilito, in tema di riesame, che

a) la richiesta del difensore di accedere, prima del loro deposito ai sensi del comma IV dell'art. 268 c.p.p. alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cd. "brogliacci di ascolto", utilizzati ai fini della adozione del provvedimento cautelare, determina l'obbligo per il P.m. (esplicitamente indicato quale "autorità giudiziaria" cui spetta il rilascio della copia, trovandosi nella sua disponibilità materiale e giuridica i documenti in questione nella fase delle indagini ed essendo lui solo in grado di operare la "selezione" conseguente alla richiesta della difesa; cfr punto 7.2 ss motivazione) di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale *de libertate* (obbligo il cui inadempimento può dar luogo a responsabilità disciplinare o "*ove ne sussistano le condizioni di legge*" penale in capo al magistrato; ma la Corte ha precisato che proprio al fine di dar modo al magistrato di adempiere, la richiesta difensiva deve essere proposta nel rispetto delle scadenze temporale indicate dalle norme processuali; cfr. punto 7.7 motivazione). In altre parole, al diritto del difensore di accedere alle registrazioni corrisponde un obbligo del pubblico ministero di assicurarlo. La Corte Costituzionale del 2008, difatti, ha configurato tale diritto come "incondizionato", rilevando che "*le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria*". E proprio da tanto ha tratto la conclusione che la pregressa normativa, che tale accesso in quella fase e stato del procedimento non assicurava, ledeva il diritto di difesa costituzionalmente presidiato dall'art. 24 Cost., comma 2, ed il principio di parità delle parti nel processo sancito dall'art. 111 Cost., comma 2;

b) l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del p.m. nel consentire al difensore l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei brogliacci di ascolto dà luogo a **nullità di ordine generale a regime intermedio** ai sensi dell'art. 178 lett. C) c.p.p., in quanto determina un vizio del procedimento di acquisizione della prova che non inficia, però, l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio in sé considerati. In particolare la Corte (punto 7.11 motivazione) ha affermato che "*Ove al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, tanto non determina la nullità del genetico provvedimento impositivo, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della sua richiesta dal P.M.; non comporta la inutilizzabilità*

degli esiti delle captazioni effettuate, perchè questa scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271 c.p.p., comma 1; non comporta la perdita di efficacia della misura, giacchè la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302 e 303 c.p.p., art. 309 c.p.p., comma 10). Determina, invece, un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa e non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sè considerati. Esso comporta, quindi, una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178 c.p.p., lett. c), soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.». Come già evidenziato dalla dottrina, è proprio in tale opzione interpretativa (relativa, cioè, ai profili “sanzionatori”) che risiede uno degli aspetti più innovativi della decisione delle Sezioni unite che – dopo aver escluso che l'impedito accesso alle fonie possa sfociare nella nullità dell'ordinanza cautelare («legittimamente fondata sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della richiesta del pubblico ministero») o nella sua perdita di efficacia (che si realizza solo in ipotesi tassativamente previste dalla legge), e dopo aver altresì scartato che l'inerzia del pubblico ministero possa rendere inutilizzabili *tout court* le intercettazioni – riconducono alla violazione del diritto difensivo un vizio nel procedimento di acquisizione della prova;

c) qualora il vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309 c. IX c.p.p., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio *de libertate*. Il dato probatorio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato in forma cartacea è stato, sì, legittimamente considerato, al momento della emissione del provvedimento cautelare; ma, dovendo, poi, il tribunale del Riesame (ri)esaminare la sussistenza delle condizioni legittimanti quel provvedimento, la difensiva richiesta di accesso depriva quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tal senso formulata (ma la Corte ha precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare per le ragioni testè indicate non preclude al G.i.p. di accogliere una nuova richiesta cautelare, se corredata dal relativo supporto fonico).

In sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso. Deve condividersi, perciò, l'approdo cui è pervenuta la sentenza della Cass. Pen. II sez. 29.1.2010 nr. 4021 (in motivazione) secondo la quale “*gli atti di intercettazione sono in sè pienamente validi e potranno essere considerati elementi probatori non appena*

le difese avranno la concreta possibilità di prenderne cognizione diretta e non limitata agli schemi riassuntivi ed alle trascrizioni effettuate dalla p.g.”.

La soluzione interpretativa della Suprema Corte valorizza, quindi, il profilo delle conseguenze che la violazione di tale diritto difensivo determina e che sono individuate in «*un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa*» che non comporta cioè effetti sul risultato della prova, bensì una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'articolo 178, comma 1, lett. c), c.p.p. (la giurisprudenza fa anche riferimento a una cd. «inutilizzabilità a fini cautelari»: Cass. Pen. VI sez. Sez. 19.7.2019 n. 32391).

Laddove, quindi, la difesa abbia richiesto l'accesso alle registrazioni ma non le abbia di fatto ottenute, il giudice non potrà fondare la decisione sul contenuto di esse ai fini della emissione della misura, non essendo stato consentito alla parte la verifica della conformità delle trascrizioni alla effettiva registrazione dei colloqui.

Con riguardo, infine, alla modalità dell'esercizio del diritto di difesa, la giurisprudenza è divisa tra due orientamenti:

– il primo che, facendo leva sui tempi del rilascio ovvero sulla necessità che la richiesta della difesa sia esplicitamente finalizzata alla procedura di riesame (Cass. Pen., Sez. II, 16.11.2018 n. 51935), ha escluso la nullità del procedimento derivante dalla mancata tempestiva messa a disposizione di dette registrazioni in presenza di una richiesta di accesso a contenuto generico;

– il secondo che, ravvisando nell'istanza l'esercizio di un diritto incondizionato, ritiene che esso non possa essere disconosciuto a causa della mancata specificazione che l'istanza di accesso è finalizzata alla presentazione della richiesta di riesame in quanto tale indicazione rileva esclusivamente per la verifica della congruità del tempo impiegato per l'adempimento (Cass. pen. VI Sez. 20.12.2017 n. 56990).

Non bisogna, del resto, dimenticare che gli attuali strumenti tecnologici che vengono impiegati nelle attività di captazione consentono un facile accesso alle registrazioni, una banale operazione di duplicazione di esse e, in ultima analisi una comoda e pronta esportazione di esse e comunque un agevole ascolto.

Tale considerazione non è irrilevante allorquando si debba valutare della tempestività del rilascio della copia ovvero del congruo anticipo con il quale la difesa debba richiederla, riscontrandosi sul punto pronunce giurisprudenziali di diverso contenuto, ma verosimilmente indicative della acquisita consapevolezza che, trattandosi di operazioni tecniche abbastanza semplici, sembra irragionevole dilazionare eccessivamente il diritto di accesso del difensore (due giorni per Cass. pen. IV Sez 22.9.2017 nr. 43869; un giorno per Cass. pen. V sez. 4.10.2018 nr. 44150).

Pur restando, quindi, affidata al giudice di merito la valutazione dell'adeguatezza del termine per la richiesta di accesso e per il successivo rilascio di copia delle captazioni, sembra più aderente all'impostazione di fondo, come emerge dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, la seconda soluzione anche perché, da un lato, le moderne tecnologie consentono agevolmente di accedere ed estrarre copia dei tracciati e, dall'altro lato, nella prassi sovente accade che già a monte la richiesta di misura cautelare è stata attentamente predisposta dal P.m. mediante l'allegazione di copia degli atti in essa richiamati, con preliminare selezione delle registrazioni su cui si fonda la richiesta medesima.

I principi affermati dalle alte Corti sopra richiamati mantengono la loro attualità e validità anche a fronte delle modifiche normative del 2017 e del 2019-2020 sopra richiamate.

L'art. 293 c. III c.p.p. oggi in vigore consente al difensore il diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate e "in ogni caso" il diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni.

La norma senz'altro testimonia la consapevolezza dei compilatori circa le conseguenze potenzialmente invalidanti passibili di scaturire dal rapporto tra il diritto alla *discovery* e l'interrogatorio *ex art. 294 C.p.p.*.

Verosimilmente l'inciso "in ogni caso", individuando un preciso obbligo organizzativo da parte dell'organo inquirente tenuto a predisporre per tempo nella prospettiva di una richiesta difensiva di trasposizione, porterà verosimilmente al superamento delle questioni applicative sopra viste in ordine alla determinazione dei tempi della richiesta difensiva all'accesso e della relativa risposta da parte del pubblico ministero e, al tempo stesso, anticiperà giù in questa fase tutte quelle questioni relative al diritto di accesso alle registrazioni e di relativa copia che si sono viste sopra e che la giurisprudenza ha affrontato con riferimento alla fase (successiva) del riesame.

L'interpolazione operata direttamente sull'art. 293 C.p.p. porta, infatti, a ritenere che l'eventuale mancato rispetto di ciascuna delle prerogative stabilite dal precetto – che garantisce il diritto di copia dei verbali impiegati ai fini cautelari e quello alla trasposizione delle relative registrazioni – potrà manifestare i propri effetti invalidanti già in sede di interrogatorio di garanzia.

Sulla portata applicativa della norma (all'esito delle interpolazioni delle riforme del 2017 e del 2019) in dottrina si registrano due filoni interpretativi.

Una prima tesi riconosce il diritto di accesso (e di copia) – tanto ai verbali *ex art. 268, co. 2, C.p.p.* quanto alle conversazioni e le comunicazioni cui tali verbali si riferiscono – rispetto a *tutto* il materiale captativo allegato alla domanda cautelare: e dunque anche a quello ritenuto non rilevante, oltre che inutilizzabile, dal giudice sollecitato ad applicare la misura cautelare personale, e ciò alla luce del

testo della legge e della stessa “ratio” che consente un “controllo” difensivo più ampio attesi gli interessi in gioco e la stessa fase procedimentale.

Secondo tale opzione gli elementi probatori «di cui all’art. 291 C.p.p.» sono, quindi, tutti quelli inclusi nel fascicolo cautelare nel momento in cui l’istanza viene sottoposta al giudice e quindi “tutte” le comunicazioni o conversazioni intercettate allegate alla richiesta del P.m., indipendentemente dalla circostanza che siano state utilizzate e meno dal Giudice ed a prescindere dal successivo “stralcio” effettuato ai sensi dell’art. 92 c. I-*bis* disp. att. c.p.p.

Secondo altra opzione si sostiene che i diritti dell’art. 293 c. III c.p.p. sono esercitabili con riferimento alle sole conversazioni /comunicazioni utilizzate dal Giudice nel provvedimento applicativo, e ciò in aderenza alla *ratio* complessiva della riforma che è quella di evitare la propalazione di materiale inutilizzabile o irrilevante (e dunque inutilmente lesivo della riservatezza).

In questa prospettiva valorizzando il testo dell’art. 269 C.p.p. (secondo il quale oltre ai verbali e alle registrazioni acquisite al fascicolo delle indagini, «non sono coperti da segreto» anche quelli «*comunque utilizzati* nel corso delle indagini preliminari») ed intendendo il riferimento agli atti “utilizzati” nel corso delle indagini preliminari in modo restrittivo, il diritto difensivo alla trasposizione delle fonia viene quindi limitato alle sole intercettazioni effettivamente poste alla base dell’ordinanza cautelare (o comunque ritenute rilevanti e non inutilizzabili dal giudice).

In altre parole, sempre secondo tale opinione dottrinale, il difensore si vede garantiti i diritti menzionati dall’art. 293 co. 3 (e dunque quello all’accesso e alla copia dei verbali *ex art.* 268 co. 2 C.p.p., nonché il diritto alla trasposizione delle relative registrazioni) solo rispetto al materiale captativo utilizzabile e rilevante – l’unico che il pubblico ministero può allegare – *e che sia stato ritenuto tale* (utilizzabile e rilevante) anche dal giudice destinatario della domanda cautelare.

Secondo tale interpretazione, il nuovo art. 293 co. 3 C.p.p. risulterebbe coerente con la volontà, manifestata dal pubblico ministero, di preservare il segreto investigativo sugli atti “a carico” non presentati insieme alla richiesta, conformemente con quanto previsto nell’ultima parte dell’art. 269 co. 1, che in via generale assicura il diritto all’ascolto delle intercettazioni presso l’archivio digitale solo una volta avviata la procedura acquisitiva, e non prima.

In definitiva, alla difesa dell’imputato sarebbe riconosciuto il diritto alla trasposizione e (prima) all’ascolto (presso l’archivio digitale) delle sole comunicazioni che siano passate per il duplice vaglio di cui agli artt. 291 e 292 C.p.p. (svolto rispettivamente dal pubblico ministero e dal giudice).

Al di là della interpretazione che si accoglie, questa facoltà è comunque diversa rispetto al procedimento “ordinario” previsto dall’art. 268 c.p.p. nel quale i

difensori hanno sì diritto ad “*esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche*”, anche ottenendo copia dei verbali delle operazioni, ma – oltre alla “*trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire*” disposta dal Giudice, all’esito del procedimento di “stralcio” e con le forme, i modi e le garanzie previsti per l’espletamento delle perizie (con successivo inserimento nel fascicolo per il dibattimento) – possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto e (in caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche”, copia su idoneo supporto dei flussi intercettati ovvero copia della stampa prevista dal comma 7), esclusivamente con riferimento alle comunicazioni e conversazioni oggetto del provvedimento (selettivo) di acquisizione emesso dal giudice.

I difensori possono accedere ed ascoltare (art. 269 c.p.p.) le altre conversazioni/comunicazioni con apparecchio a disposizione dell’archivio riservato ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi.

L’art. 89-bis disp. att. c.p.p. prevede, infatti, al comma IV che “*i difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell’archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268, 415-bis e 454 del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia*”.

A conclusione e per completezza di trattazione, con riferimento ai **decreti autorizzativi e relative proroghe**, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che se i decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche non sono allegati alla richiesta del P.M., la successiva omessa trasmissione degli stessi al Tribunale del riesame a seguito di impugnazione del provvedimento coercitivo non determina l’inutilizzabilità, né la nullità assoluta ed insanabile delle intercettazioni, salvo che la difesa dell’indagato abbia presentato specifica e tempestiva richiesta di acquisizione, e la stessa o il giudice non siano stati in condizione di effettuare un efficace controllo di legittimità (tra le molte Cass. pen. Sez. 6., n. 7521 del 24/01/2013 in motivazione, e secondo la quale “*ove il P.M. non abbia presentato al GIP i decreti autorizzativi delle intercettazioni, la mancata trasmissione al tribunale, nel termine prescritto, di detti decreti non comporta l’inefficacia sopravvenuta dell’ordinanza cautelare, ma solo l’inutilizzabilità delle intercettazioni, sempre che i decreti stessi, a seguito di specifica e tempestiva richiesta del difensore, non siano stati acquisiti agli atti, prima della decisione, dal giudice del riesame, con possibilità del giudice e del difensore dell’indagato di effettuare un efficace controllo di legittimità*”.

L'orientamento si è affermato in termini consolidati fin da Cass. Pen. I sez., 9.1.2001 n. 800, secondo la quale *«la perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone una misura coercitiva, ai sensi dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., ha luogo solo nel caso di mancata trasmissione al tribunale del riesame di tutti gli atti a suo tempo presentati al g.i.p. "ex" art. 291 stesso codice. Ne consegue che, ove il P.M. non abbia presentato al g.i.p. i decreti autorizzativi delle intercettazioni, la mancata trasmissione al tribunale, nel termine prescritto, di detti decreti non comporta l'inefficacia sopravvenuta dell'ordinanza cautelare, ma solo l'inutilizzabilità delle intercettazioni, sempre che i decreti stessi, a seguito di specifica e tempestiva richiesta del difensore, non siano stati acquisiti agli atti, prima della decisione, dal giudice del riesame, nel qual caso si consente al giudice e al difensore dell'indagato di effettuare il controllo di legittimità»* (a tale pronuncia hanno fatto seguito: Sez. 6, n. 6 del 02/10/2003 dep. 2004; Sez. 4, n. 4207 del 08/11/2005 dep. 2006; Sez. 6, n. 7521 del 24/01/2013; da ultimo Sez. 4, n. 18802 del 21/03/2017 e sez. 6 21.7.2020 nr. 21872).

L'inutilizzabilità delle intercettazioni discende dall'assenza delle autorizzazioni o dalla violazione delle disposizioni che ne disciplinano i presupposti, ma non dalla sola mancata trasmissione al Gip, essendo onere della parte che voglia verificarne e legittimità chiederne l'acquisizione al P.M. o, eventualmente, al Tribunale per il riesame.

Ancora di recente si è ribadito che, nel caso in esame, se il Tribunale lo ritiene necessario su richiesta della parte o di ufficio, tali decreti possono essere acquisiti senza peraltro la necessità del rispetto del termine libero di tre giorni, perché, con riguardo al termine, non si tratta di tutelare il contraddittorio con riguardo ad atti avente funzione probatoria, ma unicamente di consentire la verifica di legittimità della prova già versata nel giudizio cautelare (Sez. 4, n. 18802 del 21/03/2017, Semilia, Rv. 269944; Sez. 6, n. 7521 del 24/01/2013, Cerbasio, Rv. 254586; Sez. 3, n. 19101 del 07/03/2013, D., Rv. 255117).

È utile ricordare che la soluzione non è diversa quando si tratta di intercettazioni provenienti da un diverso procedimento, anche se la giurisprudenza sembra orientata ad escludere la necessità di acquisire la documentazione formale, salvo che vi sia una specifica contestazione da parte della difesa (Sez. 2, n. 30815 del 26/04/2012 ha affermato che: «Sono utilizzabili, ai fini cautelari, i risultati delle intercettazioni telefoniche, disposte a seguito di captazione eseguita in diverso procedimento, di cui non sia stato acquisito l'originario provvedimento autorizzativo, né sia stato effettuato alcun deposito ex art.270 c.p.p., in quanto le risultanze dell'intercettazione del procedimento *a quo* influiscono sulle autorizzazioni relative al procedimento *ad quem* come mero presupposto di fatto, incidente sulla motivazione dei successivi, autonomi provvedimenti autorizzativi solo sotto il profilo della loro rilevanza ai fini della verifica dei gravi indizi di reato, richiesta

dall'art.267, comma primo, c.p.p., mentre il deposito di cui all'art.270, comma secondo, c.p.p. – da effettuarsi con le modalità previste dall'art.268, commi 6 e 8, c.p.p. – non rileva, a pena di inutilizzabilità, nel corso delle indagini preliminari, trattandosi di adempimento che può essere legittimamente procrastinato per esigenze investigative, non oltre il termine delle indagini stesse, ex art.268, comma quinto, c.p.p., fermo restando che, ove la parte richieda una verifica al riguardo, il giudice di merito è tenuto ad effettuarla in via incidentale»; Cass. pen. II sez. 27.7.2012 nr. 30815).

In conclusione, schematicamente:

- i decreti di autorizzazione devono essere necessariamente trasmessi se già presenti nel fascicolo della richiesta di misura cautelare;
- al di fuori tale ipotesi non è necessario trasmettere il decreto di autorizzazione ma il giudice, se richiesto dalla parte, (o se abbia dubbi lui stesso) è tenuto a chiedere la acquisizione;
- non si è in presenza di atti con funzione probatoria per cui non vi è necessità di riconoscimento del termine di tre giorni previsto ai fini della difesa rispetto al materiale probatorio.

5. Procedimento di stralcio “cautelare”

La riforma “ORLANDO” aveva introdotto, e disciplinato, un meccanismo “speciale” di acquisizione delle conversazioni ed intercettazioni, in particolare secondo il combinato disposto dell'art. 268 *ter* c.p.p. e dell'art. 92-*bis* disp. att. c.p.p.

L'alternatività di tale modalità di acquisizione (rispetto al meccanismo ordinario dello “stralcio”) era affermata sin dall'inizio della norma che prevedeva, al comma I, il principio secondo il quale *“L'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate, nel corso delle indagini preliminari, per l'adozione di una misura cautelare e' disposta dal pubblico ministero, con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5”* (ossia il fascicolo del P.m.), ed al comma II, secondo il quale la ricorrenza dell'ordinario procedimento di stralcio operava *“fuori dai casi di cui al comma 1”*.

Si è poi già visto che il Giudice può restituire al P.m. (per la conservazione nell'archivio riservato) le conversazioni ritenute non rilevanti o inutilizzabili ai fini della adozione della misura cautelare (art. 92 *bis* disp. att. c.p.p.).

Il combinato disposto di queste due norme di fatto delineava un meccanismo (anticipato) di ‘stralcio’ che poteva attivarsi (nel caso il Giudice avesse deciso di procedere ai sensi dell'art. 92-*bis* disp. att. c.p.p.) in sede cautelare, al di fuori del contraddittorio con i difensori, in una fase ancora “segreta” delle indagini, e che aveva ad oggetto conversazioni e comunicazioni intercettate e sottoposte all'attenzione del Giudice e ritenute non rilevanti o inutilizzabili.

Il materiale scaturito dalle intercettazioni unito alla domanda cautelare, se ritenuto rilevante e utilizzabile dal giudice destinatario dell'istanza, era destinato a confluire nel fascicolo delle indagini preliminari; viceversa, quello ritenuto non tale era "spedito" all'archivio riservato.

L'importanza e la delicatezza della valutazione cui è chiamato il giudice investito della domanda *ex art. 291 C.p.p.* aveva, evidentemente, indotto il legislatore del 2017 a valorizzare questo momento procedimentale per un vaglio non circoscritto ai soli fini cautelari, ma anche (sebbene non in modo definitivo e completo) per stabilire una suddivisione tra materiale acquisito e materiale destinato all'archivio poiché ritenuto irrilevante o inutilizzabile dal giudice della cautela.

Peraltro, come sopra visto, in dottrina non è unanime la tesi che ipotizza, in capo alla difesa, un diritto di accesso 'indiscriminato' (con diritto di copia) a tutte le comunicazioni e conversazioni (art. 293 c. III c.p.p.), e quindi la possibilità per il difensore di sollecitare la sottrazione e/o l'aggiunta di conversazioni ritenute rilevanti (dalla difesa), soprattutto in vista della fase di gravame sul provvedimento cautelare.

In ogni caso, tale disciplina aveva sollevato non poche critiche sia per la impraticabilità (trattandosi di operazione che richiede tempo e fatica), sia, soprattutto, per il dubbio che per il P.m. fosse poi possibile richiedere con la procedura ordinaria di stralcio "ordinaria" le conversazioni "restituite" dal Gip ai sensi dell'art. 92-*bis* disp. att. (e che avrebbero dovuto subito essere conferite nell'archivio riservato), soprattutto quelle ritenute dal GIP "non rilevanti" e nel caso che il Pm non fosse stato d'accordo con il giudizio operato dal Gip (diversamente, si ammetteva pacificamente la possibilità di indicarle ugualmente qualora la "rilevanza" della conversazione fosse emersa in un secondo momento per gli sviluppi dell'indagine).

E poiché l'art. 269 c.p.p. consentiva (e consente) la possibilità per le parti di richiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite dal Giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione, a tutela della riservatezza, poteva profilarsi la possibilità di una irrevocabilità "di fatto" della decisione del giudice della cautela, per intervenuta (nel frattempo) distruzione della registrazione già esclusa dal GIP.

Questo sistema, comunque, è stato superato dall'intervento legislativo del 2019 che ha abrogato la disposizione sopra richiamata (art. 2 lett. Q decreto legge 161/2019, approvato in sede di conversione *ex lege* 7/2020), e che ha "riscritto" il procedimento di "stralcio" delle conversazioni (oggi disciplinato art. 268 c. VI-VII c.p.p.), risolvendo i delicati problemi interpretativi (ed applicativi) circa i poteri del Giudice e del Pm (in questa fase) nella selezione delle conversazioni e comunicazioni, e circa la natura "vincolante" o meno di tale selezione (che comunque tuttora spetta, in prima battuta, al GIP della cautela).

La discovery cautelare, pertanto, non incide sul potere del p.m. di richiedere (all'esito delle operazioni e/o delle indagini ex art. 268 c. IV e V c.p.p.) al giudice l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni secondo il procedimento previsto dall'art. 268 c. VI ss c.p.p. e la verifica che l'art. 92 disp. att. c.p.p. demanda al giudice della cautela – limitata alle sole conversazioni espressamente sottoposte al suo esame dal pubblico ministero, in quanto da questi ritenute rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento richiesto – appare improntata a mere ragioni di economia processuale ed alla *ratio legis* di demandare comunque la selezione sull'intero compendio delle intercettazioni in un secondo momento e, soprattutto, all'esito dell'instaurazione del contraddittorio (cartolare) con la difesa dell'imputato, nelle forme di cui agli artt. 268 e 415-*bis* c.p.p.

Infatti, sebbene il comma 1 *bis* dell'art. 92 disp. att. c.p.p. continui ad affidare al giudice della cautela il compito di restituire al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 89 *bis* disp., att. c.p.p., gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute non rilevanti o inutilizzabili, l'abrogazione dell'art. 268 *ter* (e dunque anche del suo primo comma) assegna alla disposizione attuativa un significato distante da quello originario e, soprattutto, consente oggi di affermare che l'eventuale cernita del giudice non costituisca più un antecedente logico-giuridico vincolante per l'acquisizione del materiale captativo al fascicolo delle indagini.

Tabulati, log, pedinamenti informatici e localizzazioni: il quadro alla luce del d.l. 132/2021

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le indicazioni del d.lgs. n. 259 del 2003. – 3. Il d.l. 30 settembre 2021, n. 132. – 4. L'acquisizione dei tabulati. – 5. La disciplina dell'inutilizzabilità. – 6. I presupposti per l'acquisizione. – 7. La disciplina dell'art. 226-*bis*, comma 4, disp. att. c.p.p. – 8. Le informazioni contenute nei tabulati. – 9. La disciplina dei traffic data.

1. Premessa

Con il d.l. 30 settembre 2021, n. 132 il legislatore ha fatto un significativo passo nella revisione di un segmento importante delle cd. “indagini tecniche”, includendosi in tale categoria quelle che, fondate su strumentazioni di carattere tecnologico, presentano la caratteristica di incidere significativamente nella sfera della riservatezza del soggetto che ne sia destinatario.

La revisione risulta allo stato limitata alla sfera delle intercettazioni e della acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico, vale a dire alla tutela del diritto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, garantito dall'art. 15 della Costituzione, quale aspetto del più generale diritto alla riservatezza. Essa non si estende ad altre attività investigative, pure capaci di incidere significativamente sul diritto alla riservatezza, tra le quali va inclusa la materia della videosorveglianza, che pure ha acquisito nel tempo una sempre maggiore rilevanza quale mezzo per l'accertamento dei reati e la scoperta dei loro autori.

Questa revisione legislativa si è articolata secondo direttrici diverse.

Con riferimento alle intercettazioni, essa ha riguardato, principalmente la pubblicità del contenuto delle captazioni subordinando la possibilità di acquisirle al fascicolo delle indagini preliminari al requisito della loro *rilevanza* ai fini della dimostrazione della fondatezza (o della infondatezza) della prospettazione accusatoria, senza alcuna restrizione dell'ambito di ricorso a tale strumento investigativo ed anzi con un sostanziale allargamento dello stesso, attraverso l'estensione della possibilità di procedere ad intercettazioni per tutti i delitti aggravati ai sensi dell'art. 416-*bis*.1 c.p. ed attraverso una nuova di-

disciplina delle intercettazioni mediante l'inserimento di captatore informatico in un dispositivo elettronico portatile che – salvo taluni oneri di motivazione rafforzata – ha implicato il superamento dei limiti della cd. *sentenza Scurato* e la sostanziale parificazione della disciplina prevista per i delitti di criminalità mafiosa e terroristica e per i più gravi delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

In senso restrittivo, invece, si è sviluppata la revisione della normativa concernente l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico, che non solo è stata limitata alla necessità di accertare reati di maggiore gravità ma soprattutto è stata subordinata ad un provvedimento autorizzatorio del giudice, evidentemente finalizzato alla verifica dei presupposti stabiliti dalla legge per il ricorso a tale strumento di investigazione.

Si è trattato di un processo di revisione legislativa che, al netto di sbavature di carattere tecnico, non può che essere guardato con favore, residuandone meccanismi di formazione della prova che, seppur appesantiti rispetto alla precedente disciplina, risultano caratterizzati da una sostanziale razionalità e da oggettiva funzionalità, essendosi evitata, ad esempio, l'omissione in cui, in una delle periodiche riforme dell'art. 132 del d.lgv. 196/2003, incorse il legislatore allorquando, con l'art. 3 del d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, che pure riconosceva al giudice il potere di emettere il decreto di acquisizione dei *dati relativi al traffico telefonico*, omise di prevedere un corrispondente provvisorio potere del pubblico ministero per i casi di urgenza.

D'altra parte, la complessiva revisione del regime processuale delle indagini tecniche in esame è stata imposta dall'inarrestabile e probabilmente inatteso sviluppo tecnologico che le ha caratterizzate negli ultimi anni e che ha reso la disciplina codicistica originaria letteralmente superata dagli eventi.

La possibilità di sostenere il mantenimento della prevalenza dell'interesse dello Stato alla repressione dei reati rispetto al diritto alla riservatezza presupponeva, in altri termini, una completa rivisitazione della disciplina dei mezzi di ricerca della prova capaci di incidere su tale diritto, a garanzia, in primo luogo, dei soggetti diversi dall'imputato coinvolti nelle sue conversazioni.

Le oggettive complicazioni procedurali conseguenti al nuovo quadro legislativo e, per quanto riguarda l'accesso ai dati di telefonia, la restrizione dei casi in cui esso è consentito corrispondono, pertanto, alla esigenza di mantenere la possibilità di un ampio ricorso a tali tipi di indagine tecniche, tanto più se si tien conto di come l'evoluzione degli strumenti di captazione e di acquisizione dei dati sia stata accompagnata dal miglioramento della capacità di analisi di questi ultimi.

2. Le indicazioni del d.lgs. n. 259 del 2003

È da rilevare che, ai sensi del decreto 28 dicembre 2017, recante *Disposizioni di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie di cui all'art. 96 del d.lgs. n. 259 del 2003*, costituiscono prestazioni obbligatorie degli operatori di telecomunicazione:

a) il *tracciamento*, ovvero la fornitura di dati o informazioni correlati alle chiamate, prodotte in presenza di una comunicazione attiva, e comprensive – per la rete mobile – delle indicazioni geografiche di riferimento relative agli impianti di rete impegnati, con livello di dettaglio pari alla cella;

b) la *localizzazione*, ovvero la fornitura di dati o informazioni concernenti le posizioni geografiche di riferimento relative alla identità tecnica assegnata al bersaglio dalla rete, mediante piattaforma di localizzazione o mediante traffico per cella. La rilevazione dei dati relativi alla localizzazione del bersaglio, con indicazione della data e dell'orario, deve avvenire in tempo reale, anche in assenza di eventi di traffico o di mobilità dell'utente;

c) la *documentazione del traffico*, ovvero la fornitura della documentazione completa relativa al traffico storico pregresso di tipo telefonico e di tipo telematico.

L'art. 132 d.lgs. 196/2003 disciplina, in via generale, la durata della **conservazione** dei dati relativi al traffico informatico e telematico, stabilendola in ventiquattro mesi dalla data della comunicazione per quanto riguarda il traffico telefonico e in dodici mesi, per quanto concerne il traffico telematico, mentre i dati relativi alle chiamate senza risposta sono conservati per trenta giorni.

Peraltro, l'art. 24 della legge 20 novembre 2017, n. 167 stabilisce che, in deroga a tale criterio generale, per le finalità dell'accertamento e della repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lettera a), c.p.p. il termine di conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nonché dei dati relativi alle chiamate senza risposta è stabilito in settantadue mesi.

È evidente, pertanto, che il fornitore dei servizi, non potendo prevedere le richieste che gli perverranno in futuro, per adempiere ai suoi obblighi di conservazione, deve custodire in ogni caso tutti i dati di traffico per il termine massimo di settantadue mesi.

Quanto all'accesso a tali dati, la materia risulta disciplinata, a livello unionale, dall'art. 15 della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e, a livello nazionale, dall'art. 132 del d.lgs. 196/2003.

Su tale materia, la Grande Camera della Corte di Giustizia Europea si era già pronunciata in numerose occasioni prima del 2.3.2021.

Essa aveva infatti puntualizzato la necessità di chiare regole disciplinanti l'accesso ai dati di cui disponevano i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche che garantissero un principio di proporzionalità, limitando l'ingerenza allo stretto necessario attraverso la fissazione di requisiti minimi che consentissero alle persone di proteggere i propri dati personali dal rischio di abusi, prevedendo le condizioni sostanziali e procedurali che disciplinano utilizzo degli stessi. La Corte aveva stabilito che l'accesso, in linea di principio, può essere consentito, in relazione all'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un **illecito grave**, consentendo l'accesso ai dati di altre persone solo eccezionalmente, in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo.

Soprattutto, aveva affermato la necessità che il controllo preventivo richiedesse attribuzioni tali da garantire un temperamento tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità ed i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso, riconoscibili in capo ad un giudice o ad un'entità amministrativa indipendente dotata di uno *status* tale da permetterle di agire nell'assolvimento dei propri compiti in modo obiettivo e imparziale ed al riparo da qualsiasi influenza esterna (si vedano, in proposito, le sentenze della Corte giust. U.E., Grande Camera, 21.12.2016, *Tele2 Sverige e Watson e al.*, cause C-203/15 e C-698/15 nonché 6.10.2020, *La Quadrature du Net e al.*, cause C-511/18, C-512/18 e C-520/18).

A fronte di tali pronunce la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto conforme al diritto dell'unione europea la disciplina dell'art. 132 del d.lgs. 196/2003, nella parte in cui attribuiva al pubblico ministero, anziché al giudice, il potere di acquisire i dati, ritenendo che il termine "giudice" non dovesse essere inteso in senso stretto, ma dovesse coincidere con il concetto di "autorità giudiziaria", che pacificamente ricomprende anche la figura del pubblico ministero, in considerazione dell'indipendenza istituzionale, che nel sistema italiano, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti europei, caratterizza anche la magistratura, requirente (Cass., Sez. III, sentenza n. 36380/2019).

Del pari, aveva osservato che, sebbene la disciplina prevista dall'art. 132 d.lgs. n. 196 del 2003, non limitasse la possibilità di acquisizione dei dati alle indagini relative a reati particolarmente gravi, predeterminati dalla legge, fosse tuttavia compatibile con il diritto sovranazionale in tema di tutela della privacy, desumendosi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia solo la necessità della proporzione tra la gravità

dell'ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata, che l'accesso ai dati comporta, e quella del reato oggetto di investigazione, in base ad una verifica che il giudice di merito doveva compiere in concreto (Cass., sez. III, sentenza n. 48737/2019).

È in questo quadro che è intervenuta, con portata evidentemente dirompente, la ulteriore sentenza della Grande Camera della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 2 marzo 2021, che ha fugato ogni dubbio affermando che il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo, peraltro preventivo, deve soddisfare impone che essa abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, e che pertanto non sia coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi, avendo una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale. E precisando, altresì, in maniera del tutto esplicita, che ciò non si verifica nel caso di un pubblico ministero che dirige il procedimento di indagine ed esercita, se del caso, l'azione penale, pur se questi sia tenuto a verificare gli elementi a carico e quelli a discarico dell'indagato ed a garantire la legittimità del procedimento istruttorio.

Inoltre la Grande Camera ha affermato che, per soddisfare il requisito di proporzionalità, la normativa nazionale che stabilisce le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati di cui essi dispongono deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissare dei requisiti minimi per la sua ammissibilità, individuati nella finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, nell'ambito di procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

Ne derivava la chiara illegittimità, rispetto al diritto dell'Unione, della disciplina di cui al d.lgs. 196/2003, con evidenti problemi di tenuta dei provvedimenti adottati quantomeno a far data dal 2 marzo 2021, dato il principio, pacificamente ammesso dalla giurisprudenza costituzionale, della immediata applicabilità, pur in presenza di incompatibili statuizioni della legge ordinaria dello Stato, delle direttive dell'Unione Europea e delle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia (Corte cost., sentenza n. 113/1985).

3. Il d.l. 30 settembre 2021, n. 132

Il d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 23 novembre 2021, n. 178, risponde alla esigenza di recepire i dettami della sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2021, subordinando la possibilità di accesso

ai dati relativi al traffico telefonico/informatico e ai dati relativi all'ubicazione delle apparecchiature terminali adoperate dall'utente di un mezzo di comunicazione elettronica alla sussistenza dei seguenti presupposti:

a) sussistenza di sufficienti indizi di reato per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni (o dei reati di minaccia o di molestia o disturbo alla persona, quando la minaccia, la molestia ed il disturbo siano gravi);

b) rilevanza dei dati da acquisirsi per l'accertamento dei fatti.

Quanto al presupposto della sufficienza indiziaria, che – come per le intercettazioni – va riferita alla sussistenza di un reato e non alla colpevolezza, è da osservarsi come il legislatore abbia attenuato, con riferimento al regime di acquisizione dei dati in esame, il grado del regime di tutela della riservatezza valido per le intercettazioni telefoniche, per le quali è prevista, in via ordinaria, la necessità della sussistenza di *gravi* indizi di reato, evidentemente in considerazione della minore invasività del mezzo sul bene tutelato.

Resta peraltro ferma la necessità che la richiesta di autorizzazione al giudice (o il decreto emesso in via di urgenza), enunci con chiarezza i fatti in relazione ai quali si intenda procedere alla acquisizione dei dati e indichi gli elementi che fanno ritenere sufficientemente fondata, sul piano indiziario, l'ipotesi di reato.

Nel caso in cui si tratti di reato la cui perseguibilità è subordinata ad una condizione di procedibilità, occorrerà, inoltre, dare atto della stessa, salvo la necessità che l'acquisizione, ai sensi dell'art. 346 c.p.p., sia finalizzata ad assicurare le fonti di prova. Il che potrà ravvisarsi sia nel caso in cui nel termine per l'intervento della condizione di procedibilità il dato risulti non più acquisibile (come, ad esempio, può frequentemente avvenire per le chiamate senza risposta) sia nell'ipotesi in cui questo sia funzionale allo svolgimento di ulteriori e diverse attività investigative.

Per quanto riguarda le ipotesi in cui si ritiene ammissibile l'acquisizione dei dati, è da osservarsi come il legislatore abbia inteso adottare in via generale, del resto conformemente a quanto imposto dalla giurisprudenza dell'Unione europea, un criterio astratto, facendo riferimento ai limiti edittali, individuati con riferimento alla pena massima, determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p.

Si è ritenuto, conseguentemente, adottare un criterio più ampio (almeno in generale) rispetto a quello adottato per le intercettazioni, anche in questo caso per la minore invasività dello strumento rispetto al diritto alla segretezza delle comunicazioni, coincidente con quello considerato, ai fini della emissione del M.A.E., dalla decisione quadro 2002/548/GAI.

Restano tuttavia fuori dell'ambito di applicazione della fattispecie alcune ipotesi nelle quali l'acquisizione dei dati di telefonia si presenta come strumento imprescindibile di indagine. Si pensi (e la elencazione non è esaustiva) alle ipotesi di rivelazione colposa di segreto di ufficio (art. 326, comma 2, c.p.), di rivelazione

di segreti inerenti ad un procedimento penale (art. 379-*bis* c.p.), di commercio di prodotti con segni falsi (art. 474, comma 2, c.p.), di vendita di prodotti industriali con segni mendaci (art. 517 c.p.).

Perplessità non indifferenti, inoltre, desta il riferimento al requisito della *gravità* per i reati di minaccia, violenza e disturbo, che trova un addentellato solo con riferimento all'art. 612 ed alla elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia, mentre è assolutamente nuovo con riferimento alla contravvenzione di cui all'art. 660 c.p.

Ciò, soprattutto, in considerazione della circostanza che esso non è richiesta per l'effettuazione di intercettazioni, con la conseguente ammissibilità, per fatti meno gravi, di attività ben più invasive di quelle relative alla ricostruzione del traffico telefonico.

Dovrà essere approfondita, inoltre, in via interpretativa, la questione relativa alla ammissibilità dell'accesso ai dati di cui all'art. 132 d.lgs. 196/2003 nella ipotesi in cui si proceda per un reato complesso non rientrante nei limiti edittali presi in considerazione dalla disposizione, laddove la minaccia (anche grave) ne sia elemento costitutivo (si pensi, ad esempio, al delitto di cui all'art. 393 c.p.).

Resta comunque ferma la necessità che il decreto autorizzativo sia motivato, non soltanto con riferimento alla sussistenza degli indizi di reato ma anche quanto all'ulteriore presupposto della rilevanza per l'accertamento dei fatti, che peraltro – a differenza delle intercettazioni – non va intesa né nel senso di indispensabilità né in quello di necessità, ma quale proficuità/opportunità dell'esame dei dati ai fini dell'ulteriore prosecuzione delle indagini. Occorrerà, pertanto, indicare le esigenze investigative a fondamento dell'acquisizione, ma soprattutto, il requisito della rilevanza circoscriverà l'ambito temporale – da contenersi comunque nel termine di conservazione imposto dalla legge – entro il quale l'acquisizione sarà ammissibile.

Da osservarsi, in proposito, come opportunamente, in sede di conversione del decreto legge, il requisito della rilevanza ai fini della prosecuzione delle indagini sia stato sostituito con quello della rilevanza ai fini dell'accertamento dei fatti, così da eliminare ogni dubbio in ordine al fatto che l'acquisizione non sia limitata alla fase delle indagini preliminari ma possa intervenire anche successivamente, ad esempio in corso di dibattimento, conclusione che trova conferma, d'altro canto, nella circostanza che il potere di richiesta al giudice può essere esercitato, oltre che dall'indagato, dall'imputato e dalle altre parti del processo.

4. L'acquisizione dei tabulati

Con riferimento al procedimento acquisitivo, va evidenziato, preliminarmente, che il legislatore ha parificato, per quanto concerne la possibilità di

acquisizione dei dati, la posizione del pubblico ministero e delle parti e del loro difensore, riconoscendo loro il potere di avanzare la relativa richiesta al giudice. Infatti, in sede di conversione del d.l., il legislatore ha eliminato la apparente dicotomia esistente tra il comma 3 ed il comma 3-*bis* dell'art. 132, escludendo – tanto nella procedura ordinaria che in quella di urgenza – che l'acquisizione possa avvenire attraverso un decreto del giudice, al quale è da riconoscersi, conseguentemente, unicamente una funzione autorizzatoria, eventualmente interveniente successivamente, a ratifica del provvedimento adottato dal pubblico ministero.

Da ciò consegue che l'esecuzione del provvedimento di acquisizione rientra nelle esclusive competenze del pubblico ministero e presuppone un suo provvedimento.

Il procedimento acquisitivo prevede, oltre ad una procedura ordinaria, una d'urgenza, parallelamente a quanto previsto per le intercettazioni telefoniche, per i casi in cui vi sia fondato motivo per ritenere che dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio alle indagini.

In tale caso il provvedimento del pubblico ministero è subordinato alla convalida del giudice, al quale va sottoposto nel termine di quarantotto ore. Nelle successive quarantotto ore il giudice provvede sulla richiesta di convalida.

Tanto nel caso di mancata convalida, quanto nella ipotesi in cui questa non intervenga nel termine previsto dalla legge, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.

Ovviamente ciò non impedisce, in linea di massima, la riproposizione della richiesta ed il recupero dei dati in virtù del nuovo provvedimento con una sostanziale efficacia sanante della situazione, ma questo non riguarderà tutti i dati desumibili dai cd. *tabulati*, non potendo tale conclusione essere estesa al cd. *positioning*, su cui ci si intratterà oltre.

Quanto alla urgenza è da ritenere estensibile al decreto di acquisizione dei dati il principio, elaborato dalla giurisprudenza in materia di intercettazioni, secondo cui l'arco cronologico in riferimento al quale va apprezzata l'eventualità del pregiudizio alle indagini si identifica con lo stesso lasso di tempo (quarantotto ore) riservato al giudice per la convalida del decreto dell'organo inquirente. Al tempo stesso, peraltro, l'eventuale difetto di motivazione del decreto emesso in via d'urgenza dal pubblico ministero è sanato con l'emissione del decreto di convalida da parte del giudice per le indagini preliminari, che assorbe integralmente il provvedimento originario e rende utilizzabili i risultati delle operazioni di intercettazione, precludendo ogni discussione sulla sussistenza del requisito dell'urgenza.

5. La disciplina dell'inutilizzabilità

Il comma 3-*quater* dell'art. 132 fa derivare, dalla violazione delle disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*bis*, la inutilizzabilità dei dati acquisiti. Questa consegue, pertanto, sia alla acquisizione dei dati fuori dei limiti temporali della loro conservazione che dalla assenza dei presupposti previsti dalla legge per l'acquisizione stessa.

Il riferimento contenuto nel comma 3 al limite temporale per la conservazione dei dati ed alla gravità dei reati per i quali è ammessa l'acquisizione pone evidentemente il problema dell'ambito della utilizzazione di quelli legittimamente acquisiti e del limite temporale in cui tale utilizzazione possa avvenire.

È da chiedersi, cioè, se l'utilizzazione, una volta che l'acquisizione sia avvenuta nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 132, possa avvenire per reati diversi da quelli per i quali sia stata disposta, ed entro quali limiti. Nell'ipotesi affermativa, è lecito chiedersi se tale utilizzazione possa avvenire anche al di fuori dei limiti temporali di conservazione dei dati.

La risposta a quest'ultimo quesito non può essere, a mio parere, che positiva; non soltanto a causa della insuscettibilità di interpretazione estensiva in tema di disposizioni sulla inutilizzabilità ma soprattutto in considerazione della circostanza che, nel caso preso in considerazione, il dato risulterebbe essere stato *acquisito* del tutto conformemente alle disposizioni di legge.

Un divieto di utilizzazione risulterebbe distonico rispetto alla finalità perseguita dalla direttiva dell'Unione Europea, come interpretata dalla Corte di giustizia che, a tutela della riservatezza dei dati personali, si limita a circoscrivere la possibilità di *accesso* agli stessi, indicando la necessità che questa sia consentita contenendola temporalmente solo in quanto *maggiore è la durata del periodo per il quale viene richiesto l'accesso, più grande è, in linea di principio, la quantità di dati che possono essere conservati dai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche ... consentendo in tal modo di ricavare, a partire dai dati consultati, un maggior numero di conclusioni sulla vita privata di tale utente*. Dal che sembra desumersi l'inesistenza di ogni ostacolo ad una loro utilizzazione al di là dello stesso periodo legale di conservazione, atteso che il superamento di tale limite temporale non implica alcun allargamento della base cognitiva di informazioni sul soggetto interessato.

Resta invece insuperabile il limite della utilizzabilità correlato alla sanzione edittale per il reato da provarsi attraverso i dati in esame, a prescindere da un eventuale rapporto di connessione o di collegamento con il reato in relazione al quale l'acquisizione sia stata disposta.

Tale conclusione, infatti, sembra imposta dal tenore letterale della disposizione di cui al comma 1-*bis* dell'art. 1 del decreto legge (*possono essere utilizzati a carico dell'imputato esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena*).

6. I presupposti per l'acquisizione

Il comma 1-*bis* dell'art. 1 del decreto legge n. 132, inserito in sede di conversione, prevede invero che i dati acquisiti in data anteriore all'entrata in vigore della novella legislativa possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei medesimi reati per i quali il nuovo art. 132 consente la loro acquisizione.

Si tratta di una disposizione introdotta dal legislatore in sede di conversione del decreto legge.

Benché essa sia stata criticata, in considerazione della retroattività dei limiti imposti alla utilizzabilità di dati acquisiti legittimamente sotto il precedente regime processuale, va evidenziato come essa abbia fornito una soluzione complessivamente adeguata ad esigenze che si sarebbero comunque presentate in considerazione della efficacia della sentenza della Corte di giustizia.

Il già citato il principio della immediata applicabilità delle direttive dell'Unione Europea e delle statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia poneva infatti come del tutto evidente il problema della tenuta dei decreti di acquisizione dei dati, adottati dal pubblico ministero, tra il 2 marzo ed il 30 settembre 2021, data di entrata in vigore della nuova disciplina dell'art. 132 del d.lgv. 196/2003.

È noto, infatti, come si fossero sul punto delineati due opposti orientamenti interpretativi: l'uno, fatto proprio dalla II Sezione della Corte di cassazione (sentenza n. 33116/2021) secondo cui, poiché il principio affermato nella sentenza del 2 marzo 2021 avrebbe richiesto un intervento del legislatore che avrebbe dovuto specificare i casi in cui era consentita l'acquisizione dei dati di traffico telematico e telefonico, esso non sarebbe stato direttamente applicabile nell'ordinamento giuridico.

In senso contrario, muovendo dal principio pure affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui la norma interpretata – purchè dotata di efficacia diretta (nel senso che dalla stessa i soggetti operanti all'interno degli Stati membri possono trarre situazioni direttamente tutelabili in giudizio, come, oggettivamente, sembra avvenire nel caso di specie) – può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e sviluppatasi prima della sentenza interpretativa, salvo che, in via eccezionale, la stessa Corte (e non anche il giudice nazionale) abbia limitato la possibilità per gli interessati di farla valere onde evitare gravi inconvenienti, si era ritenuta, in alcune decisioni di merito, l'opportunità di sollevare innanzi alla Corte una nuova questione pregiudiziale sullo stesso tema.

A fronte di tali differenti orientamenti interpretativi, che coinvolgevano non solo il problema della utilizzabilità dei *data retention* già versati in atti ma quello, di rilevanza ancor maggiore, della sorte degli elementi probatori successivi e di-

pendenti dai tabulati colpiti da sanzione, il legislatore ha optato per un intervento conservativo, a mio parere degno di apprezzamento, superando il farraginoso meccanismo della convalida originariamente ipotizzato nella bozza del decreto legge, nel testo “in entrata” al Consiglio dei ministri del 29.9.2021 e poi soppresso nella versione definitivamente approvata e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ed adottando un criterio che sembra distinguere tra il momento della acquisizione (la cui legittimità resta regolata dalle norme all’epoca vigenti) e quello della valutazione della prova che deve necessariamente essere in linea con il quadro normativo imposto dalla giurisprudenza unionale. E ciò, a maggior ragione, se si tien conto della circostanza che, fin dall’8.4.2014 la CGUE (*Digital Right, Tele 2 e Ministero Fiscal* – cause C-293/12 e C-594/12) aveva affermato che l’art. 132, nella parte in cui prevedeva che i dati relativi al traffico telefonico potevano essere acquisiti per finalità di accertamento e repressione dei reati con decreto motivato del pubblico ministero, imponeva all’autorità giudiziaria un giudizio di proporzionalità tra il grado di ingerenza nel diritto fondamentale alla vita privata che l’accesso ai dati comporta e la gravità del reato oggetto di indagine. Se è vero che la giurisprudenza di legittimità aveva già desunto da tale pronuncia la necessità di una verifica *in concreto* di tale presupposto deve allora concludersi che il rinnovato comma 1-*bis* offre oggi solo degli specifici parametri valutativi ai quali conformare tale giudizio.

Sembra confermare tale ricostruzione il fatto che il comma 1-*bis* si riferisca all’*imputato*, espressione che sembra fare chiaro riferimento alla fase processuale della valutazione della prova, anche se non appare discutibile il fatto che la regola, stante l’equiparazione di questi all’indagato sancita dall’art. 61 c.p.p., si applichi anche, ai fini cautelari, nella fase delle indagini preliminari.

In conclusione, il riferimento contenuto nella disposizione in esame alla *utilizzazione a carico dell’imputato (o indiziato)* consente, per il periodo antecedente alla entrata in vigore del decreto legge e successivo alla sentenza della CGUE del 2.3.2021, di salvaguardare l’utilizzazione che si sia fatta, a fini investigativi, dei dati desunti dai tabulati, anche se acquisiti con riferimento a fattispecie di reato diverse da quelle prese in considerazione dal comma 3 del novellato art. 231 d.lgv. 196/2003. Detti dati, ferma la loro utilizzabilità in fase decisoria, a favore dell’imputato/indagato, non potranno però essere utilizzati per l’affermazione della sua responsabilità se non con riferimento ai reati per i quali sia oggi possibile la loro utilizzabilità.

Desta oggettiva perplessità, invece, il riferimento, contenuto nella disposizione transitoria, al criterio legale di valutazione della prova di cui all’art. 192 c.p.p. (secondo cui i dati possono essere valutati solo unitamente ad altri elementi di prova), non solo in quanto appare difficile affermare la possibilità del contrario, ma soprattutto in quanto non si comprende la non estensione della medesima regola di giudizio a quelli acquisiti in base al nuovo regime processuale.

7. La disciplina dell'art. 226-bis, comma 4, disp. att. c.p.p.

Va rilevato, per completezza, come la novella legislativa non abbia inciso sulla previsione contenuta nell'art. 226-bis, comma 4, disp. att. c.p.p., con la conseguenza che, per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 e 51, comma 3-bis, del codice, nonché di quelli di cui all'articolo 51, comma 3-*quater*, del codice, commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, la competenza ad adottare il provvedimento di *autorizzazione al il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche, nonché acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e di acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni* resta in capo al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione.

8. Le informazioni contenute nei tabulati

Per venire alle specifiche tematiche oggetto della presente relazione occorre partire dal contenuto dei cd. "tabulati telefonici", che contengono le tracce delle comunicazioni relative a una determinata utenza, nell'arco di un determinato periodo di tempo (chiamate telefoniche, SMS e traffico dati).

Le informazioni fornite dagli stessi riguardano il numero di telefono del chiamante, quello del ricevente, i relativi dati IMEI e IMSI, riguardanti le caratteristiche fisiche dell'apparato cellulare e della relativa scheda Sim utilizzata, la categoria alla quale appartiene il tipo di comunicazione effettuata ad esempio (chiamata, sms, chiamata persa), la durata della comunicazione nonché la o le celle BTS agganciate durante tutto l'arco della conversazione telefonica.

Orbene, alcuni commentatori del decreto hanno escluso che il tracciamento degli spostamenti debba essere oggetto di autorizzazione preventiva da parte del giudice, non riguardando il "*traffico telefonico o telematico*" e non violando i diritti tutelati dall'art. 15 Cost., costituendo piuttosto una attività di investigazione atipica parificabile al pedinamento.

Si tratta peraltro di una conclusione che, seppur apparentemente desumibile dal tenore letterale dell'art. 132 d.lgv. 196/2003, non tiene conto alcuno del contenuto della sentenza del 2.3.2021 che ha sicuramente esteso l'ambito della tutela apprestata dall'art. 15 della Direttiva 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52 del paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ai dati relativi alla ubicazione delle apparecchiature terminali effettuate da un utente.

Se pertanto l'art. 132 non si estendesse anche ai *retention data* concernenti l'ubicazione del mezzo di comunicazione ne conseguirebbero i già analizzati problemi sulla immediata applicabilità delle statuizioni risultanti dalla sentenza, senza nemmeno la possibilità di applicazione del regime transitorio previsto dall'art. 1, comma 1-*bis* del decreto legge.

Da una diversa prospettiva, peraltro, appare opportuno distinguere tra le varie forme di localizzazione e di pedinamento elettronico.

Quanto alla *localizzazione*, intendendo come tale quella eseguita “*a posteriori*”, vengono in rilievo, per quello che concerne l'argomento della presente relazione, i seguenti sistemi:

a) ricostruzione degli impegni di cella:

conoscendo l'utenza o le utenze, l'IMEI o gli IMEI in uso a un soggetto, è possibile ricostruire gli spostamenti da lui effettuati analizzando i tabulati di utenza e di IMEI.

Per dimostrare l'uso dell'utenza e/o dell'IMEI in capo al soggetto anche nel periodo d'interesse investigativo conviene inquadrare l'analisi degli spostamenti di cella su un fondo statistico molto ampio (sfruttando al massimo le possibilità offerte dalla disciplina sulla conservazione dei dati di traffico telefonico). L'obiettivo è quello di sostenere che non esiste una differenza di modalità d'uso dell'utenza e/o dell'IMEI anche nel periodo considerato.

b) monitoraggio dei dispositivi gps su autovetture e motoveicoli (e nautanti).

è sempre più diffuso l'utilizzo di dispositivi montati su autovetture ai fini assicurativi. Talora l'esistenza degli stessi è sconosciuta all'utente della vettura, in quanto la stessa non è di sua proprietà ed il relativo contratto è stato stipulato da terzi.

I dispositivi in argomento sono dotati di modulo GPS per la localizzazione del veicolo, memoria interna per l'archiviazione dei dati registrati, sensore di accelerazione per la rilevazione delle sollecitazioni e di eventuali urti, e di un modulo GSM/GPRS per la trasmissione dei dati rilevati e registrati. Il dispositivo, collegato direttamente all'alimentazione del veicolo, rileva e registra le informazioni di percorrenza ed eventuali incidenti.

Tali informazioni vengono poi trasmesse ai server delle società che erogano i servizi previsti (OCTO TELEMATICS, VIASAT ecc.).

Nel caso, quindi, in cui si vogliono ricostruire i movimenti di un'autovettura d'interesse investigativo, si può procedere ad estendere una richiesta direttamente rivolta a tutti i gestori dei servizi di rilevazione e registrazione della posizione geografica presenti sul territorio nazionale, con cui innanzi tutto si chiede se tale autovettura monti un loro dispositivo, e, in caso positivo, si chiedono i relativi tabulati.

c) perquisizioni correlate all'accesso ai dati relative ad account Google.

È possibile anche rintracciare dati di “posizione” sull'account Google (o analogo), creato dagli utilizzatori di smartphone (tablet e similia) per fruire di una serie di servizi offerti dalle App che si usano. Attraverso l'incrocio con una serie di dati, principalmente afferenti all'analisi di traffico telefonico, è possibile stabilire se, al momento degli spostamenti, lo smartphone sia stato usato dal consueto utilizzatore o meno.

Attraverso, quindi, opportuna attività di perquisizione e sequestro/acquisizione informatici si procede all'acquisizione delle informazioni di “posizione” salvate sull'account Google. Informazioni che, sempre che l'utente abbia consentito alla relativa rilevazione e raccolta e non siano state successivamente cancellate, sono comprensive dei dettagliati percorsi effettuati “dallo smartphone” in caso di attivazione del dispositivo GPS inserito all'interno dello stesso.

Analogamente, altri dati di spostamento geografico del soggetto d'interesse possono essere rinvenuti su altri account relativi ad applicazioni che registrano tali dati. Vedi a esempio le App che registrano i percorsi effettuati durante l'attività sportiva come la corsa o il nuoto.

È del tutto evidente come non tutte queste attività di localizzazione afferiscano alla tutela apprestata dalla Direttiva 2002/58 e dall'art. 132 d.lgv. 196/2003, che presuppongono l'accesso ai dati custoditi da un fornitore di servizi telefonici e telematici giacché è soltanto dalla conoscenza dell'insieme degli stessi che può derivare l'ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta.

In questo senso, peraltro, rientrano senz'altro nell'ambito della tutela apprestata dall'art. 132 quelli relativi agli impegni di cella, trattandosi di dati non soltanto posseduti dai predetti fornitori di servizi di telefonia ma strettamente connessi agli altri desumibili dai tabulati.

Con riferimento, invece, al cd. *pedinamento elettronico*, rilevano essenzialmente:

a) la ricostruzione degli spostamenti dell'utenza e/o dell'imei, ovvero dell'autovettura, se intercettati.

Per quanto riguarda le intercettazioni telefoniche è infatti possibile attivare il servizio di Local Positioning attraverso cui è possibile conoscere l'area in cui con alta probabilità si trova il terminale intercettato, indipendentemente dalla tecnologia di accesso (GSM, UMTS, LTE). Si tratta, in particolare, di un sistema che, tramite triangolazione radio e multilaterazione, è in grado di determinare la distanza a cui si trova un qualsiasi dispositivo connesso alla rete rispetto alla posizione del ripetitore telefonico, misurandone l'intensità del segnale e talora la direzione geografica consentendo così di stabilire la sua collocazione all'interno dell'area irraggiata dalla cella agganciata: analizzando i dati provenienti dai ripetitori presenti all'interno di tale area e l'intensità del segnale di connessione,

è possibile individuare la posizione (di massima) del dispositivo mobile che si aggancia alla cella e localizzare il suo utilizzatore, con incremento del tasso di precisione della localizzazione all'aumentare dei ripetitori da "incrociare" e margini di errore viceversa crescenti alla diminuzione delle antenne disponibili. I dati vengono rilevati ed inviati ogni 15 minuti ed è necessario che il terminale sia acceso ed è attivabile unicamente su numero di telefono.

b) la rilevazione della posizione attraverso l'uso di dispositivi di rilevazione gps collocati appositamente su autovetture, natanti, motoveicoli ecc.

In tali casi gli spostamenti della persona da pedinare vengono esaminati da remoto, attraverso strumenti tecnologici, che permettono di evitare lo spostamento fisico dell'operatore sul luogo d'interesse. La tecnologia satellitare ovvero il Global Positioning System (GPS), permette di determinare con estrema precisione la posizione di un oggetto sulla superficie terrestre, in termini di latitudine, longitudine e altezza, nonché di seguirne il movimento e calcolarne la velocità, grazie ad una rete di satelliti.

I satelliti, trasmettono un segnale radio e attraverso l'elaborazione dei segnali ricevuti da parte del ricevitore, avviene la localizzazione.

Ciò che rende possibile impiegare questa tecnologia nelle indagini, è l'installazione occulta della base radiotelefonica, che riceve il segnale satellitare sul veicolo del soggetto.

c) attraverso il collegamento con le centrali operative delle società che offrono il servizio di rilevazione gps per conto delle società assicurative

In casi di urgenza, ovvero di impossibilità di apposizione di un sistema di rilevazione GPS sotto un veicolo, è possibile oggi monitorare gli spostamenti di veicoli montanti un dispositivo di rilevazione GPS a fini assicurativi collegandosi con le centrali operative delle società di gestione di tali servizi. Generalmente tali società comunicano in tempo reale i dati di accensione, spegnimento e percorrenza (generalmente ogni 2000 metri percorsi) del veicolo da monitorare.

È del tutto evidente come gli ultimi due casi fuoriescano completamente dall'ambito di applicazione della direttiva e del decreto legislativo, non essendovi per essi alcun accesso a dati conservati da terzi ma un afflusso di dati direttamente alla sfera conoscitiva del fruitore, nell'ambito – almeno nel secondo caso – di una attività di polizia giudiziaria non direttamente afferente la sfera di riservatezza correlata alla segretezza delle comunicazioni.

Non altrettanto può dirsi con riferimento al servizio di *positioning*, una volta affermato, come non sembra potersi evitare, che la sfera di tutela afferente alla conservazione dei dati da parte dei fornitori di servizi di telefonia si estende anche all'ubicazione del portatore del terminale.

9. La disciplina dei traffic data

Specificata ed autonoma trattazione deve essere riservata, infine, all'acquisizione dei cd. *files di log*, che vengono da taluni esclusi dai *traffic data*, di cui all'art. 132 d.lgs. 196/2003, e ricondotti, piuttosto ai *subscriber information* che, ai sensi dell'art. 18, comma 3, della Convenzione di Budapest sul Cybercrime del 2001, ratificata con L. 18.3.2008, n. 48, sono informazioni detenute in forma di dato informatico o sotto altra forma da un fornitore di servizi e relativa agli abbonati ad un proprio servizio, comunque diversa dai dati relativi al traffico o al contenuto delle comunicazioni.

Ciò in quanto la funzione del *file di log* è quella di consentire di identificare il servizio utilizzato da un utente e, segnatamente, di acquisire le informazioni che, muovendo da un indirizzo IP – ovvero dal codice numerico che – in quanto assegnato in via esclusiva ad ogni dispositivo elettronico, all'atto di ciascuna connessione, dall'I.S.P. – identifica univocamente ciascun *device* collegato ad una rete informatica, consentono di associarlo ad una determinata utenza telefonica e, attraverso ulteriori operazioni investigative, di accertare l'identità dell'utente.

Secondo alcuni commentatori, poichè in tale documentazione non sarebbe contenuta alcuna informazione che consenta di ricostruire l'interazione di un soggetto con terzi o di geolocalizzare direttamente le attività svolte, essa si porrebbe al di fuori dell'ambito di estensione dei diritti presi in considerazione dalla più volte citata sentenza del 2.3.2021.

A ciò si aggiunge la considerazione che l'art. 132, anche dopo le recenti modifiche, si limita a disciplinare la sola acquisizione dei *dati di traffico*¹ con la conseguenza che la disposizione non si applica a quei dati la cui unica funzione è quella di consentire l'identificazione dell'utente registrato che ha generato una attività sulla rete². Si tratterebbe, del resto, di una limitazione dell'ambito di operatività della disposizione perfettamente conforme a quanto affermato dalla CGUE il 2.3.2021, che non a caso ha richiamato il precedente arresto del 6.10.2020, *Le Quadrature du net* e a., C-511/18, C-512/18 e C-520/18, escludendo la gravità dell'ingerenza nella vita privata conseguente alla acquisizione dei

¹ Vale a dire, secondo quanto testualmente affermato dall'art. 121, comma 1-bis, lett. h), qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione.

² I dati relativi alla identificazione dell'utente invece erano inclusi nella nozione di "dati di traffico" dall'art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. 109/2008 di attuazione della direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione. La direttiva, peraltro, è stata dichiarata invalida dalla CGUE nel 2014.

dati, ove questa sia finalizzata al solo scopo di identificare l'utente interessato, potendo in tal caso essere giustificata dalla finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, alla quale fa riferimento l'art. 15 della direttiva 2002/58, poiché tali dati, limitandosi a fornire le coordinate degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica, non contengono alcuna informazione sulle comunicazioni effettuate e, di conseguenza, sulla vita privata dell'utente.

Da ciò la conseguenza della acquisibilità dei *file di log* senza la necessità di un provvedimento del giudice ma direttamente attraverso un provvedimento del pubblico ministero.

Benchè tale orientamento sembrerebbe essere stato fatto proprio da una recente sentenza della Corte di cassazione (Cass., sez. VI, 3.12.2021, n. 6618), che (testualmente) ha escluso la gravità di una ingerenza conseguente alla acquisizione di dati relativi al traffico telefonico, ove questa sia finalizzata al solo scopo di identificare l'utente interessato, la questione presenta aspetti problematici non adeguatamente sviluppati in sede di legittimità.

In primo luogo, risulta troppo sbrigativamente affrontata la questione relativa alla inidoneità dei *file di log* alla geolocalizzazione dell'utente, in quanto l'esattezza di tale affermazione è correlata al gestore del servizio che fornisce il dato (ILIAD, ad esempio, fornisce – unitamente all'identificativo del chiamante – anche la cella alla quale si è agganciata l'utenza associata all'IP). Si tratta, peraltro, di una considerazione non esaustiva, potendo dipendere da una sovrabbondanza della comunicazione dell'ISP (ed infatti Vodafone, per fornire lo stesso dato, richiede un separato decreto).

Decisiva, invero, al fine di ritenere la necessità di un provvedimento del giudice, appare la formulazione dell'art. 132 del d.lgs. 196/2003 e la ulteriore considerazione che – data per assodata l'estraneità della tematica della identificazione dell'utente al contenuto precettivo della sentenza del 2.3.2021 – nulla avrebbe impedito al legislatore di dettare, per i dati aventi siffatta finalità, una disciplina più restrittiva di quella ritenuta ammissibile dalla direttiva 2002/58.

Va premesso, in proposito, che il comma 3 dell'art. 132 disciplina le modalità di acquisizione dei medesimi dati le cui modalità di conservazione sono regolate dal primo comma, che si riferisce non solo al traffico telefonico ma anche a quello telematico. In altri termini, sono da acquisirsi secondo il procedimento dettato dal decreto legge 132/2021 quei dati suscettibili di cancellazione alla scadenza (in via ordinaria) del termine di due anni (per il traffico telefonico) e di un anno (per il traffico telematico).

Orbene, poiché l'individuazione del server destinatario del traffico e le operazioni realizzate sullo stesso sono estranee ai dati conservati dal fornitore del servizio di comunicazioni, salvo a voler ritenere che l'obbligo di cancellazione dopo un anno sia stata riferita dal legislatore al solo volume dei dati scambiati

nella sessione sia in upload che in download, la tesi che esclude l'acquisizione dei *file di log* dall'ambito di applicabilità del terzo comma dell'art. 132 presupporrebbe la necessità di individuare ulteriori dati di *traffico telematico* presi in considerazione dal primo comma della disposizione.

L'impossibilità di rinverirne potrebbe viceversa far ritenere che proprio a questi abbia inteso riferirsi il legislatore allorquando ha limitato ad un anno la conservazione da parte dell'I.S.P. di tutti gli IP dinamici associati ad una determinata utenza, quali dati indispensabili per la riferibilità alla stessa del traffico telematico generato, e per la ricostruzione delle *comunicazioni* tra un *device* ed un determinato *server*.

Le ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le intercettazioni disposte fuori dai casi consentiti. – 3. L'indiretta incidenza dei principi affermati nella sentenza Cavallo. – 4. La diversa qualificazione del fatto per il quale le intercettazioni erano state disposte. – 5. Problematiche applicative in tema di diversa qualificazione del fatto. – 6. Utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento a carico degli enti. – 7. Le inutilizzabilità per violazione dell'art. 267 c.p.p. – 8. Intercettazioni disposte d'urgenza dal PM e mancanza di motivazione. – 9. Inutilizzabilità per violazione dell'art. 268, commi 1 e 3, c.p.p. – 10. L'inutilizzabilità delle videoriprese. – 11. Dubbi sulla nozione di comportamenti "comunicativi".

1. Premessa

La disciplina delle intercettazioni si connota per la previsione di specifiche ipotesi di inutilizzabilità, dettate *in primis* dall'art. 271 c.p.p. che prevede tale causa di invalidità nei casi di intercettazioni disposte fuori dai casi consentiti (art. 266 c.p.p.), in violazione dell'art. 267 c.p.p. o dell'art. 268, commi 1 e 3, c.p.p. A tale previsione, si accompagna quella dettata dall'art. 270 c.p.p. espressamente dedicata ai casi in cui è consentita l'utilizzabilità delle intercettazioni disposte in diverso procedimento.

La ragione per la quale il Legislatore ha ritenuto di costellare la disciplina delle intercettazioni di una pluralità di ipotesi speciali di inutilizzabilità è agevolmente ravvisabile nell'incidenza che tale mezzo di prova determina sul diritto, costituzionalmente tutelato, alla riservatezza delle comunicazioni. Proprio al fine di garantire che tale diritto risulti sacrificato nei limiti strettamente necessari e nel più assoluto rispetto dei presupposti di legge, è stata compiuta la scelta di non affidare l'individuazione delle ipotesi di inutilizzabilità alla mera applicazione giurisprudenziale dell'art. 191 c.p.p., disciplinante in generale l'inutilizzabilità della prova, bensì sono state previste ipotesi di inutilizzabilità "speciale", individuando normativamente quali violazioni delle norme dettate dagli artt. 266 c.p.p. e seguenti può dar luogo al vizio tipico della prova.

In tale quadro normativo, si inserisce anche la previsione dettata dall'art. 270 c.p.p. con specifico rilievo all'utilizzabilità delle intercettazioni in altro procedimento secondo cui, nella versione *ante* riforma, «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».

La suddetta norma è stata successivamente modificata, dall'art. 2, comma 1, lett.g), n. 1) del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 7 e, nell'attuale versione, sancisce il divieto di utilizzabilità delle intercettazioni disposte in procedimenti diversi da quelli nelle quali sono state disposte «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'art. 266, comma 1». È opportuno premettere che questa seconda formulazione è stata introdotta dopo la sentenza adottata “Cavallo” delle Sezioni unite (n. 51 del 2020, Rv. 277395), senza, tuttavia, recepire in sede di riforma il *dictum* del massimo organo nomofilattico. Con la suddetta pronuncia, infatti, la Cassazione ha stabilito che 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 c.p.p., 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.

Si tratta di una sentenza che ha avuto un relevantissimo impatto, sia per quanto concerne la regola individuata con specifico riferimento all'utilizzabilità delle intercettazioni in “procedimenti diversi”, ma anche per aver determinato un rinnovato interesse sul rispetto dei limiti di ammissibilità delle intercettazioni e della loro utilizzabilità, nel medesimo procedimento, anche nei riguardi di reati non ricompresi nel catalogo di cui all'art. 266 c.p.p.

2. Le intercettazioni disposte fuori dai casi consentiti

Nel prendere le mosse per un esame delle plurime ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni, occorre necessariamente partire dall'ipotesi di maggior rilievo, che si realizza nel caso di violazione dei limiti dettati dall'art. 266 c.p.p.

Come è noto, tale norma individua i reati per i quali è consentito il ricorso alle intercettazioni di comunicazioni, facendo applicazione di due criteri distinti, posto che in linea generale si fa riferimento al limite edittale della pena, per poi elencare una serie di fattispecie che, pur non rientrando nel suddetto *range* sanzionatorio, consentono ugualmente il ricorso alle captazioni, essenzialmente perché si tratta di reati per i quali tale mezzo di ricerca della prova è ritenuto particolarmente utile, ovvero perché si tratta di reati abitualmente commessi mediante le telecomunicazioni (ad esempio, si pensi alle molestie telefoniche).

In linea di massima, quindi, può ben dirsi che la verifica dell'utilizzabilità delle intercettazioni, in relazione all'art. 266 c.p.p., si traduce nell'accertamento della corretta qualificazione del reato per il quale si procede, da compiersi fin dal momento in cui le captazioni vengono autorizzate.

3. L'indiretta incidenza dei principi affermati nella sentenza Cavallo

Premesso che non rientra nella tematica trattata in questa relazione l'esame compiuto della sentenza "Cavallo", la stessa va sinteticamente richiamata solo per poi procedere alle verifiche sulle ricadute del principio affermato anche in relazione al rispetto dell'art. 266 c.p.p., posto che tale pronuncia ha fatto riemergere una serie di dubbi in merito alla modifica della qualificazione giuridica del reato per il quale le intercettazioni telefoniche.

Occorre premettere che le Sezioni unite erano state investite di un quesito avente una estensione più contenuta rispetto al principio che è stato successivamente affermato, si chiedeva, infatti, di stabilire se il divieto di utilizzazione delle intercettazioni disposte in procedimenti diversi, riguardasse anche i reati privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli in relazione ai quali le intercettazioni erano state autorizzate; il contrasto giurisprudenziale, infatti, concerneva essenzialmente l'individuazione della nozione di "diverso procedimento"

A tal riguardo, le Sezioni unite hanno ritenuto che le intercettazioni devono considerarsi disposte nello "stesso procedimento" ogni qualvolta i reati per i quali si procede sono avvinati dalla connessione ex art. 12 c.p.p., in quanto tali ipotesi contraddistinguono casi in cui la regiudicata oggetto di ciascun reato viene, in parte, a coincidere con quella degli altri. È stato efficacemente sottolineato come la connessione processuale ex art. 12 c.p.p. rappresenta il riflesso della connessione sostanziale tra i reati e, proprio per tale ragione, tale parametro va preso a base per distinguere, in relazione all'art. 270 c.p.p., quando ci si trovi dinanzi ad un diverso o a uno stesso procedimento. In quest'ottica, la Corte ha affermato che quando hanno ad oggetto reati connessi, i procedimenti non possono considerarsi "diversi" a norma dell'art. 270, c.p.p.

L'affermazione di tale principio non ha esaurito l'elaborazione della problematica da parte delle Sezioni unite che, infatti, si sono poste la questione se le intercettazioni disposte nello stesso procedimento possano essere utilizzate con riguardo a tutti i reati connessi ex art. 12 c.p.p., ovvero se debba salvaguardarsi il limite generale dettato dall'art. 266 c.p.p.

La soluzione prescelta va in questa direzione, essendosi ritenuto che «l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte nell'ambito di un "medesimo procedimento"....presuppone che i reati diversi da quelli per i quali

il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato rientrano nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni stabiliti dalla legge».

La soluzione recepita dalle Sezioni unite, pur se fondata su un condivisibile intento garantista, comporta rilevanti ricadute in termini di efficacia del mezzo probatorio, specie con riguardo a fatti di reato intimamente connessi, ma non tutti rientranti nel catalogo dei reati che, ai sensi dell'art. 266 c.p.p., consentono il ricorso alle intercettazioni.

4. La diversa qualificazione del fatto per il quale le intercettazioni erano state disposte

Il principio affermato dalla sentenza “Cavallo” ha fatto sorgere fondati dubbi circa la perdurante validità della regola secondo cui l'eventuale riqualificazione giuridica del fatto-reato, in relazione al quale erano state autorizzate le intercettazioni, non ne determina l'inutilizzabilità, neppure qualora il reato ritenuto sussistente non avrebbe consentito *ab origine* il ricorso alle captazioni.

La giurisprudenza, prima della suddetta pronuncia, riteneva, sia pur non senza alcune pronunce contrarie, che fossero **pienamente utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime sono consentite, anche quando al fatto venga successivamente attribuita una diversa qualificazione giuridica con la conseguente mutazione del titolo in quello di un reato per cui non sarebbe stato invece possibile autorizzare le operazioni di intercettazione** (Cass., Sez. VI, n. 50072/09, Rv. 245699).

A seguito della sentenza delle Sezioni unite, tale principio è stato sottoposto ad una necessaria verifica, posto che la sentenza Cavallo, avendo individuato nei presupposti di cui all'art. 266 c.p.p. un limite invalicabile, a fronte del quale le intercettazioni – pur ritualmente autorizzate – non possono mai trovare utilizzo con riguardo a reati connessi, ma non ricompresi nel catalogo dei reati per i quali sono ammesse le intercettazioni, ha fatto sorgere il fondato dubbio che analoga regola debba applicarsi anche nel caso della diversa qualificazione dell'unico .

Il fenomeno della derubricazione, a ben vedere, realizza una fattispecie parzialmente assimilabile a quella dell'emersione di un nuovo reato, sia pur connesso. Anche in tal caso, infatti, il reato per il quale le intercettazioni vengono utilizzate è diverso da quello per le quali sono state autorizzate, tuttavia, non si tratta dell'emersione di un fatto nuovo, bensì di una diversa qualificazione della medesima condotta. Non va sottaciuto, peraltro, come la diversa qualificazione è un meccanismo che, potenzialmente, si presta ad abusi nel ricorso alle captazioni, posto che in presenza di fattispecie similari o che tipicamente danno luogo a forme di progressione criminosa, l'organo inquirente potrebbe essere indotto a

palesare l'ipotesi di reato più grave al solo fine di ottenere l'autorizzazione alle intercettazioni, nella consapevolezza di poterne poi utilizzare i risultati anche con riguardo al reato meno grave in concreto accertato (si pensi al reato di corruzione e quello di abuso d'ufficio).

La questione è stata recentemente esaminata da alcune pronunce della Cassazione che hanno **escluso l'inutilizzabilità delle intercettazioni nel caso di de-rubricazione dell'originaria ipotesi di reato** in altra meno grave e non rientrante nei limiti di cui all'art. 266 c.p.p..

La Corte è giunta a tale conclusione valorizzando il momento valutativo iniziale e ritenendo che l'inutilizzabilità va esclusa qualora **la qualificazione provvisoria del fatto risulti ancorata a sufficienti, sicuri e obiettivi elementi indiziari**. Si tratta di una soluzione che, evidentemente, fa leva sulla natura di "sanzione processuale" dell'inutilizzabilità, con la conseguenza che la stessa non può essere riconosciuta ove la qualificazione del fatto data al momento dell'autorizzazione risulti coerente e corretta rispetta ai dati fino a quel momento acquisiti (Cass., Sez. VI, n. 36420/2021, Rv. 281989).

Ne consegue che in caso di modifica, a seguito delle captazioni, della qualificazione giuridica del fatto-reato in altro reato non autorizzabile, l'inutilizzabilità delle intercettazioni opera solo se i presupposti per disporre il mezzo di ricerca della prova mancavano già al momento del controllo del giudice compiuto con il procedimento autorizzativo.

I risultati della captazione correttamente autorizzata restano invece immuni rispetto al successivo sviluppo fisiologico del procedimento, atteso che in tal caso non rileva la sopravvenuta mancanza del presupposto legittimante per effetto della riqualificazione del fatto autorizzato.

Sulla base di tali argomenti, la Cassazione, ha ritenuto che il principio secondo cui l'utilizzabilità delle intercettazioni per un reato diverso, connesso con quello per il quale l'autorizzazione sia stata concessa, è subordinata alla condizione che il nuovo reato rientri nei limiti di ammissibilità previsti dall'art.266 c.p.p., non si applica ai casi in cui lo stesso fatto-reato per il quale l'autorizzazione è stata concessa sia diversamente qualificato in seguito alle risultanze delle captazioni (Cass., Sez. VI, n. 23148 del 2021, Rv. 281501; conf. Cass., Sez. I, n. 12749 del 2021, Rv. 280981).

Le pronunce sopra richiamate hanno chiaramente seguito un'impostazione volta a valorizzare l'adeguatezza del controllo effettuato dal giudice per le indagini preliminari in sede di autorizzazione, ritenendo che se il giudizio espresso sia immune da censure, non vi è spazio per la successiva inutilizzabilità derivante da una qualificazione del fatto operata sulla base di elementi nuovi o, comunque, non conosciuti in precedenza.

Si tratta di un'impostazione sicuramente condivisibile che valorizza la natura di sanzione processuale dell'inutilizzabilità, collegando l'effetto invalidante ad

un vizio del giudizio espresso in sede di autorizzazione e non già al mero dato obiettivo concernente la ricomprensione o meno del reato in concreto emerso nel catalogo di cui all'art. 266 c.p.p. In tal modo, peraltro, viene rafforzata la finalità di garanzia del momento autorizzativo, imponendosi al giudice una verifica attenta degli elementi fino a quel momento emersi e tale da sconsigliare qualificazioni giuridiche avulse dai dati emersi dalle indagini.

Seguendo tale impostazione, l'inutilizzabilità non sussiste ove la diversa qualificazione derivi da motivi sopravvenuti fisiologici, legati cioè alla naturale evoluzione del procedimento che può determinare una modifica del fatto storico e della sua qualificazione giuridica.

5. Problematiche applicative in tema di diversa qualificazione del fatto

I principi affermati dalle richiamate sentenze hanno affrontato il problema della riqualificazione a livello "statico", cioè prendendo in esame un caso in cui gli elementi per la derubricazione erano emersi dopo l'ultimazione delle attività di captazione.

Maggiori problemi pone il caso in cui, nel corso delle indagini e fin dal momento in cui il gip è chiamato ad autorizzare **la proroga delle intercettazioni**, emergano elementi che fanno ritenere errata la qualificazione originaria e fondata la configurabilità di un reato non rientrante nel catalogo di cui all'art. 266 c.p.p.

In tal caso, proprio perché la giurisprudenza impone una verifica continua e costante della correttezza tra l'ipotesi investigativa e lo svolgimento delle intercettazioni, pare corretto affermare che il gip debba negare la proroga delle captazioni, dando conto delle ragioni del mutamento di qualificazione giuridica del fatto. In mancanza di tale accertamento, le intercettazioni devono ritenersi espletate al di fuori dei limiti consentiti dall'art. 266 c.p.p., con conseguente inutilizzabilità delle stesse.

6. Utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento a carico degli enti

Il d.lgs. n. 231 del 2001 non detta una disciplina autonoma per le intercettazioni nel processo a carico degli enti, sicchè si ritiene concordemente che sia pienamente applicabile la disciplina dettata dal codice di rito.

Lo stretto collegamento, esistente tra l'accertamento del reato nei confronti della persona fisica e dell'illecito amministrativo nei confronti dell'ente, ha fatto sorgere dubbi in ordine alla possibilità che le intercettazioni disposte nel procedimento penale siano utilizzabili anche nei riguardi dell'ente.

Al quesito la giurisprudenza ha dato risposta positiva, affermando che le intercettazioni autorizzate in relazione al reato presupposto sono utilizzabili nei

confronti dell'ente, anche nel caso in cui il procedimento relativo a quest'ultimo sia formalmente separato da quello penale e l'iscrizione nei confronti della persona giuridica sia effettuata quando le operazioni di captazione erano già ultimate, in quanto il procedimento a carico dell'ente non può essere considerato diverso, ai sensi dell'art. 270 c.p.p., rispetto a quello nei confronti della persona fisica (Cass., Sez. VI, n. 41768/2017, Rv. 271286).

7. Le inutilizzabilità per violazione dell'art. 267 c.p.p.

L'altra ipotesi di inutilizzabilità speciale dettata in materia di intercettazioni concerne la violazione delle previsioni dettate dall'art. 267 c.p.p., norma di ampio contenuto che disciplina i presupposti – gravi indizi e indispensabilità ai fini dell'accertamento – e il tipo di provvedimento che deve essere adottato.

Proprio in considerazione del fatto che la norma non introduce “divieti” probatori, bensì indica in contenuto del decreto autorizzativo, le violazioni dell'art. 267 c.p.p. si sarebbero prestate maggiormente a rilevare quali vizi di mancanza o insufficienza della motivazione, eventualmente sanabili, tuttavia, stante la previsione espressa dettata all'art. 271 c.p.p., le carenze del decreto determinano l'inutilizzabilità delle intercettazioni.

Proprio in ragione della particolarità del vizio, le Sezioni unite, in una risulante pronuncia, avevano affermato che l'inutilizzabilità va riferita solo alla violazione delle norme degli artt. 267 e 268, commi primo e terzo, c.p.p., mentre le eventuali illegittimità formali (come quelle relative a violazione delle altre previsioni del citato art. 268 o alla mancata motivazione del decreto autorizzativo) ne determinano, semmai, l'invalidità. **(Fattispecie relativa a censura di asserita inutilizzabilità delle intercettazioni dovuta ad aspetti motivazionali dei relativi provvedimenti)** (Cass., Sez. U, n. 11/1998, Rv. 210610).

Si tratta, tuttavia, di un'impostazione che è stata superata, ponendosi in contrasto con il combinato disposto degli artt. 267 e 271 c.p.p.

Allo stato, pertanto, pare sicuramente prevalere l'orientamento secondo cui la mancanza di motivazione dei decreti che autorizzano o prorogano le operazioni di intercettazioni telefoniche o tra presenti e di quelli che convalidano i decreti emessi in caso d'urgenza dal pubblico ministero, così come la motivazione meramente apparente, comporta l'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni captative. (Nella fattispecie la Corte ha ritenuto apparente la **motivazione dei decreti di convalida e di proroga contenuta in moduli prestampati compilati a penna solo quanto al numero del procedimento e dei decreti, al nome del giudice, alla data del decreto da convalidare e della richiesta di proroga, al numero dell'utenza interessata e al nome del suo utilizzatore e consistente in una**

formula di stile, utilizzabile per qualsiasi atto da convalidare o da prorogare, sostanzialmente ripetitiva della formula normativa, in quanto non espressiva dell'iter cognitivo e valutativo seguito dal giudice per la delibazione della richiesta). (Cass., Sez. IV, n. 48543/18, Rv. 274359).

Nel valutare l'inutilizzabilità per mancanza di motivazione occorre, infine, considerare che la Cassazione ritiene legittima la motivazione "per relationem" dei decreti autorizzativi quando in essi il giudice faccia richiamo alle richieste del pubblico ministero ed alle relazioni di servizio della polizia giudiziaria, ponendo così in evidenza, per il fatto d'averle prese in esame e fatte proprie, l'iter cognitivo e valutativo seguito per giustificare l'adozione del particolare mezzo di ricerca della prova (Cass., Sez. V, n. 36913/2017, Rv. 270758).

8. Intercettazioni disposte d'urgenza dal PM e mancanza di motivazione

L'art. 267 c.p.p. non disciplina solo il decreto autorizzativo emesso dal gip, ma anche il decreto adottato dal p.m. in via d'urgenza e salva successiva convalida, prescrivendo che tale atto deve essere motivato, si è posto, pertanto, il dubbio circa l'eventuale inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite sulla base di un decreto privo di motivazione.

In giurisprudenza, si è affermato che l'eventuale difetto di motivazione del decreto emesso in via d'urgenza dal pubblico ministero è **sanato con l'emissione del decreto di convalida da parte del giudice per le indagini preliminari, che assorbe integralmente il provvedimento originario e rende utilizzabili i risultati delle operazioni di intercettazione**, precludendo ogni discussione sulla sussistenza del requisito dell'urgenza (Cass., Sez. VI, n. 55748/17, Rv. 271741)

Trattasi di una soluzione che presenta delle criticità, posto che l'inutilizzabilità è, per sua natura, un vizio insuscettibile di sanatoria, sicchè dovrebbe escludersi che un atto successivo possa rendere utilizzabile un decreto illegittimo per mancanza di motivazione, facendo salvi i risultati delle intercettazioni medio tempore svolte.

Sempre sul tema dei rapporti tra intercettazioni disposte in via d'urgenza e controllo da parte del gip, si segnala anche una recente pronuncia secondo cui è legittimo il decreto con il quale il giudice per le indagini preliminari, non procedendo alla convalida del decreto adottato dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 267, comma 2, c.p.p. per **insussistenza delle ragioni di urgenza, autorizzi le operazioni per il prosieguo**, in quanto tale decreto, ove contenga l'indicazione dei presupposti della richiesta ex art. 267, comma 1, c.p.p. – gravi indizi di reato ed assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini – è atto idoneo a manifestare la volontà dell'organo requirente a che

il mezzo di ricerca della prova venga comunque adottato dal giudice anche in carenza dei requisiti di immediato pregiudizio che ne avrebbero consentito l'adozione da parte dello stesso pubblico ministero (Cass., Sez. II, n. 26139/19 Rv. 276975).

In tal caso, posto che il gip ha negato la convalida ritenendone insussistenti i presupposti, deve concludersi nel senso dell'inutilizzabilità delle intercettazioni svolte prima dell'adozione del decreto autorizzativo autonomamente emesso dal gip.

9. Inutilizzabilità per violazione dell'art. 268, commi 1 e 3, c.p.p.

L'art. 271 c.p.p. limita le ipotesi di inutilizzabilità per violazione dell'art. 268 c.p.p. ai soli casi in cui non risultino rispettate le prescrizioni imposte dal comma 1 e dal comma 3.

Il primo comma richiede che le comunicazioni intercettate debbano essere registrate e che si provveda a verbalizzare le operazioni svolte.

Sul punto non si registrano particolari problematiche, dovendosi unicamente segnalare la sentenza resa da Cass., Sez. III, n. 21968/2016, Rv. 267075 secondo cui la sanzione della inutilizzabilità, prevista dall'art. 271 c.p.p. in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 268 stesso codice, riguarda **l'omessa redazione dei verbali e non l'omesso deposito dei cd. brogliacci, che si distinguono dai primi perché contengono solo la sintesi delle conversazioni intercettate e non la sommaria indicazioni delle operazioni svolte**

Maggiori problemi sono sorti con riguardo al terzo comma, in base al quale le operazioni devono essere svolte presso gli ubicati presso la Procura della Repubblica, a meno che che il pubblico ministero, con apposito decreto motivato, non indichi le ragioni – insufficienza o ragioni di eccezionale urgenza – che necessitino di far ricorsi ad altri impianti.

Si tratta di una disposizione che ha dato luogo a plurimi dubbi interpretativi, allo stato in gran parte risolti.

In particolare, si segnala che l'obbligo di motivazione del decreto del pubblico ministero che dispone l'utilizzazione di impianti diversi da quelli in dotazione all'ufficio di Procura non è assolto col semplice riferimento alla "insufficienza o inidoneità" degli impianti stessi (che ripete il conclusivo giudizio racchiuso nella formula di legge), ma richiede la **specificazione delle ragioni di tale carenza che in concreto depongono per la ritenuta "insufficienza o inidoneità"**. (La Corte ha precisato che l'adempimento dell'obbligo di motivazione implica, per il caso di inidoneità funzionale degli impianti della Procura, che sia data concretezza, seppure senza particolari locuzioni o approfondimenti, delle ragioni che li rendono concretamente inadeguati al raggiungimento dello scopo, in relazio-

ne al reato per cui si procede ed al tipo di indagini necessarie) (Cass., Sez. U, n. 30347/07, Rv. 236754)

Deve precisarsi, infine, che non determina alcuna inutilizzabilità la cosiddetta “**remotizzazione**” degli ascolti, modalità mediante la quale le intercettazioni vengono svolte e sono registrate sugli impianti della Procura della Repubblica, pur consentendosi il mero ascolto delle stesse presso gli uffici delle forze dell’ordine che seguono le indagini.

A fronte della previsione dell’inutilizzabilità per il caso di violazione dell’art. 268, comma 3, c.p.p., analoga sanzione non è stata introdotta con riguardo alle modalità di esecuzione delle intercettazioni mediante **captatore informatico**.

Il nuovo art. 268, comma 3-*bis*, c.p.p. consente al PM di disporre che le operazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati, senza imporre neppure un onere motivazionale rafforzato. All’art. 271 c.p.p., al contempo, non è stato inserito, tra le ipotesi di violazione che determinano l’inutilizzabilità, anche il richiamo del predetto comma 3-*bis*, sicchè allo stato sussiste una obiettiva diversità di trattamento, con riguardo alla motivazione in ordine agli impianti da utilizzare, a seconda che si proceda con le ordinarie intercettazioni, piuttosto che con il ricorso al captatore informatico.

Il divario di disciplina è solo parzialmente attenuato dal fatto che l’art. 89, disp.att., c.p.p. contiene una disciplina di dettaglio, richiedendo l’indicazione nel verbale del tipo di programma utilizzato e, ove possibile, del luogo in cui si svolgono le conversazioni; si richiede, inoltre, l’uso di programmi conformi ai requisiti stabiliti con decreto ministeriale ed il controllo della corrispondenza tra il dato intercettato e quello che va immediatamente trasmesso agli impianti della Procura; in caso di impossibilità di immediato trasferimento, nel verbale va dato atto delle ragioni impeditive, della successione cronologica degli avvenimenti e delle conversazioni intercettate.

A fronte di tale dettagliate prescrizioni, tuttavia, l’art. 271, comma 1-*bis*, c.p.p. stabilisce l’inutilizzabilità con riferimento ai soli dati acquisiti nelle operazioni preliminari all’inserimento del captatore informatico, nonché per i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo, sicchè le molteplici previsioni di dettaglio che regolamentano l’uso del captatore rimangono in gran parte prive di rilievo ai fini dell’utilizzabilità.

10. L’inutilizzabilità delle videoriprese

Se l’inutilizzabilità delle intercettazioni trova puntuali previsioni normative, altrettanto non avviene in relazione alle videoriprese ambientali, per le quali manca una disciplina che ne indichi modi e casi di ammissibilità.

Tale lacuna normativa ha dato luogo a contrasti interpretativi risolti, in gran parte, solo a seguito della sentenza “Prisco” delle Sezioni unite (n. 26795/2006), che ha in primo luogo individuato le registrazioni liberamente acquisibili. Sono tali le videoriprese formate al di fuori del procedimento penale – anche se non necessariamente prima e comunque, non in vista, né in funzione del procedimento penale, alle quali è riconosciuta natura di prova documentale, in quanto formate da soggetti diversi dagli inquirenti e per finalità che non sono quelle proprie dell’attività di indagine (telecamere fisse, banche, strade ecc.)

Le videoriprese svolte nel corso delle indagini, invece, sono state espressamente qualificate quali prove atipiche, non potendo essere assimilate alle intercettazioni di comunicazioni, delle quali condividono l’elemento della captazione occulta, ma hanno un diverso oggetto, riguardando una condotta materiale e non una semplice conversazione; tale diversità di oggetto, peraltro, si riverbera anche sui mezzi tecnici necessari e sul grado di invasività degli stessi.

Partendo da tale presupposto, le Sezioni unite hanno distinto tra le videoriprese aventi ad oggetto comportamenti “comunicativi” e “non comunicativi”, ritenendo che solo le prime sono sottoposte al regime delle intercettazioni, mentre per le seconde si applica la disciplina prevista per le prove atipiche.

11. Dubbi sulla nozione di comportamenti “comunicativi”

La distinzione introdotta dalle Sezioni unite riveste conseguenze pratiche di notevole rilievo, posto che le riprese di comportamenti “comunicativi” possono essere svolte anche all’intero del domicilio privato, a condizione che ricorrano le condizioni previste dall’art. 266, comma 2, c.p.p.

Viceversa, le videoriprese di comportamenti “non comunicativi” non possono essere svolte nei luoghi indicati dall’art. 614 c.p., non potendosi applicare la norma contenuta all’art. 266, comma 2, c.p.p. e difettando di una diversa disposizione che consenta l’abusivo ingresso nel domicilio al fine di collocare la necessaria strumentazione per le riprese.

Ciò posto, si evidenzia come la giurisprudenza sembra incline ad un progressivo ridimensionamento della distinzione tra comportamenti “comunicativi” e “non comunicativi”.

Secondo un indirizzo di maggior rigore ermeneutico, sono **comportamenti comunicativi solo quelli finalizzati a trasmettere il contenuto di un pensiero mediante la parola, i gesti, le espressioni fisiognomiche o altri atteggiamenti idonei a manifestarlo.** (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso la natura di comportamenti comunicativi nelle immagini che riprendevano due soggetti, uno dei

quali passava all'altro gli scontrini di pagamento di un'autorimessa, per farli alterare da quest'ultimo al fine di consentirne il riciclo e, in tal modo, sottrarre incassi alla società che gestiva il servizio, alle cui dipendenze lavoravano). (Cass., Sez. V, n. 11419 del 2015).

Recentemente, tuttavia, si è sostenuto che in tema di videoregistrazioni eseguite in ambiente privato, la legittimità delle riprese di comportamenti "comunicativi" o "non comunicativi" deve essere **valutata secondo un criterio prognostico "ex ante", al momento in cui le operazioni sono state autorizzate dall'autorità giudiziaria**, prescindendo dagli esiti delle stesse, con la conseguenza **che sono utilizzabili le videoriprese legittimamente autorizzate per captare eventuali comunicazioni gestuali, pur se rivelatesi "ex post" solo rappresentative di condotte materiali non comunicative** (Cass., Sez. III, n. 15206/20, Rv. 279067)

Si è addirittura ritenuto che le riprese audio-video, disposte previa autorizzazione del giudice, delle effusioni e dei rapporti sessuali tra l'indagato e la minore vittima di violenza sessuale, intrattenuti all'interno di un domicilio privato, sono utilizzabili in quanto configurano intercettazioni di comportamenti comunicativi, ancorché di tipo non verbale, espressivi di interazione ed idonei a trasmettere contenuti del pensiero o stati d'animo (Cass., Sez. III, n. 31515/20, Rv. 280039)

Tali soluzioni non paiono, invero, corrette, posto che tendono a dilatare la nozione di atti "comunicativi" al di là di quello che è il senso comune, facendovi rientrare anche meri comportamenti, sicuramente indicativi di una condotta costituente reato, ma non rientranti nel concetto di "comunicazione", sulla base del quale le Sezioni unite hanno affermato l'equiparazione delle videoriprese alle intercettazioni di conversazioni.

Il regime della “circolazione” delle intercettazioni dopo la riforma: garanzie o limiti?

SOMMARIO: 1. I principi affermati dalle SS.UU. “Cavallo”. – 2. Sulla enunciazione del principio di diritto fissato dalle Sezioni Unite. – 3. Le diverse modulazioni della giurisprudenza successiva all’intervento delle SS.UU. – 4. Le reazioni della dottrina. – 5. Alcune questioni problematiche emerse nella successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità. – 6. Il nuovo testo dell’art. 270 c.p.p. – 7. Le prospettive. – 8. La “tenuta” costituzionale della nuova disciplina. – 9. L’utilizzazione dei risultati ottenuti mediante il cd. *trojan horse* e i possibili rapporti con l’interpretazione dell’art. 270 c.p.p.

1. I principi affermati dalle SS.UU. “Cavallo”

Con riferimento al **testo dell’art. 270 c.p.p., nella sua versione anteriore alle modifiche introdotte con la l. n. 7 del 2020** di conversione del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, è opportuno rammentare che la legislativa novella si applica solo ai procedimenti penali iscritti successivamente alla data del 31 agosto 2020 (*ex art. 2, comma 8, d.l. n. 161, cit., come modificato dall’art. 1, comma 2, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modifiche., nella legge n. 70 del 2020*)¹.

I principi in materia, come è noto, sono stati dettati dalle **Sezioni Unite Cavallo**, con la sentenza n. 51 del 28/11/2019, dep. 02/01/2020.

Con tale decisione le Sezioni Unite Cavallo hanno stabilito che 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 c.p.p.*, 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.

¹ Per una complessiva ricostruzione delle diverse problematiche poste dal succedersi degli interventi normativi v. R. APRATI, *Tre premesse sulla circolazione probatoria delle intercettazioni*, in *www.giustizainsieme.it*, 2 giugno 2022, pp. 1 ss.

Per “**diversi procedimenti**”, *ex art. 270 c.p.p.*, devono intendersi i “diversi reati” che non siano connessi *ex art. 12 c.p.p.* a quelli per i quali l’intercettazione è stata autorizzata.

Ciò significa che **solo la connessione “sostanziale” tra reati, rilevante *ex art. 12 c.p.p.*, fonda la categoria di “stesso procedimento” idonea a paralizzare l’operatività dell’art. 270 c.p.p.**

Di contro **non è sufficiente un nesso di natura “formale” od “occasionale”**, quale quello derivante dal collegamento delle indagini ai sensi dell’art. 371 c.p.p., dall’appartenenza ad un medesimo contesto (o “filone”) investigativo, dal medesimo numero di iscrizione del fascicolo processuale.

Precisano infatti le Sezioni Unite che, in presenza di un legame sostanziale tra reati ai sensi dell’art. 12 c.p.p., le intercettazioni sono utilizzabili, **ma solo a condizione che il “nuovo” reato rientri nel catalogo di cui all’art. 266 c.p.p.**

La soluzione accolta sul punto dalle Sezioni Unite Cavallo rappresenta l’ap-prodo di un’opzione interpretativa rispettosa del principio della riserva assoluta di legge stabilita dall’art. 15 Cost. e – come più avanti meglio si vedrà – della lettura che di tale norma ha fornito la Corte Costituzionale.

Lo statuto costituzionale delle intercettazioni impone non solo la predeterminazione tassativa dei requisiti di legge e un provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria, ma anche la previsione di ulteriori “garanzie”, volte a ridurre al minimo la lesione del diritto inviolabile alla segretezza delle comunicazioni.

L’impianto argomentativo della decisione resa dalle Sezioni Unite Cavallo si snoda attraverso i seguenti **passaggi motivazionali**:

– «attraverso l’individuazione dei reati in relazione ai quali l’intercettazione può essere autorizzata, i limiti di ammissibilità definiscono il perimetro legale all’interno del quale il giudice deve operare le valutazioni relative alla sussistenza, nella fattispecie concreta, dei presupposti dell’autorizzazione (in ordine, ad esempio, al presupposto indiziario di cui all’art. 267 c.p.p.);

– ne consegue che la previsione di limiti di ammissibilità delle intercettazioni (delineati in particolare per le intercettazioni “ordinarie” dall’art. 266 c.p.p. attraverso il riferimento alla comminatoria edittale del reato e/o l’indicazione di tipologie generali o specifiche di fattispecie incriminatrici in relazione alle quali viene chiesta l’autorizzazione) è espressione diretta e indefettibile della riserva assoluta di legge *ex art. 15 Cost.*, che governa la materia delle intercettazioni, e dell’istanza di rigorosa – e inderogabile – tassatività che da essa discende (cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 1994), riconnettendosi alla «natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione)» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991);

– «consentire, in caso di connessione dei reati o di emersione del nuovo reato nel procedimento *ab origine* iscritto, l'utilizzazione probatoria dell'intercettazione in relazione a reati che non rientrano nei limiti di ammissibilità fissati dalla legge si tradurrebbe, come la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di rimarcare, nel surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti, con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall'art. 266 c.p.p. che intende porre un limite alla interferenza nella libertà e segretezza delle comunicazioni in conformità all'art. 15 della Costituzione»;

– «....., l'indiscriminato, in quanto svincolato dall'osservanza dei limiti di ammissibilità previsti dalla legge, allargamento dell'area dei reati per i quali sarebbero utilizzabili i risultati delle intercettazioni incrinerebbe il bilanciamento tra i valori costituzionali contrastanti (il diritto dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni, da una parte; dall'altra, l'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire i loro autori) che è assicurato dall'art. 270 c.p.p.».

Sulla base di tali argomentazioni le Sezioni Unite hanno concluso che l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte nell'ambito di un "medesimo procedimento" presuppone che i reati diversi da quelli per i quali il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato rientrino nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni stabiliti dalla legge.

2. Sulla enunciazione del principio di diritto fissato dalle SS.UU.

Un preliminare chiarimento si rende opportuno.

A norma dell'art. 173, comma 3, disp. att. c.p.p., «quando il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione».

Ciò implica che le Sezioni Unite, in consonanza con i valori-guida sopra richiamati, sono chiamate ad enunciare il «principio di diritto» in modo da definirne gli esatti confini, cosicché la regola enucleata possa essere di per sé esauriente e fungere da guida per orientare in maniera certa e, quindi, prevedibile, le future decisioni.

Spetta, senza dubbio, alle Sezioni Unite della Corte di cassazione un ampio potere di ricostruire l'istituto oggetto di esame e di formulare "il principio di diritto" secondo un'ottica di razionalizzazione sistematica in funzione nomofilattica, sensibile alle varie connessioni e implicazioni. Si tratta di un potere cui le Sezioni Unite hanno fatto ripetutamente ricorso. A mero titolo esemplificativo è sufficiente porre mente, tra le più note, alle Sezioni Unite Mannino (n. 33748 del 12/07/2005), Burba (n. 36848 del 17/07/2014) e Dasgupta (n. 27620 del 28/04/2016).

Nel caso definito dalle Sezioni Unite Cavallo, la decisione non è arrivata “a sorpresa”, dato che già l’ordinanza di rimessione (Sez. VI, n. 11160 del 13/02/2019) si era interrogata sulla “questione” della operatività dei limiti di cui all’art. 266 c.p.p. per i reati appartenenti allo “stesso procedimento”.

Ne discende che, alla luce delle stesse argomentazioni sviluppate nell’ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite sono state chiamate a stabilire se le conversazioni intercettate dovessero ritenersi comunque utilizzabili per tutti i reati oggetto del procedimento e, assolvendo a tale compito, hanno chiarito, dapprima, quale fosse il criterio per stabilire se i reati appartenessero o meno allo «stesso procedimento» ed hanno specificato, poi, che all’interno della categoria “stesso procedimento” le intercettazioni potevano utilizzarsi per i reati in essa ricompresi, purché ricorressero i limiti di utilizzabilità previsti dall’art. 266 c.p.p.

In assenza di tale ultima precisazione, il “principio di diritto”, enunciato *ex art. 173*, comma 3, disp. att. c.p.p., avrebbe assunto una valenza assoluta che le Sezioni Unite non hanno inteso assegnargli.

La Corte, pertanto, si è fatta carico di chiarire gli esatti confini entro i quali il principio fosse operante: occorre, di certo, un legame sostanziale *ex art. 12 c.p.p.*, ma ciò non è sufficiente, perché gli ulteriori reati (connessi) devono comunque rientrare nei limiti di cui all’art. 266 c.p.p.

In tal modo la Corte si è fatta interprete di quei valori di certezza, prevedibilità e precisione testé sinteticamente richiamati.

3. Le diverse modulazioni della giurisprudenza successiva all’intervento delle Sezioni Unite

Va rammentato che la successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità si è per lo più conformata ai principi dettati dalle Sezioni Unite “Cavallo” (Sez. VI, n. 26739 del 18/09/2020, Currò, Rv. 2796661; Sez. VI, n. 14051 del 25/02/2020, Russo, Rv. 278843; nonché tra le altre non massimate Sez. II n. 23410 del 01/07/2020, Ndiaye; Sez. IV, n. 32206 del 21/20/2020, Carusone; Sez. V n. 11745 del 07/09/2020, Giaccio; Sez. V, n. 23438 del 20/07/2020, Capaldo; Sez. VI, n. 20558 11/06/2020, Nichiniello; Sez. VI, n. 36201 del 30/09/2020, Broscritto) e che le Sezioni semplici della Corte si sono allineate anche sulla necessità che i reati, connessi *ex art. 12 c.p.p.* a quelli in relazione ai quali le intercettazioni siano state “ab origine” autorizzate, rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall’art. 266 c.p.p.

Ammettere l’utilizzazione probatoria dell’intercettazione in relazione a reati che non rientrano nei limiti di ammissibilità fissati dalla legge si tradurrebbe, infatti, «nel surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti, con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall’art. 266 c.p.p., che intende porre un limite

alla interferenza nella libertà e segretezza delle comunicazioni in conformità all'art. 15 della Costituzione».

In tale delicata materia, dunque, viene evidentemente in rilievo un limite imposto dalla legge e non creato dalla giurisprudenza *praeter o contra legem*.

Si discosta, in parte, dall'indirizzo delineato dalle Sezioni Unite una decisione che, seguendo altra pronuncia (Sez. II, 6 novembre 2020, n. 37407), tende ad ampliare la sfera applicativa della decisione del 2019, stabilendo che, ai fini dell'utilizzabilità delle intercettazioni, i procedimenti collegati *ex art. 371, co. 2, c.p.p., lett. b) e c)* non rientrano nella nozione di procedimenti diversi, sicché nulla osta alla circolazione delle intercettazioni in queste ipotesi, al pari di quanto già affermato in relazione all'art. 12 c.p.p.²

Ciò non dimeno, tale estensione sembra confliggere con quanto affermato nella stessa sentenza, là dove chiarisce che “per procedimenti diversi si devono intendere quelli instaurati in relazione ad una notizia di reato che deriva da un fatto storicamente diverso”. Infatti, basandosi su questa nozione di procedimento, i reati connessi o collegati andrebbero esclusi perché derivanti da un fatto storicamente diverso.³

4. Le reazioni della dottrina

Se la **prima parte del principio di diritto** affermato dalla richiamata decisione ha incontrato critiche non particolarmente severe (per lo più provenienti dal mondo accademico, che ha comunque riconosciuto l'intento compromissorio ed equilibrato della decisione), **la sua seconda parte** è invece stata accolta con difficoltà da alcuni settori della magistratura, dando il via ad un dibattito che ha contribuito a porre le premesse per l'intervento normativo poi operato sul primo comma dell'art. 270 c.p.p.⁴

² Cass., Sez. III, 7 ottobre 2021, n. 36353, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 493.

³ Cfr., al riguardo, il commento di M. GIANGRECO, *Il divieto di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi ex art. 270 c.p.p. Urge un cambio di prospettiva?*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 497 ss.

⁴ In generale, sul tema, cfr. i commenti di E. VALENTINI, *Un rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, in AA.VV., *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, a cura di G. GIOSTRA e R. ORLANDI, Giappichelli, 2021, p. 279 ss.; P. BRONZO, *Ammissibilità e divieto di utilizzazione delle intercettazioni tramite captatore informatico*, *ivi*, p. 257 ss.; F. CASSIBBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*, in *Giurisprudenza penale web*, 2020 (6), p. 2; J. DELLA TORRE, *La nuova disciplina del captato: un nodo arduo da sciogliere*, in M. GIALUZ (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, in *Diritto di internet*, 2020 (supplemento al fasc. 3), p. 92; G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti*

A commento della pronuncia, una parte della **dottrina** ha giustamente osservato come la presa di posizione racchiusa nella seconda parte del principio di diritto fosse destinata ad incidere sulla diversa e più ampia questione della modifica dell’addebito che, originariamente ascrivibile al catalogo di cui al primo comma dell’art. 266 c.p.p., a seguito di una successiva derubricazione non risulti più ricompreso in tale elenco⁵.

Come è noto, tale situazione, invero piuttosto frequente, viene tradizionalmente risolta dalla giurisprudenza affermando che se, con giudizio svolto *ex post*, ma sulla base degli atti a disposizione nel momento in cui le intercettazioni venivano autorizzate, appare che il pubblico ministero richiedente ed il giudice abbiano correttamente sussunto la notizia di reato in una delle fattispecie legittimanti l’attivazione del mezzo di ricerca della prova, il conseguente esito probatorio dovrebbe ritenersi pienamente utilizzabile, a prescindere dai successivi mutamenti dell’addebito.

All’indomani della pronuncia delle Sezioni Unite, tuttavia, era evidente che una posizione di questo tipo fosse più difficile da sostenere: la considerazione autonoma dell’autorizzazione e dell’impiego del dato probatorio – quali momenti entrambi da inquadrare nel rispetto dell’art. 266 c.p.p. – avrebbe infatti dovuto essere riportata alle sue logiche conseguenze, anche rispetto alla derubricazione del reato “portante” il ricorso alle intercettazioni.

5. Alcune questioni problematiche emerse nella successiva elaborazione della giurisprudenza di legittimità

Si riassumono, sinteticamente, qui di seguito, alcune delle principali questioni problematiche cui ha dato luogo l’applicazione del su delineato quadro di principi.

A) Secondo Sez. V, n. 1757 del 17/12/2020, dep. 15/01/2021, Rv. 280326, in forza della **disciplina applicabile ai procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020**, antecedente alla riforma introdotta dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, come modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70,

diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale, in *Sist. pen.*, 30 gennaio 2020; K. NATALI, *Sezioni unite e “legge Bonafede”: nuove regole per l’uso trasversale delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1901; F. VANORIO, *Il permanente problema dell’utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l’intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, in *Sist. pen.*, 2020 (6), p. 181; G. AMATO, *Procedimenti diversi, permangono dubbi nonostante le S.U.*, in *Guida al diritto*, 2020 (13), p. 45.

⁵ K. NATALI, *cit.*, p. 1909 s.; E. VALENTINI, *cit.*, p. 293 ss.

i risultati delle intercettazioni autorizzate per un determinato fatto-reato sono utilizzabili anche per ulteriori fatti-reato legati al primo da una connessione sostanziale rilevante ai sensi dell'art. 12 c.p.p., ma solo a condizione che rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p.

Nella motivazione la Corte ha precisato che la previsione di limiti di utilizzabilità degli esiti captativi è espressione della riserva di legge posta a garanzia del diritto alle libertà e segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost., non travalicabile in ragione dei principi di “non dispersione della prova”, non incidendo sull'obbligo di esercizio dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost., e di uguaglianza *ex art.* 3 Cost., in quanto il differente regime processuale afferisce, secondo un criterio di ragionevolezza, alla diversa tipologia dei reati e non dei soggetti concorrenti.

B) Riguardo al tema della individuazione dei limiti di ammissibilità *ex art.* 266 c.p.p. e all'applicabilità anche ai casi di riqualificazione del reato autorizzato, la S.C. (Sez. VI, n. 23148 del 20/01/2021, dep. 11/06/2021, Rv. 281501) ha inoltre affermato il principio secondo cui, in tema di intercettazioni, **la regola secondo cui l'utilizzabilità delle intercettazioni per un reato diverso, connesso con quello per il quale l'autorizzazione sia stata concessa, è subordinata alla condizione che il nuovo reato rientri nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p., non si applica ai casi in cui lo stesso fatto-reato per il quale l'autorizzazione è stata concessa sia diversamente qualificato in seguito alle risultanze delle captazioni.**

Nella motivazione la Corte ha precisato che, in tale evenienza, non vi è elusione del divieto di cui all'art. 270 c.p.p., attese l'intervenuta legittima autorizzazione dell'intercettazione e la modifica dell'addebito solo per sopravvenuti, fisiologici, motivi, legati alla naturale evoluzione del procedimento.

Nella stessa scia si è poi collocata Sez. I, n. 12749 del 19/03/2021, dep. 02/04/2021, Rv. 280981.

C) Per quel che attiene, poi, alla **valutazione del criterio di connessione**, si è affermato (Sez. VI, n. 29194 del 19/01/2021, dep. 26/07/2021, Rv. 281824) che, ai fini della utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, la valutazione dell'esistenza di un vincolo di connessione *ex art.* 12 c.p.p. tra il reato “diverso” e quello per cui le captazioni siano state autorizzate va operata **in relazione a quanto accertato, e non con riguardo alla mera prospettazione astratta**, formulata dal giudice, nel momento in cui l'autorizzazione è stata resa.

Nel caso di specie era emersa, all'esito delle intercettazioni, l'assenza del vincolo di connessione tra il reato di associazione di stampo mafioso, per cui erano state autorizzate le captazioni, ed alcuni fatti corruttivi per i quali si invocava l'utilizzabilità dei relativi esiti.

Si è inoltre precisato che la verifica dei presupposti di legittimità va effettuata con riguardo alla qualificazione del reato per il quale, **in concreto**, si dispone

di indizi idonei al momento dell'autorizzazione, sicché, ove “ab origine” il reato astrattamente configurabile non fosse tra quelli contemplati dall'art. 266 c.p.p., le intercettazioni sarebbero inutilizzabili pur se formalmente disposte per un titolo di reato che le consentiva (Sez. VI, n. 36420 del 19/01/2021, dep. 07/10/2021, Rv. 281989).

Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto inutilizzabili le intercettazioni inizialmente disposte in relazione al reato di **corruzione** e poi utilizzate con riguardo al reato di **abuso d'ufficio**, sul presupposto che quest'ultima era l'unica fattispecie concretamente configurabile sulla base degli elementi disponibili fin dal momento in cui l'autorizzazione era stata disposta.

D) Per quel che attiene al tema della disciplina applicabile per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020 e della utilizzazione dei risultati anche per ulteriori fatti-reato legati dal vincolo della continuazione, la Corte (Sez. V, n. 37697 del 29/09/2021, dep. 18/10/2021, Rv. 282027) ha precisato che, secondo la disciplina applicabile ai procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, antecedente alla riforma introdotta dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, come modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla l. 25 giugno 2020 n. 70, i risultati delle intercettazioni autorizzate per un determinato fatto-reato sono utilizzabili anche per gli ulteriori fatti-reato legati al primo dal vincolo della continuazione ex art. 12, lett. b), c.p.p., **senza la necessità che il disegno criminoso sia comune a tutti i correi.**

6. Il nuovo testo dell'art. 270 c.p.p.

Il **nuovo testo** dell'art. 270, co. 1, c.p.p. stabilisce che i risultati di intercettazioni disposte in un procedimento possono essere utilizzati come prova o indizio in un procedimento diverso quando «risultino **rilevanti e indispensabili** per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266, comma 1» contro lo stesso indagato o contro altre persone.

Tale eccezionale deroga deve comunque mantenersi «entro i precisi confini della stretta necessità della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico primario che la giustifica», ossia alla «repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono» [C. Cost. 63/1994]: ciò spiega il motivo per il quale l'eccezione è stata circoscritta a delitti di particolare gravità e, quindi, per un numero più ristretto di casi rispetto a quelli di cui agli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p.

Al riguardo l'esame dei **lavori parlamentari** mostra rilevanti incertezze politiche: se l'emendamento presentato prima di quello poi sfociato nell'attuale primo comma dell'art. 270 c.p.p. rispondeva all'obiettivo di positivizzare il principio di

diritto della “sentenza Cavallo”, nel breve volgere di un ristretto lasso temporale il punto riferimento della novella legislativa sarebbe radicalmente mutato, facendo emergere la diversa esigenza di reagire a quella pronuncia, sia riducendo, per un verso, l’ambito operativo del divieto di utilizzazione, sia approntando, per altro verso, una disposizione sistematicamente sostenibile alla luce del mutato assetto normativo nel frattempo delineatosi in relazione al comma 1-*bis*.

Quali i problemi derivanti dalla interpolazione del testo normativo?

A) Primo problema

È ovvio che ciò che è “indispensabile” deve necessariamente essere anche “rilevante” perché non esiste qualcosa di “rilevante” ma non “indispensabile”, per cui il nuovo requisito nulla aggiunge a quello precedente.

In questa prospettiva, potrebbe ritenersi che l’indispensabilità dell’“accertamento” dovrebbe riferirsi a tutta l’imputazione, compresi i fatti relativi alla punibilità, alla determinazione della pena ed alla qualificazione del reato medesimo in rapporto alle circostanze attenuanti o aggravanti (Sez. II, n. 12625/2015, Rv. 262927; Sez. VI, 22.9.2005, Rv. 232047; Sez. VI, n. 5363/1996, Rv. 205075). L’utilizzazione dei risultati intercettativi sarebbe dunque consentita nelle ipotesi in cui essi risultino indispensabili non solo all’accertamento del fatto reato, ma anche con riferimento all’intera imputazione, compresi i fatti relativi alla punibilità, alla determinazione della pena, alla qualificazione del reato in rapporto alle circostanze attenuanti o aggravanti, ed anche quando l’indispensabilità è in funzione del riscontro di dichiarazioni accusatorie (Sez. II, 24.1.2006, Rv. 233365).

B) Secondo problema

L’impiego della congiunzione “e” può essere inteso in due modi: in senso **cumulativo** (cioè, riferito ai delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza, purché si tratti dei reati di cui all’art. 266, c. 1) o invece **disgiuntivo** (cioè riguardante i delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza, oppure i reati di cui all’art. 266, co. 1, c.p.p.⁶).

Ora, è indubbio che la *littera legis* sembri orientata nel secondo senso.

Secondo l’esegesi più immediata, l’eccezione alla regola di esclusione dovrebbe operare tanto per i delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza quanto per i reati di cui all’art. 266, co. 1, c.p.p. Detto altrimenti: a quella «e» andrebbe assegnato un significato equivalente alla parola “oppure”.

Secondo una diversa tesi, tuttavia, l’interpretazione che opta per la presenza disgiuntiva delle due condizioni porterebbe a risultati incostituzionali e, quindi, inaccettabili.

⁶ Per un’ampia ricostruzione delle possibili alternative ermeneutiche al riguardo cfr. E. VALENTINI, *cit.*, p. 298 ss.

Infatti, la Corte Costituzionale, nell'esaminare il previgente art. 270, co. 1, c.p.p., ebbe già occasione di considerare «apertamente contrastante con le garanzie poste dall'art. 15 Cost.» la proposta di estendere l'eccezione al divieto di utilizzazione di cui all'art. 270, c. 1, a tutti i procedimenti «rispetto ai quali, ai sensi dell'art. 266 c.p.p., è ammissibile procedere alle intercettazioni», dal momento che «trasformerebbe l'intervento del giudice, richiesto dal richiamato art. 15 per l'irrogazione in concreto di restrizioni alla predetta libertà, in “un'inammissibile autorizzazione in bianco” a disporre le intercettazioni, con conseguente lesione della “sfera privata” legata al riconoscimento del diritto inviolabile di libertà di comunicazione e al connesso dovere di riservatezza incombente su tutti coloro che per ragioni d'ufficio vengano a conoscenza di fatti inerenti a quella sfera» (cfr. C. Cost. 10.2.1994, n. 63 e, in precedenza, C. Cost. 11.7.1991, n. 366).

Secondo questa opinione, dunque, occorre interpretare la locuzione legislativa dandole un senso conforme alla Costituzione e, poiché si richiede che i risultati dell'intercettazione 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, c.p.p.», **l'impiego della congiunzione “e” significa che il legislatore ha voluto indicare due requisiti tra loro cumulativi**, per cui l'utilizzazione “nel diverso procedimento” deve ritenersi ammessa solo se indispensabile per un delitto per il quale l'art. 266, co. 1, c.p.p. ammette l'intercettazione e per il quale sia, inoltre, prevista un'ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza (art. 270, co. 1).

Infatti, le due categorie di reati (quelli suscettibili di intercettazione e quelli ad arresto obbligatorio) non sono omogenee, né sovrapponibili, esistendo reati per i quali è ammessa l'intercettazione, ma non l'arresto obbligatorio in flagranza.

Ma, soprattutto, vi sono reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, ma non è consentita l'intercettazione.

Si ritiene perciò evidente che il legislatore, con il contemporaneo richiamo agli artt. 266 e 380 c.p.p., ha inteso evitare il paradosso che si verificava in passato, quando i risultati delle intercettazioni potevano essere, in alcune ipotesi, utilizzati come prova del fatto diverso, ancorché quest'ultimo, pur rientrando tra i casi di arresto obbligatorio, non consentiva tuttavia, *ex se*, l'intercettazione. Si verificava, quindi, la singolare situazione per la quale, in relazione a certi reati, pur non ammettendosi l'intercettazione, i risultati dell'operazione *aliunde* disposta erano comunque utilizzabili, se accidentalmente captati in un diverso procedimento, senza una specifica autorizzazione da parte del g.i.p.

È evidente, dunque, l'intento perseguito dalla nuova formulazione dell'art. 270, co. 1, c.p.p. di esigere la contemporanea presenza di entrambe le condizioni (arresto obbligatorio in flagranza e possibilità di intercettazione), proprio al fine di evitare il determinarsi della precedente incongruenza dell'indagine su un reato, di per sé non intercettabile, ma captabile “a strascico” di un altro.

Proprio per tale ragione, del resto, dovettero intervenire le Sezioni Unite Cavallo, al fine di chiarire che è necessario che i reati, connessi *ex art.* 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali le intercettazioni erano state *ab origine* autorizzate, rientrassero nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p.

Occorre tuttavia rilevare che, malgrado lo spirito garantistico che muove tale esegesi, il testo del nuovo art. 270. co. 1, c.p.p. lascia ben poco spazio in tal senso: nonostante gli sforzi, difficilmente quella «e» può essere intesa come se dicesse “purché si tratti”⁷. Il modo in cui il precetto è stato interpolato indica infatti come basti, per superare il divieto d'uso, che il nuovo fatto criminoso rientri nell'uno o nell'altro insieme di reati, senza che debba necessariamente essere ricompreso in entrambi: ciò si desume dalla **costruzione della frase**, ma anche dai **lavori parlamentari**, che, per quanto non diffusi sul punto, **depongono in tale direzione**.

Peraltro, nonostante l'esegesi più restrittiva – dunque quella che interpreta la «e» in modo condizionale e non addizionale – sia senz'altro, fra le alternative percorribili, quella maggiormente in linea con i parametri costituzionali, quantomeno per come ricostruiti dalla Corte di cassazione e dal Giudice delle leggi, essa tuttavia si scontra, oltre che con il testo del precetto, anche con l'interpretazione logico-sistematica dell'art. 270 c.p.p., ove si osservi il primo comma anche alla luce del comma 1-*bis* (sul punto v., *infra*, il paragrafo seguente).

7. Le prospettive

Ancorché maturato rispetto ad un assetto codicistico ormai modificato, **il principio di diritto della “sentenza Cavallo” potrebbe conservare una sua persistente attualità:** la pronuncia si era infatti concentrata sulla dicotomia medesimo procedimento/altro procedimento, e quindi sulla prima parte dell'art. 270, comma 1, c.p.p.; viceversa, la legge n. 7 del 2020 è intervenuta sulla sola seconda parte del comma, dunque sulla sola disciplina preposta a definire il perimetro della deroga.

Innanzitutto, **può considerarsi ancora utile ed attuale il criterio elaborato dalle Sezioni Unite per identificare la nozione di “medesimo procedimento”:** benché la deroga al divieto d'uso abbia visto un allargamento dei propri limiti (essendo stato notevolmente ampliato il catalogo dei reati per i quali vige l'eccezione alla regola di esclusione), la questione, sebbene meno foriera di ricadute concrete rispetto a quanto non fosse prima della novella del 2020, rimane in ogni caso sul tappeto, poiché continua tuttora a segnare il confine operativo della regola d'esclusione⁸.

⁷ Sul punto v. E. VALENTINI, *cit.*, p. 298 ss.

⁸ Cfr. E. VALENTINI, *cit.*, p. 306 ss.

Ebbene, la circostanza che nella lettera del comma 1-*bis* dell’art. 270 c.p.p., ossia nella disposizione destinata a regolare il possibile impiego “ulteriore” dei risultati probatori ottenuti mediante l’installazione del captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, si continui a menzionare (e a regolare) l’utilizzabilità «anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione», costituisce un argomento forte per sostenere che il concetto di “diverso procedimento” non possa essere considerato equivalente a quello di “diverso reato”: se le due espressioni potessero essere considerate sinonimiche, infatti, il legislatore non le avrebbe impiegate – entrambe – in due diversi commi della medesima disposizione normativa.

Constatazione, questa, che porta a ritenere più che **plausibile una persistente attualità della nozione di medesimo procedimento isolata dalla sentenza “Cavallo”**, là dove, come già rilevato, si coprirebbero tutte le ipotesi di connessione *ex art.* 12 c.p.p.

Sulla base di tale ricostruzione, la **prima parte del principio** di diritto enunciato dalle Sezioni Unite **potrebbe registrare una sua persistente attualità anche per il futuro**: in tal caso, occorre interrogarsi in ordine alla sopravvivenza, o meno, anche della sua **seconda parte**: ossia di quella secondo cui la captazione può comunque ritenersi utilizzabile (nel medesimo procedimento) solo qualora il “nuovo” reato – scoperto proprio in forza della captazione – soddisfi i requisiti di cui all’art. 266, co. 1, c.p.p.

Se, allora, l’affermazione delle Sezioni Unite in ordine alla necessità che, anche in seno al medesimo procedimento, il “nuovo” reato debba rientrare nel catalogo *ex art.* 266 comma 1 c.p.p. dovesse conservare la propria coerenza, ci si troverebbe dinanzi ad una particolare situazione normativa: l’utilizzabilità delle intercettazioni per provare un altro reato sarebbe sostanzialmente parificata in seno al procedimento *a quo* e nel procedimento *ad quem*, laddove l’unica differenza riscontrabile tra la possibilità di impiego nei due distinti contesti processuali potrebbe essere rinvenuta nel requisito (ampiamente svuotato di significato a livello giurisprudenziale) della indispensabilità⁹.

Sulla base di tali considerazioni, è facile prevedere che i **rapporti tra il novum normativo e la sentenza “Cavallo”** possano registrare il **superamento, quantomeno, della seconda parte del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite**.

Entro una diversa prospettiva, peraltro, si suggerisce di ricavare dal nuovo testo dell’art. 270 c.p.p. l’opzione esegetica secondo cui, nel medesimo procedimento – ovvero nei procedimenti assegnati al medesimo magistrato del p.m.

⁹ K. NATALI, *cit.*, p. 1913; E. VALENTINI, *cit.*, p. 307 ss.

– dovrebbero usarsi i risultati delle intercettazioni relativi ai reati autorizzati ed ai reati connessi o collegati a quelli autorizzati; di contro, nei procedimenti diversi – ovvero sia quelli trattati da magistrati del p.m. diversi – vi sarebbe il divieto di circolazione probatoria, a meno che i risultati delle intercettazioni riguardino i delitti per cui è consentito l'arresto in flagranza di reato o i reati per cui è ammissibile l'intercettazione *ex art. 260 c.p.p.*¹⁰.

8. La “tenuta” costituzionale della nuova disciplina

Se la **soluzione maggiormente plausibile è quella più estensiva** – che interpreta la «e» quale semplice congiunzione, e non come se sottendesse un “purché si tratti” – ci si deve anche interrogare in ordine alla **compatibilità costituzionale della nuova disciplina**.

La **giurisprudenza costituzionale** sembra offrire valide ragioni per smentire la tenuta del precetto alla luce dell'art. 15 Cost. A tal fine, infatti, è opportuno rammentare come, con la sentenza n. 63 del 1994, la Corte costituzionale abbia testualmente affermato che una norma che ammettesse la circolazione probatoria dei risultati delle intercettazioni per tutti i reati di cui al primo comma dell'art. 266 c.p.p. risulterebbe in aperto contrasto «con le garanzie poste dall'art. 15 (...) a tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni, dal momento che trasformerebbe l'intervento del giudice (...) in un'inammissibile autorizzazione in bianco a disporre le intercettazioni».

In tal senso si era del resto espressa la **Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato della Repubblica** alla seduta del 19 febbraio 2020.

Tuttavia, **nonostante la rilevanza delle implicazioni obiettivamente sottese alla linea interpretativa al riguardo tracciata dalla giurisprudenza costituzionale**, ampiamente richiamata dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite, l'esito di un eventuale scrutinio di costituzionalità pare tutt'altro che scritto: la tendenza legislativa ad espandere tanto il novero dei delitti ad arresto obbligatorio, quanto quello dei reati che consentono il ricorso originario al mezzo di ricerca della prova (art. 266 comma 1 c.p.p.), finisce infatti per attribuire a tale possibile percorso un esito niente affatto scontato, specie ove si consideri che il confronto tra tali due diversi cataloghi di reati conduce a risultati irrazionali, dal momento che esistono delitti che, pur imponendo l'arresto obbligatorio in flagranza, non consentirebbero un'autonoma autorizzazione ad intercettare¹¹.

¹⁰ R. APRATI, *cit.*, p. 16.

¹¹ A. MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 c.p.p. al crocevia fra interpretazioni giurisprudenziali ed interventi normativi*, in *www.legislazionepenale.eu*, 3 giugno 2020, p. 28; E. VALENTINI, *cit.*, p. 307

Un'eventuale difesa della compatibilità costituzionale della scelta operata dal legislatore del 2020 potrebbe infatti muovere proprio dalla considerazione del rilievo di tali aporie, ponendole a sostegno della tesi secondo cui la formulazione testuale del nuovo precetto, pur maggiormente incline verso le esigenze repressive rispetto alla precedente versione, costituirebbe comunque una scelta riconducibile alla piena discrezionalità del legislatore.

Inevitabile, in definitiva, appare un nuovo intervento delle SS.UU., ovvero una nuova interpolazione del testo normativo da parte del legislatore.

9. L'utilizzazione dei risultati ottenuti mediante il cd. *trojan horse* e i possibili rapporti con l'interpretazione dell'art. 270 c.p.p.

Il co. 1-*bis* dell'art. 270 stabilisce che, “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*”.

Il menzionato co.1-*bis* subordina l'utilizzabilità nello stesso procedimento dei risultati dell'intercettazione operata con *virus trojan* per la prova di un diverso reato alla condizione che essi “risultino indispensabili per l'accertamento” dei delitti indicati dall'art. 266, c. 2-*bis* (cioè i delitti di cui all'art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater*, e 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).

I tratti di novità della versione definitiva, rispetto a quella concepita dal legislatore del 2017, sono: a) il richiamo alla disciplina di cui al primo comma (esplicitato attraverso l'*incipit* «fermo restando quanto previsto dal comma 1»); b) la trasformazione della struttura della frase (che suggestivamente non racchiude più un divieto, esprimendosi in termini concessivi); c) il riferimento alla indispensabilità (che era sparita con il d.l. n. 161 del 2020); d) la rimodulazione, in particolare, della categoria dei gravi delitti che permettono l'uso trasversale delle captazioni ottenute mediante *trojan* (non più i reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, ma quelli di cui all'art. 266 co. 2-*bis* c.p.p.).

L'aspetto più controverso della nuova disciplina, però, sta nella difficoltà di comprendere se essa si riferisca all'utilizzabilità delle captazioni per reati diversi

ss.

da quelli considerati nell'autorizzazione giudiziale **unicamente all'interno del medesimo o anche di un diverso procedimento.**

Secondo una prima tesi interpretativa¹², sarebbe possibile ritenere che il co. 1-*bis* è **norma speciale** soltanto quanto al mezzo adoperato, rispetto al co. 1, perché riguarda le intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico, e, come il co.1, concerne l'utilizzazione del risultato delle intercettazioni nello stesso procedimento, ma per la prova di un reato diverso da quello per il quale è stato emesso il decreto di autorizzazione.

La conferma che si verta nello stesso procedimento sembrerebbe essere data anche dall'art. 270, co. 2, c.p.p., che prescrive il deposito nel diverso procedimento soltanto “ai fini dell'utilizzazione prevista dal comma 1” e non dal co.1-*bis* dello stesso art. 270, il quale evidentemente riguarda lo stesso procedimento.

Una diversa lettura dei rapporti tra il primo comma ed il co.1-*bis* sostiene invece che la prima disposizione detterebbe una disciplina applicabile ai risultati delle intercettazioni “tradizionali”, mentre la seconda descriverebbe un regime speciale, preposto a regolare l'impiego “ulteriore” (rispetto ai contenuti dell'autorizzazione giudiziale) dei risultati scoperti mediante *trojan*: tale seconda regola, dunque, varrebbe all'interno del medesimo come pure di altro procedimento, e proprio per tale ragione la disposizione avrebbe scelto di impiegare un'espressione potenzialmente onnicomprensiva (come «prova di reati diversi»)¹³.

Le **due possibili letture**, peraltro, risultano entrambe problematiche¹⁴.

La prima – quella secondo cui il nuovo co.1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. disciplinerebbe la possibilità di impiego probatorio rispetto a reati diversi da quelli considerati dall'autorizzazione, ma solo in seno al medesimo procedimento (e non anche in altri procedimenti) – prospetta una interpretazione dell'*incipit* del comma 1-*bis* secondo cui il primo comma sarebbe l'unica disposizione dedicata all'uso delle captazioni in altri procedimenti.

In questa prospettiva, il primo comma detterebbe una regola onnicomprensiva per l'utilizzo in altri procedimenti, come tale riferibile ai risultati conoscitivi tanto delle intercettazioni telefoniche, quanto di quelle ambientali “tradizionali” che di quelle operate mediante l'installazione del *trojan*.

Questa tesi, pur avvalendosi del richiamato elemento testuale, risulta viziata dal confronto tra il catalogo di delitti considerato dal primo comma e quello viceversa indicato dal co.1-*bis*. Infatti, il primo elenco di delitti – che comprende

¹² G. DE AMICIS, *Il regime della “circolazione” delle intercettazioni dopo la riforma*, in *Giustizia insieme*, 22 febbraio 2020, p. 21.

¹³ G. AMATO, *cit.*, p. 45; J. DELLA TORRE, *cit.*, p. 101 s.

¹⁴ Cfr. E. VALENTINI, *cit.*, p. 314 ss.

quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio e, oggi, anche quelli di cui al primo comma dell'art. 266 c.p.p. – risulta molto più corposo del secondo: il co. 2-*bis* dell'art. 266 c.p.p. include infatti una lista diversa e più scarna di fattispecie penali. Non avrebbe senso, in questa prospettiva, che il trasferimento delle captazioni in procedimenti diversi avesse un regime nel complesso più favorevole di quella endoprocedimentale.

Seguendo la diversa lettura dell'ambito applicativo del co. 1-*bis*, che comunque non riesce a spiegare adeguatamente l'*incipit* del co. 1-*bis*, con ogni probabilità rimasto erroneamente invariato rispetto al testo introdotto con il d.l. n. 161 del 2019, la circostanza che il secondo comma dell'art. 270 c.p.p. faccia rinvio solo al primo (e non anche al co. 1-*bis*) sarebbe il risultato di un difetto di coordinamento, e non di una scelta consapevole da parte del legislatore.

Il regime della “circolazione” delle intercettazioni dopo la riforma: garanzie o limiti? Tre premesse sulla circolazione probatoria delle intercettazioni

SOMMARIO: 1. Prima premessa. Le Sezioni Unite Cavallo: un precedente autorevole ma non vincolante per le sezioni semplici. – 2. Seconda premessa. La prevedibilità della base legale e l’interpretazione del nuovo art. 270 c.p.p. alla luce della *soft law*: il “principio di precauzione” in “assenza” di precedenti della Corte di cassazione. – 3. Terza premessa. L’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 270 c.p.p.: uno strumento in via di ridimensionamento. – 4. Una critica all’interpretazione restrittiva dell’art. 270 c.p.p. – 5. Una proposta di interpretazione estensiva dell’art. 270.

1. Prima premessa. Le Sezioni unite Cavallo: un precedente autorevole ma non vincolante per le sezioni semplici.

L’art. 270 c.p.p. disciplina la circolazione probatoria dei risultati delle intercettazioni di comunicazioni e di conversazioni, o meglio, ne sancisce il divieto.

Si è al cospetto di una delle disposizioni del codice di più difficile interpretazione e il legislatore ha pensato bene di modificarla¹: eppure anziché agevolarne la lettura, la novella l’ha complicata ulteriormente.

Facciamo un passo indietro.

Dalla disposizione – invero sia ieri sia oggi – si ricavano tre precetti:

- il “divieto generale” di uso delle intercettazioni nei “procedimenti diversi” da quello in cui sono state autorizzate;
- le “deroghe al divieto” e dunque l’uso eccezionale dei risultati delle registrazioni nei “procedimenti diversi” da quello in cui sono state disposte;
- infine, il “normale uso” delle intercettazioni nel “medesimo procedimento” in cui sono state legittimamente attivate.

¹ Con la legge 28 febbraio 2020 n. 7, l’art. 270 c.p.p. oggi prevede che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino *rilevanti* e indispensabili per l’accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e dei reati di cui all’art. 266 comma 1».

Ma questo non basta, perché solo dall'individuazione del significato di “procedimento diverso” e, *contrario*, di “medesimo procedimento” si può ricavare la portata operativa della disposizione. E la Corte di cassazione aveva provveduto – prima della riforma – a definire i due fondamentali concetti con la nota pronuncia “Cavallo”².

Ebbene, semplificando al massimo, per la Corte di Cassazione a Sezioni Unite le intercettazioni si usano normalmente – ossia senza che si configuri alcuna circolazione probatoria – sia per i reati indicati nel decreto di autorizzazione, sia per i reati che emergano dalle conversazioni i quali siano però connessi ai primi ai sensi dell'art. 12 c.p.p. e sempreché siano intercettabili ai sensi dell'art. 266 c.p.p. Questo era dunque il significato assegnato al concetto di “stesso procedimento”.

Si è poi precisato, a *contrario*, che è vietato l'uso – e dunque divieto di circolazione probatoria – per i reati ulteriori: e tali sono sia i reati non connessi rispetto a quelli autorizzati, sia i reati connessi ma non intercettabili. Praticamente l'inutilizzabilità investe qualunque informazione che risulti dalle registrazioni e che attenga a reati ulteriori – secondo l'accezione appena indicata – rispetto a quelli per cui era stato concesso il provvedimento. Questo era dunque il significato assegnato al concetto di “procedimento diverso”.

² Sez. U, 28 novembre 2019 – 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo, in *C.E.D. Cass.* n. 277395, secondo cui «in tema di intercettazioni, 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 c.p.p., 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.». Sulla pronuncia v. 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*, in *magistraturaindipendente.it*; G. AMATO, *Procedimenti diversi, permangono dubbi nonostante le S.U.*, in *Guida dir.*, 2020, f. 13, p. 45; M.S. CHELO, *Divieto di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi: le Sezioni Unite scelgono la via garantista*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, f. 4; G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sistema pen.*, 2020, 30 gennaio 2020; A. INNOCENTI, *Le Sezioni Unite limitano l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per la prova di reati diversi da quelli per cui sono state ab origine disposte*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, f. 7, p. 993; K. NATALI, *Sezioni unite e “Legge Bonafede”: nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 187; A. NATALINI, *Usò obliquo dei flussi: vaglio d'ammissibilità sempre necessario*, in *Guid. dir.*, 2020, f. 6, p. 79; M. MANNUCCI, *Prime osservazioni alla sentenza delle Cassazione Sezioni Unite Penali n. 51 del 28.11.2019*, in *Giur. pen. web*, 26 gennaio 2020; G. PECCHIOI, *Intercettazioni e “diverso procedimento”: le Sezioni unite sull'annoso nodo gordiano*, in *Giur. it.*, 2020, f. 6, p. 1503; C. SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2020, f. 17.

Infine, la Corte ha chiarito che se l'esito della intercettazione riguardi delitti per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, è consentito l'uso nei procedimenti diversi – e dunque circolazione probatoria autorizzata – prescindendo da qualsivoglia legame con i reati oggetto del decreto di cui all'art. 267 c.p.p. e senza che rilevi la circostanza che siano o meno intercettabili.

Su tale assetto è intervenuto il legislatore.

Ma riuscire a capire oggi quale sia il significato dell'art. 270 c.p.p., così come riformulato dalla legge 28 febbraio 2020 n. 7, appare impresa assai complessa³.

La ragione è sempre la medesima: l'utilizzo nella disposizione dell'espressione "procedimento diverso". Sebbene il legislatore non sia intervenuto sullo specifico punto, essendo il controverso sintagma rimasto invariato rispetto all'originaria formulazione⁴, l'aver modificato la sola seconda parte della disposizione (attraverso l'inserimento della frase "e dei reati di cui all'art. 266 comma 1 c.p.p.") rimette in gioco comunque il senso del controverso concetto.

Ma non solo. Invero il novello riferimento nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 270 c.p.p. "ai reati intercettabili" impone di ritenere che la celebre pronuncia delle Sezioni Unite Cavallo non possa più essere considerata "un principio di diritto delle Sezioni unite" ai sensi dell'art. 618, comma 1 *bis*, c.p.p.

Il ritocco al campo applicativo della deroga al divieto di circolazione delle intercettazioni in procedimenti diversi, fa sì che a cascata debba essere riletta sia la portata generale di tale divieto, sia l'estensione della normale possibilità di usare le registrazioni nello stesso procedimento.

Le tre regole – "utilizzabilità nel medesimo procedimento", "inutilizzabilità nei procedimenti diversi", "deroghe a quest'ultima inutilizzabilità" si integrano a vicenda: il confine dell'una dipende dal confine delle altre due e viceversa.

³ Sulla nuova disposizione v. F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo fra regola ed eccezione*, in *Sist. pen.*, 2020, f. 5, 248 ss.; F. CASSIBA, *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*, in *Giur. pen. web*, 2020 (6); L. CUSANO – E. PIRO, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, Giuffrè, 2020; G. De Amicis, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, in *Giustizia insieme*, 22 febbraio 2020; C. PARODI – N. QUAGLINO, *La nuova fisionomia delle intercettazioni* (d.l. 30 dicembre n. 161, conv. con modif. l. 28 gennaio 2020, n. 7), Giuffrè, Milano, 2020; A. PASTA, *Le lenti del formalista e i silenzi del legislatore. Sull'utilizzazione delle intercettazioni per l'accertamento di reati diversi*, in *Arch. pen.*, 2020, f. 2; E. VALENTINI, *Il rompicapo senza fine: le arcane trasformazioni dell'art. 270 c.p.p.*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, a cura di G. GIOSTRA, R. ORLANDI, Giappichelli, Torino, 2021, p. 279 ss.; F. VANORIO, *Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020*, in *Sistema pen.*, 2020 (6), p. 181.

⁴ *Ex plurimis* G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni*, cit., p. 4.

Sicché le Sezioni Unite Cavallo sono oggi una “autorevole” pronuncia, a cui bisognerà sicuramente rapportarsi; ma le Sezioni semplici che volessero mutare orientamento, potrebbero farlo autonomamente, senza dover rimettere obbligatoriamente la questione di fronte alle Sezioni unite.

2. Seconda premessa. La prevedibilità della base legale e l’interpretazione del nuovo art. 270 c.p.p. alla luce della *soft law*: il “principio di precauzione” in “assenza” di precedenti della Corte di cassazione

È noto: la Costituzione assegna a ogni giudice il compito di interpretare le disposizioni.

Si tratta di un potere diffuso *ex art.* 101, comma 2, Cost.: ciascun giudice allora potrebbe leggere il nuovo testo dell’art. 270 c.p.p. diversamente.

E oggi, ancor più di ieri, sull’art. 270 c.p.p. si potrebbe dire tutto e il contrario di tutto. L’operazione volta a ricavare dalla disposizione la nuova norma, ovvero la regola giuridica da applicare, potrebbe portare – qui come non mai – a risultati completamente differenti, se non addirittura opposti: tutto dipende dalle premesse che di volta in volta si scelgano di porre alla base del ragionamento giuridico.

Tuttavia, qualsiasi interpretazione si voglia sostenere “oggi”, “domani” sarà comunque destinata a fare i conti con quanto dirà la Corte di cassazione: la funzione “*dell’esatta interpretazione*” della legge è riservata nel nostro ordinamento ad essa (art. 65 Ord. giud.).

Al momento la Suprema Corte non si è ancora pronunciata sul tema; e tuttavia nel mentre i processi si stanno svolgendo: l’art. 270 c.p.p. nella sua nuova formulazione si sta applicando a tutti i procedimenti iscritti nel registro delle notizie di reato dal 1° settembre 2020⁵.

Siamo quindi tutti in attesa, come sospesi.

Se la Corte di cassazione dovesse allontanarsi dall’interpretazione seguita dai giudici di merito nelle “*more*” del suo autorevole intervento, si rischierebbe di vanificare il lavoro che hanno fin qui svolto, perché è noto: per le sentenze della Corte di cassazione non vale il principio di irretroattività.

Detto in altre parole, ad oggi non esiste ancora un diritto giurisprudenziale sul nuovo art. 270 c.p.p., e nel sistema non vige il divieto di applicazione retroattiva dell’interpretazione che fornirà la Cassazione qualora

⁵ Sul tema del regime intertemporale della riforma delle intercettazioni v. M. GAMBARDILLA, *Entrata in vigore e profili di diritto transitorio*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit. 157 ss.

non dovesse coincidere con quella scelta dai giudici di merito prima del momento in cui essa si pronuncerà. Sicché la Corte di cassazione sarà destinata a prevalere.

In questo caso però non siamo di fronte a un “mutamento giurisprudenziale”, ma piuttosto a un’“assenza di giurisprudenza”, situazione che da un certo punto di vista è ancora più problematica, in quanto “meno indagata”.

Da qualche anno – in riferimento alle “regole processuali” civili, amministrative e da ultimo penali – si è iniziato a discutere sulla necessità di limitare nel tempo l’applicazione *dell’overruling* al fine di tenere indenne la parte dalle conseguenze che implicherebbe, sul piano processuale, l’applicazione del nuovo principio di diritto⁶. Le pronunce della Corte di cassazione che diano vita a un mutamento giurisprudenziale non dovrebbero applicarsi né al caso specifico (in occasione del quale la Cassazione ha dato vita al rinnovamento interpretativo), né agli altri processi decisi dai giudici di merito sulla base dell’orientamento fino a quel momento espresso dalla Corte di cassazione, ma solo a condizione che vi sia stato un incolpevole affidamento sulla stabilità del precedente poi invece mutato⁷.

Questo non vuol dire che il brocardo *tempus regit actum* possa significare che la “legge del tempo è quella interpretata dalla Cassazione nel momento in cui viene applicata dal giudice di merito”. Qui è esclusivamente la necessità di tutelare il non colpevole affidamento che giustifica la temporanea “*disapplicazione*” della nuova interpretazione nel caso considerato. Per questo motivo tale tecnica viene definita come un’“*prospective overruling* all’italiana”⁸. Non si è arrivati a sostenere che in via generale *l’overruling* dovrebbe applicarsi solo per il futuro, e quindi solo ai casi decisi successivamente all’intervento innovativo della Corte di legittimità, come se si fosse in presenza di una vera e propria modifica normativa.

⁶ Sul tema v. A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 117; R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 311.; S. TURAITTO, *Overruling in materia processuale e principio del giusto processo*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 1151 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1390 ss.

⁷ Cfr. M. CONDORELLI, L. PRESSACCO, *Overruling e prevedibilità della decisione*, in *Quest. Giust.*, 2018, f. 4.

⁸ Cfr., sul punto, M. CONDORELLI, L. PRESSACCO, *Op. cit.*, p.

In osservanza a tale impostazione – ormai consolidata nel processo civile⁹ e in quello amministrativo¹⁰ – la Corte di cassazione penale ha fatto proprio il principio, ma non è ancora arrivata a qualificare come imprevedibile un particolare mutamento giurisprudenziale: nei singoli casi concreti portati alla sua attenzione ha sempre ritenuto prevedibile *l’overruling* e dunque colpevole l’affidamento sul precedente poi rovesciato¹¹.

⁹ Cass. civ., Sez. unite, 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2254, con nota di G. COSTANTINO e di G. MAZZULLO; A fianco alla disapplicazione allo stesso fine può essere utilizzato lo strumento della remissione in termini, che nel processo civile è stato spostato (con la l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45, comma 19) nel libro primo del codice di rito, così che ne viene estesa la sua operatività a tutte le attività processuali.

¹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3977; Cons. Stato, ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 1, in *Foro it.*, 2018, III, c. 193, con nota di R. Pardolesi; Cons. Stato, ad. plen. 11 novembre 2015, n. 9, in *Foro it.*, 2016, III, p. 65, con nota di E. Travi e M. Condorelli; CGA per la Regione siciliana, 29 aprile 2013, n. 421. Anche qui, accanto alla disapplicazione allo stesso fine può essere utilizzato lo strumento disciplinato, in via generale, per il processo amministrativo dall’art. 37 c.p.a., secondo cui “Il giudice può disporre, anche d’ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto [...]”.

¹¹ *Ex Plurimis*, v. Cass., sez. II, 21 aprile 2021 – 15 giugno 2021, n. 23306, Saidi Hamaied, in *C.E.D. Cass.*, n. 281458, secondo cui il principio secondo cui il mutamento non prevedibile della precedente e consolidata interpretazione di una norma processuale da parte della Corte di cassazione (cd. “*overruling*”) non si applica in pregiudizio della parte che abbia incolpevolmente confidato nella precedente soluzione, non può essere invocato – con conseguente rimessione in termini – con riferimento a quanto affermato dalla sentenza Sez. un. “Bottari” in tema di individuazione della data di presentazione rilevante ai fini della tempestività del ricorso cautelare, ai sensi dell’art. 325, comma 1, c.p.p., in quanto espressione del superamento del contrasto esistente in materia con l’adesione all’orientamento giurisprudenziale; Cass., sez. V, 3 marzo 2020, 22 aprile 2020, n. 12747, Rossi, *ivi*, n. 278864, secondo cui il principio, affermato dalla giurisprudenza civile di legittimità, secondo cui il mutamento non prevedibile della precedente e consolidata interpretazione di una norma processuale da parte della Corte di cassazione non si applica in pregiudizio della parte che abbia incolpevolmente confidato nella precedente interpretazione (cd. “*overruling*”) non può essere invocato con riferimento ai principi affermati dalla sentenza Sez. un., “Bajrami” del 2019, in tema di immutabilità del giudice *ex art.* 525, comma 2, c.p.p., che ha semplicemente puntualizzato la corretta interpretazione della norma nell’ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate, sistematizzando la previsione di nullità rispetto alle iniziative delle parti e ai poteri del giudice in ordine alla prova; Cass., sez. VI, 25 febbraio 2020, 7 maggio 2020, n. 14051, Russo, *ivi*, n. 278843, secondo cui il principio “*tempus regit actum*” si applica solo alla successione nel tempo delle leggi processuali e non anche al mutamento dell’interpretazione giurisprudenziale di queste ultime, sicché qualora si succedano, in sede di legittimità, interpretazioni difformi di norme processuali, il provvedimento assunto nell’osservanza di un orientamento in seguito non più condiviso non può considerarsi legittimo. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio l’ordinanza del tribunale del riesame che aveva ritenuto l’utilizzabilità delle intercettazioni, recependo l’interpretazione successivamente non condivisa da Sez. un. Cavallo); Cass., sez. VI, n. 10659, 20 febbraio

La questione è alla ribalta anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Qui l'accento viene messo sulla necessità della "prevedibilità della base legale"¹² su cui si legittimano le interferenze degli Stati sui diritti fondamentali dell'uomo tutelati dalla Convenzione. Si allarga allora la prospettiva: il problema riguarda tanto il diritto processuale quanto il diritto sostanziale¹³. E

2020, 26 marzo 2020, Najim Abdelouahad, *ivi*, n. 278750, secondo cui l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone un imprevedibile ribaltamento dell'orientamento consolidato, che, invece, è da escludere nel caso in cui sussista un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite con il recepimento di uno dei contrapposti orientamenti, anche qualora sia riconosciuto come legittimo quello più restrittivo per le facoltà e poteri processuali della parte. (Fattispecie relativa al termine di impugnazione per l'imputato assente nel giudizio abbreviato, in cui la Corte ha chiarito che il principio enunciato dalle Sez. un. "Sinita" trova applicazione anche relativamente alle impugnazioni proposte in precedenza); Cass., Sez. V, 12 dicembre 2018 – 26 marzo 2019, n. 13178, Galvanetti, *ivi*, 275623, secondo cui il principio, affermato dalla giurisprudenza civile di legittimità, secondo cui il mutamento non prevedibile della precedente e consolidata interpretazione di una norma processuale da parte della Corte di cassazione non si applica in pregiudizio della parte che abbia incolpevolmente confidato nella precedente interpretazione (cd. "overruling") non può essere invocato con riferimento ai principi affermati dalla sentenza Sez. un., "Galtelli" del 2017, in tema di inammissibilità dell'appello non sorretto da motivi specifici, che ha semplicemente puntualizzato la corretta interpretazione della norma nell'ambito delle diverse letture, più o meno restrittive, sino ad allora praticate.

¹² La Corte edu richiede non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma la base legale deve avere delle qualità, esigendo che debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili. Cfr. Corte edu, 7 luglio 2012, Centro Europa 7 S.r.l. e Di Stefano c. Italia, §. 140-141; Corte edu, 17 febbraio 2004, Maestri c. Italia, § 30. Sul tema v., *amplius*, V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 126 ss.

¹³In tema di tutela della vita privata ex art. 8 Cedu, nella quale è ricompreso anche il diritto alla segretezza delle comunicazioni, cfr. in particolare Corte Edu, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, in cui è stata negata la violazione dell'art. 8 Cedu, ritenendo che la possibilità di effettuare operazioni di sorveglianza satellitare fosse uno sviluppo giurisprudenziale ragionevolmente prevedibile in base alla disciplina sulle sorveglianze sonore e visive.

In tema di legalità penale ex art. 7 Cedu, cfr. Corte Edu, 30 marzo 2004, Radio France c. Francia, § 20; Corte Edu, 9 ottobre 2008, Moise Yev c. Russia, § 241; Corte Edu, , 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia § 36; Corte Edu, 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito, §. 34-47, e in dottrina V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di F. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky, Cedam, Padova, 2012, p. 279 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes e V. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano, 2011, p. 69 ss.; A. GUIDI, *Art. 7 Cedu e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, n. 2013, p. 4720 ss. Per l'applicazione interna di tali principi v. Cass., Sez. V, 9 luglio 2018 – 18 ottobre 2018, n. 47510, Dilaghi, in *C.E.D. Cass.* n. 274406, secondo cui non sussiste la violazione dell'art. 7 Cedu – così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza

anche per la Corte europea è solo il “mutamento giurisprudenziale imprevedibile” che impedisce di conoscere il precetto e dunque di adeguarsi ad esso, e non già il “mero mutamento”¹⁴. Gli Stati non possono limitare in maniera “inaspettata” e “improvvisa” la sfera dei diritti dell’uomo tutelati dalla Convenzione, così che l’*overruling* imprevedibile non si può applicare in pregiudizio del titolare del diritto¹⁵.

Ma – ripetiamolo – ancora non si è affrontato il tema dell’“assenza di giurisprudenza”, ovvero sia delle ipotesi in cui, al cospetto di una novella legislativa, la quale fisiologicamente richiede il trascorrere di qualche anno prima che arrivi all’attenzione della suprema Corte, nei giudizi di merito si decida in base a una interpretazione poi smentita dai primi interventi della Cassazione.

Proprio in questa ottica va letta l’enorme produzione, oltre che di letteratura scientifica, di *soft law*, ovvero sia di documenti di natura interpretativa (e dunque non normativi) che sono stati predisposti in questi tre anni: tutte le Procure della Repubblica hanno dato delle indicazioni, così come l’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione.

C’è una corale partecipazione all’individuazione dell’esatta interpretazione dell’art. 270 c.p.p. per arrivare ad anticipare, “predire” quello che la Corte di cassazione dirà.

Ma c’è anche “molta prudenza”, circolano per lo più interpretazioni restritti-

della Corte edu – qualora l’interpretazione della norma incriminatrice applicata al caso concreto sia ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa, atteso che l’irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone il ribaltamento imprevedibile di un quadro giurisprudenziale consolidato (c.d. “*overruling*”). (Fattispecie in tema di accesso abusivo ad un sistema informatico in cui la Corte ha escluso la sussistenza di un “*overruling*” ad opera della sentenza delle Sezioni unite “Savarese” e la conseguente violazione dell’art. 7 CEDU).

¹⁴ Cfr. Corte edu, 18 dicembre 2008, Unedic c. Francia, §. 74; Corte edu, 24 gennaio 2012, Torri e altri c. Italia, §. 41-42.

¹⁵ Un eventuale effetto favorevole del mutamento giurisprudenziale è tema trattato nell’ambito del diritto penale sostanziale, perché in tal caso ci si interroga se possa essere applicato il principio di retroattività del mutamento giurisprudenziale di favore. Sul punto, invero, se pur la Corte costituzionale ha escluso decisamente tale parificazione (Cort. cost. 230 del 2012), sottolineando con forza che “*eius est condere eius est abragare*”, una qualche apertura sul tema si intravede. Si è infatti sostenuto che nel caso in cui il mutamento giurisprudenziale riguardi l’interpretazione di una “nuova disposizioni”, e sulla novità vi sia un mutamento giurisprudenziale, che passi da un’interpretazione che vede nella novella una successione di norme sfavorevoli, ad una che valuti invece la successione come introduttiva di una norma favorevole, si possa applicare retroattivamente la nuova interpretazione, con possibilità addirittura di revocare i giudicati. Ma la ragione di tale conclusione risiede – ripetiamolo – nel fatto che la nuova interpretazione è legata alla novità normativa, non al mutamento di giurisprudenza “secco”.

ve, come se – giustamente – non si volesse rischiare e si preferisse riservare alla Corte di cassazione eventuali letture più ampie della nuova disposizione.

In definitiva appare questa la ragione fondamentale per la quale nei documenti predisposti si sostiene che la novella ha solo ristretto il campo applicativo della deroga al divieto di circolazione probatoria nei procedimenti diversi, ora riferibile a reati che permettano l'arresto obbligatorio in flagranza e – nel contempo – l'attività di intercettazione.

In pratica si sta suggerendo l'applicazione del c.d. “principio di precauzione”¹⁶.

Volendo proiettarsi ancora più lontano nel tempo, ovvero verso quello che succederà quando si moltiplicheranno gli interventi della Corte di cassazione sul tema, si pone l'ulteriore problema di evitare “contrastati giurisprudenziali”. Perché per la Corte ed è vi è mancanza della base legale anche nel caso di conflitti sincronici della giurisprudenza delle Supreme Corti. L'incertezza interpretativa dovuta all'esistenza di conflitti giurisprudenziali gravi e perduranti equivale ad assenza della base legale allo stesso modo dell'imprevedibile mutamento giurisprudenziale¹⁷.

Da questo punto di vista, sembrerebbe necessario un “immediato” intervento delle Sezioni unite per dare da subito stabilità alla nuova regola che scaturisce dall'art. 270 c.p.p. A tal fine il Primo Presidente potrebbe rimettere alle Sezioni

¹⁶ Nella giurisprudenza civile, per verificare la sussistenza di un affidamento meritevole di essere tutelato attraverso la disapplicazione del nuovo principio di diritto o la rimessione in termini per errore scusabile, non è stato ritenuto meritevole di tutela l'affidamento della parte se, al momento del compimento dell'attività, sussisteva un contrasto giurisprudenziale sulla portata della regola processuale, poiché in presenza di due o più indirizzi interpretativi relativi a una regola processuale la parte sarebbe tenuta a compiere l'attività processuale conformandosi all'orientamento più rigoroso, in virtù di un principio generale «di precauzione» (Cass. civ., sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4687; Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2011, n. 27086; Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2013, 18612). Il principio è stato poi ripreso dalla Cassazione penale (Cass., sez. VI, n. 10659, 20 febbraio 2020 – 26 marzo 2020, Najim Abdelouahad, in *C.E.D. Cass.*, n. 278750, secondo cui l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole presuppone un imprevedibile ribaltamento dell'orientamento consolidato, che, invece, è da escludere nel caso in cui sussista un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni unite con il recepimento di uno dei contrapposti orientamenti, anche qualora sia riconosciuto come legittimo quello più restrittivo per le facoltà e per i poteri processuali della parte. (Fattispecie relativa al termine di impugnazione per l'imputato assente nel giudizio abbreviato, in cui la Corte ha chiarito che il principio enunciato dalle Sez. U. “Sinita” trova applicazione anche relativamente alle impugnazioni proposte in precedenza).

¹⁷ In tema di legalità penale *ex art. 7 Cedu* emblematica è Corte Edu, 14 aprile 2005, Contrada c. Italia. In tema di equo processo *ex art. 6 Cedu* emblematiche sono: Corte Edu, 2 luglio 2009, Jordan Jordanov e altri c. Bulgari, § 49-50; Corte Edu, 2 novembre 2010, Stefanica e altri c. Romania, § 36.

unite la questione, in quanto di particolare importanza *ex art.* 610, comma 2, c.p.p. In alternativa potrebbero muoversi le sezioni semplici *ex art.* 618 comma 1 c.p.p. proprio al fine di prevenire possibili conflitti interpretativi.

Tuttavia, sul tema appare necessaria una più meditata e ponderata decisione.

Il testo dell'art. 270 c.p.p. è oggettivamente oscuro e interpretabile in mille modi diversi. Di fronte a dati normativi così complessi è sempre auspicabile una riflessione corale, tutti devono essere messi nelle condizioni di esprimersi sul punto. Ma soprattutto occorre “tempo”: le prime letture spesso trascurano dati e non valutano tutte le conseguenze e implicazioni. Ed è questa una situazione fisiologica e non patologica.

Non a caso la modifica dell'art. 618 c.p.p. ha voluto proprio “procedimentalizzare” il modo attraverso cui si arrivi alla pronuncia delle Sezioni unite dotata di efficacia vincolante orizzontale¹⁸ attraverso la valorizzazione della “partecipazione”. Quest'ultima viene realizzata attraverso una sorta di dialogo fra i giudici di merito, le sezioni semplici e le sezioni unite, oltretutto le parti processuali¹⁹. Le Sezioni unite non si esprimono dall'alto e in solitudine, ma dal basso e coralmente, dopo che ciascuno ha proposto la sua lettura, in ossequio anche all'art. 101, comma 2, Cost.

E proprio per potenziare ancora di più la partecipazione, uno strumento da inserire nel “protocollo” da cui scaturiscono le decisioni delle sezioni unite potrebbe essere quello dell'art. 47-*quater* r.d. 30 gennaio 1941 n 12²⁰, oggi entrato nella motivazione di due sentenze della Corte di cassazione²¹: le riunioni preliminari convocate dal Presidente di sezione al fine di favorire lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione²². In

¹⁸ Cfr. R. APRATI, *Le Sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di A. Marandola – T. Bene, Milano, Giuffrè, 2017, p. 291.

¹⁹ COSÌ R. APRATI, *Cultura del dialogo e precedenti delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1250 ss.

²⁰ COSÌ M. POLLERA, *Contrasti sincronici e rimessione del ricorso alle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2022, doc. 204.6.

²¹ Cass, Sez. V, 22 novembre 2021 – 16 febbraio 2022, n. 5538 e Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021 – 16 febbraio 2022, n. 5536, in *Cass. pen.*, 2022, doc.204.5 e 204.6.

²² Sulle due pronunce v. M. POLLERA, *Op cit.*, la quale nota che «l'aspetto innovativo delle decisioni in commento, meritevole di valorizzazione, sta nell'aver individuato in un modulo organizzativo uno strumento di composizione del contrasto sincronico interno alla Sezione, al fine di garantire l'effettiva prevedibilità delle decisioni giudiziarie ancor prima di un intervento delle Sezioni unite. Si tratta di una soluzione inedita, ma che ben si inquadra nel contesto delle possibili risposte al problema delle difformità interpretative all'interno della giurisprudenza di legittimità; problema di

tal modo, non solo si prevencono contrasti all'interno delle singole sezioni, ma soprattutto si facilita quel dialogo che è alla base della scelta della migliore interpretazione da proporre poi alle sezioni unite qualora nasca un contrasto fra le diverse sezioni.

3. Terza premessa. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 270 c.p.p.: uno strumento in via di ridimensionamento

La caratteristica che maggiormente spicca nelle letture che si sono date all'art. 270 c.p.p., prima e dopo la riforma del 2020, è lo straordinario uso dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

La ragione è ovvia: le intercettazioni toccano direttamente l'inviolabile diritto alla riservatezza delle comunicazioni. È normale che la norma debba essere cucita su misura intorno all'art. 15 Cost.

Alla luce dell'ampio dibattito che in questi anni si sta sviluppando intorno ai limiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata²³, sorge però il dubbio della correttezza dell'impiego così disinvolto di tale strumento ermeneutico.

Ci si sta infatti interrogando su quanto il giudice comune, rispetto al giudice costituzionale, possa forzare l'interpretazione per rendere le norme conformi alla Costituzione.

E sul tema la Corte costituzionale sta facendo dei significativi – e anche ina-

cui il sistema è oramai chiamato a farsi carico alla luce delle sollecitazioni derivanti dalla giurisprudenza della Corte edu. In particolare, il collegio ha ritenuto di accogliere l'orientamento “emerso nel corso della riunione tenutasi ai sensi dell'art. 47-*quater* r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario)”, indicando così la via da percorrere per la decisione del caso di specie, ma anche di quelli analoghi che verranno. La norma richiamata disciplina le attribuzioni del Presidente di Sezione ed è qui rilevante nella parte in cui attribuisce al medesimo la cura dello “scambio informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della Sezione” indicando in tal modo di la via da percorrere per la decisione del caso di specie, ma anche di quelli analoghi che verranno. I compiti del Presidente di sezione del Tribunale elencati nell'art. 47-*quater* r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 sono poi ribaditi all'art. 95 della Circolare tabelle 2020-2022 adottata dal C.S.M. con delibera 23 luglio 2020, aggiornata al 7 dicembre 2021. Nella medesima delibera si segnala altresì l'art. 222, rubricato “Collaborazione del Presidente di sezione all'organizzazione dell'Ufficio”, per cui “nella proposta tabellare sono indicati gli incarichi conferiti, nell'ambito di ciascuna sezione, ai Presidenti di sezione, nonché le modalità con cui essi collaborano con il Presidente titolare all'organizzazione della Sezione, anche al fine di evitare l'insorgere di contrasti inconsapevoli tra le decisioni e di determinare criteri omogenei ed efficaci con cui individuare i processi destinati alla pubblica udienza e quelli assoggettati al rito camerale”.

²³ Su cui, per tutti, v. V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 49 ss.

spettati – passi indietro²⁴, dopo che invece aveva spinto sull’acceleratore²⁵, quasi costringendo i giudici comuni a fare ricorso a tale metodo interpretativo anche a costo di stravolgere il significato ricavabile letteralmente delle disposizioni. In pratica si stavano autorizzando i giudici comune a riscrivere i testi normativi²⁶.

Ci si è resi conto che, così facendo, il controllo di costituzionalità si sta trasformando in un controllo diffuso e non più accentrato di fronte alla Corte costituzionale²⁷: “l’onere di interpretazione conforme operato dalla Consulta è il primario fattore interno della tangibile crisi che il controllo accentrato di costituzionalità attualmente attraversa”.

Questo non esclude che l’interpretazione costituzionalmente orientata rimanga un criterio interpretativo primario per ricavare dalla disposizione la norma, né fa cadere la sua configurazione come parametro di ammissibilità per sollevare le questioni di legittimità costituzionale.

Ma il giudice comune non deve – così ci sta dicendo la Corte costituzionale²⁸ – andare oltre un’interpretazione basata comunque sul testo delle disposizioni: non può più sostituirsi al legislatore “creando nuove norme”²⁹.

Se la conformità alla Costituzione dipende dalla scelta fra più soluzioni comunque compatibili con il dato letterale, si può e si deve percorrere la via dell’interpretazione conforme. Ma se l’unico modo per rendere una certa norma fedele alla Costituzione impone di allontanarsi dagli ordinari strumenti ermeneutici si da travalicare “l’orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere”³⁰, allora si deve dare il passo alla Corte costituzionale, perché, altrimenti, il sistema si tra-

²⁴ Emblematica in tal senso Corte cost., 16 luglio 2013, n. 232.

²⁵ Sul tema v. R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”, una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2226 ss.

²⁶ Cfr. V. NAPOLEONI, p. 105 ss.; G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione della “questione interpretativa” in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta online*, 2016, n. 2, p. 293, ss.

²⁷ Napoleoni, *Op. cit.*, p. 103 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, p. 473, M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in *Quest. giust.*, 2017, p. 13; O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in *forum costituzionale.it*, 2009, p. 8; A. ODDI, *La corte di cassazione e l’utilizzo spinto in chiave ermeneutica del principio di ragionevole durata*, in *Costituzionalismo*, n. 3/2010, p. 1 ss.

²⁸ Cfr. Corte cost. 1° luglio 2013 n. 170; Corte cost. 23 giugno 2014 n. 191, Corte cost. 24 ottobre 2018 n. 207, Corte cost. 9 luglio 2008 n. 291, Corte cost. 25 gennaio 2010 n. 26, Corte cost. 2 aprile 2012 n. 78, Corte cost. 18 aprile 2012 n. 110, Corte cost. 22 novembre 2017 n. 268, Corte cost. 13 gennaio 2016 n. 36.

²⁹ V. NAPOLEONI, *Op. cit.*, p. 106.

³⁰ M. RUOTOLO, *La cassazione penale e l’interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minor sacrificio della libertà personale*, in *giurcost.org.*, 6 novembre 2012, p. 4.

sformerebbe in un controllo diffuso di legittimità costituzionale³¹.

Ebbene, non appare del tutto infondato ritenere che rispetto all'art. 270 c.p.p. sia accaduto e stia accadendo proprio questo, e che dunque sia necessaria una sorta di ripensamento su come la disposizione possa essere nel suo complesso interpretata alla luce – ovviamente – della Costituzione.

4. Una critica all'interpretazione restrittiva dell'art. 270 c.p.p.

Da più parti si afferma che il nuovo art. 270 c.p.p. ha solo delineato diversamente la portata dell'unico caso di deroga al divieto di circolazione delle intercettazioni nei procedimenti diversi. Si è aggiunto un ulteriore requisito, con la conseguenza che si è ristretta la classe dei casi in cui è eccezionalmente consentita la circolazione probatoria. Ora essa è individuabile nei risultati delle intercettazioni riferibili ai delitti per i quali è consentito l'arresto obbligatorio in flagranza e che siano nel contempo intercettabili ai sensi dell'art. 266 comma 1 c.p.p.³².

Se questa fosse la corretta interpretazione della nuova disposizione, assai agevolmente si potrebbe ritenere che le Sezioni Unite Cavallo non richiederebbero alcuna rivisitazione³³.

Il sistema della circolazione probatoria avrebbe così una sua logica e una sua coerenza: tanto nello stesso procedimento quanto nel diverso i risultati delle intercettazioni potrebbero essere usati con il “contagocce”.

E la differenza fra le due situazioni sarebbe blandamente individuabile dal diverso regime di ammissibilità: giudizio negativo nello stesso procedimento, giudizio positivo nel diverso (così come rafforzato dalla novella).

Nello stesso procedimento si utilizzerebbero le intercettazioni riferibili, oltre che a reati per cui sia stata concessa l'autorizzazione, anche a quelli ad essi connessi e nel contempo astrattamente intercettabili ai sensi dell'art. 266 c.p.p., e l'ammissibilità sarebbe regolata dall'art. 190 c.p.p. (quindi tutte ammissibili tranne quelle manifestamente irrilevanti e superflue).

Nel diverso procedimento si utilizzerebbero solo i risultati relativi a delitti “obbligatoriamente arrestabili” e “astrattamente intercettabili ex art. 266 comma 1 c.p.p.”, e l'ammissibilità sarebbe regolata da un vaglio più stretto di positiva rilevanza e indispensabilità (quindi ammissibili solo se pertinenti e non sovrabbondanti)³⁴. Si tratta di una regola, d'altronde, già prevista in altre ipotesi nel

³¹ V. NAPOLEONI, *Op. cit.*, p. 117 ss.

³² *Ex plurimis* L. FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen e proc.*, 2020, p. 462; K. Natalini, *Sezioni unite e legge Bonafede*, p. 1914.

³³ Cfr. L. FILIPPI, *Op. cit.*, p. 462; F. ALVINO, *Op. cit.*, p. 250.

³⁴ Si esprimono per una portata assai limitata dell'innovazione v. E. VALENTINI, *Op. cit.*, p. 299, F.

nostro sistema (per l'integrazione probatoria in udienza preliminare, per i poteri istruttori del giudice in dibattimento, per la rinnovazione istruttoria in appello). Essa trova la sua giustificazione, qui come negli altri casi già regolati, nella circostanza che, potendo già essere state ammesse nel diverso procedimento altre prove, la valutazione sulla rilevanza e superfluità andrà effettuata utilizzando anche queste come termine di relazione del vaglio di ammissibilità e non solo la mera imputazione.

In tal modo poi si risolverebbe finalmente quella “incoerenza” della norma segnalata da più parti³⁵. Nel passato si permetteva l'impiego delle registrazioni rispetto a delitti per i quali era invece previsto un divieto assoluto di intercettazione, in quanto non contemplati dall'art. 266 comma 1 c.p.p., essendo sufficiente il loro inserimento fra i delitti per i quali era prevista la possibilità dell'arresto obbligatorio (come ad esempio gli artt. 13, comma 13 *ter*, e 10 comma 2 *quinques*, T.U. Immigrazione). Tutto ciò ora non sarebbe più consentito.

Tuttavia, tale interpretazione si fonda sulla correzione del testo, ci si è distaccati del tutto dal significato letterale della disposizione³⁶.

In italiano “*di delitti* per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza *e dei reati* di cui all'art. 266 comma 1” può voler indicare solo due distinte categorie.

In italiano si usano altre parole per indicare una “specificazione”, non ci possono essere dubbi su questo.

Eppure si ritiene che questa debba essere la corretta interpretazione, altrimenti la norma risulterebbe contraria alla Costituzione³⁷.

Si sottolinea che va ribadito il principio espresso dalla Sezione Unite Cavallo, secondo cui l'art. 15 Cost. introduce il principio di tassatività dell'attività intercettativa (meglio sarebbe invero dire la “legalità in senso stretto” del sistema delle

CASSIBA, *Op. cit.*, p. 4; nonché F. ALVINO, *Op. cit.*, p. 242, K. NATALI, *Op. cit.*, p. 1912, D. PRETTI, *Op. cit.*; S. RENZETTI, *Op. cit.*, p. 1161, J. DELLA TORRE, *Op. cit.*, p. 97.

³⁵ E. VALENTINI, *Op. cit.*, p. 301; ma già prima A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 288.

³⁶ Così anche E. VALENTINI, *Un rompiscapo senza fine*, cit. 304 ss.; F. CASSIBA, *Op. cit.*, p. 4; A. NAPPI, *Nuova guida telematica al codice di procedura penale*, Carrabba, 2020, parte II, cap. IX, 37.11.3.; J. DELLA TORRE, *La nuova disciplina del captatore: un nodo arduo da sciogliere*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di M. GIALUZ, in *Diritto e internet*, 2020, supplemento al f. 3, p. 100 e D. PRETTI, *la metamorfosi delle intercettazioni ultimo atto*, in *Sis. pen.*, 2 marzo 2020; F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni*, p. 244; A. MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 c.p.p. crocevia fra interpretazioni giurisprudenziali e interventi normativi*, in *legislazionepenale.eu*, 3 giugno 2020, p. 26; S. RENZETTI, *Sub artt. 266-271*, cit. 1161; F. VANORIO, *Il permanente problema*, cit., p. 192.

³⁷ Cfr. L. FILIPPI, *Op. cit.*, p. 462.

intercettazioni)³⁸: è sempre vietato intercettare le conversazioni o comunicazioni, tranne nei casi previsti dalla legge³⁹.

Da tale principio costituzionale deriverebbe come conseguenza – come corollario – che nemmeno il legislatore potrebbe autorizzare, pena l’illegittimità costituzionale della norma, l’utilizzazione dei risultati “casualmente intercettati” se anche questi non rientrino all’interno della categoria dei reati per cui è comunque consentita la registrazione. Vi dovrebbe cioè essere una “corrispondenza biunivoca” fra “reati intercettabili” e “uso dei risultati”, pena la illegittimità costituzionale.

In tal modo si giustifica tanto l’assetto delle Sezioni Unite Cavallo – da confermare quindi alla luce della novità normativa – tanto la nuova e più ristretta ipotesi di deroga al divieto di circolazione probatoria.

Si è dunque al cospetto di un’interpretazione costituzionalmente orientata, nella quale sia rispetto allo stesso procedimento, sia rispetto ai diversi procedimenti, si opera una manipolazione del testo legislativo, senza però passare dinnanzi alla Corte costituzionale.

5. Una proposta di interpretazione estensiva dell’art. 270.

Proviamo allora a seguire una diversa strada interpretativa.

Se si valorizzasse il dato testuale del nuovo art. 270 c.p.p., che è chiaro e univoco e non consente margini di scelta, le eccezioni al divieto di circolazione probatoria in altri procedimenti sarebbero due: tanto i delitti per i quali è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza, quanto per i reati che siano intercettabili⁴⁰.

Ma allora si porrebbe il problema di rivedere del tutto le Sezioni Unite Cavallo, perché il sistema non sarebbe altrimenti coerente.

Se sono utilizzabili nei procedimenti diversi le registrazioni relative sia ai reati

³⁸ Le Sezioni Unite Cavallo menzionano il principio di tassatività. Ma il principio di tassatività imporrebbe di ritenere che è sempre consentito intercettare tranne nei casi in cui è vietato, di *contro* il principio di legalità in senso stretto ci dice che è sempre vietato intercettare tranne nei casi consentiti dalla legge.

³⁹ Così si erano espresse le Sezioni Unite Cavallo, cit., §. 8 della motivazione.

⁴⁰ Così anche E. VALENTINI, *Un rompicapo senza fine*, cit. 304 ss.; A. NAPPI, *Nuova guida telematica al codice di procedura penale*, Carrabba, 2020, parte II, cap. IX, 37.11.3.; J. DELLA TORRE, *La nuova disciplina del captatore: un nodo arduo da sciogliere*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di M. GIALUZ, in *Diritto e internet*, 2020, supplemento al f. 3, p. 100 e D. PRETTI, *la metamorfosi delle intercettazioni ultimo atto*, in *Sis. pen.*, 2 marzo 2020; F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni*, p. 244; A. MALACARNE, *L’art. 270 comma 1 c.p.p. crocevia fra interpretazioni giurisprudenziali e interventi normativi*, in *legislazionepenale.eu*, 3 giugno 2020, p. 26; S. RENZETTI, *Sub artt. 266-271*, cit. 1161; F. VANORIO, *Il permanente problema*, cit., p. 192.

per cui è consentita l'intercettazione *ex art. 266* comma 1 c.p.p., (a prescindere quindi da qualsivoglia legame con il reato specificatamente autorizzato), sia ai delitti in cui non è invece consentita in assoluto l'attività di captazione ma è legittimo l'arresto obbligatorio, diventa assai complicato sostenere che nel medesimo procedimento si possano impiegare solo i risultati che riguardino reati nel contempo connessi e intercettabili. Perché nello stesso procedimento, in cui vi è un libero utilizzo, vi sarebbe una preclusione assai più forte che nel procedimento diverso, dove invece c'è un divieto. E tale disomogeneità non può certo ritenersi compensata dalle due diverse regole relative al regime di ammissibilità (negativo e più allentato nello stesso procedimento, positivo è più tirato nel diverso procedimento).

Facciamo un passo indietro

Norberto Bobbio⁴¹ ci ha spiegato che spesso una regola, nel nostro caso il divieto di uso delle intercettazioni in altri procedimenti, nasce senza deroghe. E in effetti nel 1974 trova la sua genesi l'art. 226 *quater* comma 8 c.p.p. Rocco, il quale vietava in assoluto di usare le intercettazioni nei procedimenti diversi da quelli in cui erano state raccolte⁴².

Poi, con lo scorrere del tempo – ci spiega ancora Bobbio – la regola viene affiancata da una prima deroga. Nel nostro caso nel 1978 si riconosce la possibilità di utilizzare i risultati delle intercettazioni in altri procedimenti a condizione che si riferissero a reati per cui era previsto il mandato di cattura obbligatorio (art. 226 *quater* comma 6 c.p.p. Rocco)⁴³. La medesima eccezione viene confermata dall'attuale codice, ma diviene ovviamente – nella prima formulazione dell'art. 270 c.p.p. – “delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza”.

Dopodiché è fisiologico che le deroghe piano piano aumentino ancora. Nel nostro caso con la riforma del 2020 si è aggiunta un'ulteriore eccezione al divieto: “i reati per cui è consentita l'intercettazione”.

La conclusione di tale percorso, sempre secondo Norberto Bobbio, è l'inversione della disciplina: le deroghe diventano la regola, la regola diviene la deroga. Se allora le eccezioni al divieto di utilizzazione nei procedimenti diversi sono ora due e sono così ampie, si potrebbe provocatoriamente affermare che le intercettazioni circolano normalmente negli altri procedimenti, a meno che abbiano ad

⁴¹ N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino, 2012, p. 93.

⁴² L'articolo è stato introdotto con la legge 8 aprile 1974 n. 98, che per la prima volta regolava in maniera analitica tutto il sistema delle intercettazioni.

⁴³ D.l. 21 marzo 1978 n. 59 convertito con modificazioni nella legge 18 maggio 1978, n. 191.

oggetto “reati non intercettabili” o “reati non arrestabili”. Insomma, si potrebbe capovolgere il senso della norma.

Di fronte ad un così esteso utilizzo negli altri procedimenti, nello stesso procedimento diviene necessaria una più alta soglia di utilizzabilità. Se già tutti i reati in astratto intercettabili circolano nei procedimenti diversi, e in alcuni casi anche i non intercettabili, nello stesso procedimento “almeno” i non intercettabili dovrebbero essere usati in maniera più larga rispetto a quelli per cui è previsto l’arresto.

Da ciò consegue che il controverso principio di diritto delle Sezioni Unite Cavallo, secondo cui nello stesso procedimento si possono usare solo i risultati delle intercettazioni che siano intercettabili *ex art.* 266 c.p.p. (lasciamo per ora fuori il requisito della connessione) dovrebbe essere superato⁴⁴.

La nuova norma non consentirebbe più tale conclusione, non solo si forzerebbe il dato letterale, ma si costruirebbe anche un sistema privo di logica e coerenza.

Dalla nuova disposizione, allora, va ricavato che nello stesso procedimento i risultati delle registrazioni dovrebbero essere utilizzabili, a prescindere dalla circostanza che riguardino reati astrattamente intercettabili.

Se poi si continuasse ad affermare che dal principio di stretta legalità delle intercettazioni *ex art.* 15 Cost. derivi il necessario corollario del divieto assoluto di usare i risultati rispetto a reati che non sono intercettabili⁴⁵, per superare l’interpretazione appena proposta sarebbe necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale⁴⁶.

La lettera della disposizione, così come la coerenza di essa, impongono di ritenere che non possa ricavarsi dall’art. 270 c.p.p. una corrispondenza biunivoca fra reati astrattamente autorizzabili *ex art.* 266 c.p.p. e informazioni utilizzabili, se non a costo di scavallare il limite dell’interpretazione costituzionalmente orientata così come ridelineata oggi dalla Corte costituzionale. Senza contare che ad oggi la Corte costituzionale non ha mai affermato l’esistenza di tale binomio irriducibile.

Verifichiamo ora se debba o meno essere superato anche l’altro principio di diritto delle Sezioni Unite Cavallo, quello che ha individuato nel concetto di stesso procedimento l’insieme dei reati connessi ai sensi dell’art. 12 c.p.p. a quelli per cui è stata concessa l’autorizzazione a intercettare.

⁴⁴ Così anche E. VALENTINI, *Op. cit.*, p. 307.

⁴⁵ Affermato da Sez. Un. Cavallo, *cit.*, §. 8. della motivazione.

⁴⁶ Cfr. le osservazioni sul punto di E. VALENTINI, *Op. cit.*, p. 304 s.

In via generale, sempre per garantire coerenza alla nuova norma, se nel diverso procedimento possono circolare tutti i reati intercettabili, a prescindere da qualsivoglia legame processuale o sostanziale con i reati per i quali è consentita l'intercettazione, all'interno del medesimo procedimento i legami che uniscono i diversi reati dovrebbero essere più blandi rispetto a quelli configurati dalla Corte di Cassazione. Sicché si dovrebbe escludere tanto una conferma del principio di diritto delle Sezioni unite⁴⁷, quanto una sua rivisitazione più restrittiva⁴⁸.

Al fine di verificare la praticabilità di un siffatto percorso esegetico, occorre svolgere lo sguardo alle storiche pronunce della Corte costituzionale (quella del 1973⁴⁹, quella del 1991⁵⁰ e quella del 1994⁵¹), perché proprio su di esse si è fondato l'assetto giurisprudenziale della Corte di cassazione sulla disciplina della circolazione prima della riforma del 2020.

Franco Cordero avrebbe osservato che le sentenze, anche quelle della Corte costituzionale, non sono il *Talmud*. Occorre insomma molta attenzione nel riprendere quanto affermato nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale per giustificare successive interpretazioni costituzionalmente orientate. E lo stesso ci sta dicendo oggi la Corte costituzionale⁵².

Nel 1973 la Corte costituzionale invitava a valorizzare – per rispettare l'art. 15 Cost. – il dato codicistico della motivazione, richiedendone analiticità e precisione. Inoltre, si spingeva a sostenere che nel processo potessero essere usati solo i risultati rilevanti⁵³.

⁴⁷ Così E. VALENTINI, *Op. cit.*, p. 304 ss.; GIUS. AMATO, *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁸ Così F. CASSIBA, *Op. cit.*, p. 9 s., secondo il quale stesso procedimento, alla luce del sistema Costituzionale, dovrebbe voler dire solo stesso reato.

⁴⁹ Corte cost. 6 aprile 1973 n. 34.

⁵⁰ Corte cost. 11 luglio 1991 n. 366.

⁵¹ Corte cost. 10 febbraio 1994 n. 63.

⁵² Cfr. V. NAPOLEONI, *Op. cit.*, 122 ss., che segnala come emblematica di tale mutamento di rotta Corte cost. 16 luglio 2013 n. 232, sulle presunzioni cautelari, rispetto alle precedenti Corte cost. 7 luglio 2010 n. 265, Corte cost. 9 maggio 2011 n. 164; Corte cost. 19 luglio 2011 n. 231, Corte cost. 12 dicembre 2011 n. 331. Non sembra quindi più attuale rifarsi a quanto affermato dal Corte cost. 8 luglio 2009 n. 2009 e Corte cost. 11 luglio 2007 n. 322, nelle quali si affermava che: «è necessario conformare le disposizioni normative ai principi ricavabili da precedenti decisioni della Corte stessa su temi analoghi, anche quando ciò significhi aggiungere al testo normativo, o eliminare da esso, parole o frasi»; sul punto v., anche p. 108.

⁵³ Sulla pronuncia ancora insuperabili rimangono le riflessioni di V. GRAVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316 ss.

Ma nel codice Rocco all'epoca era previsto ben poco: né parametri, né presupposti, né modalità attuative, né selezione dei materiali, né tanto meno una disciplina volta a tutelare la riservatezza delle registrazioni irrilevanti.

Si era di fronte ad un dato normativo scarso e praticamente inesistente: il comma 4 dell'art. 266, c.p.p. Rocco, introdotto nel 1955⁵⁴, richiedeva soltanto che le intercettazioni dovessero essere autorizzate da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. E prima di tale intervento gli artt. 266, comma 3, e 339 c.p.p. Rocco permettevano senza limiti e condizioni di sorta l'impiego dello strumento. La sentenza del '73 in pratica sollecitava il legislatore ad introdurre una disciplina più analitica, e nelle "more" indicava di attenersi alle due implicazioni necessarie derivanti dall'art. 15 Cost.: una motivazione seria, e l'utilizzo esclusivo del materiale processualmente utile. Tanto basta a giustificare e capire le sue parole.

Una legge organica interviene finalmente nel 1974⁵⁵ (interpolata poi nel 1978⁵⁶): si introduce una specifica e dettagliata disciplina delle intercettazioni, che viene nel 1989 recepita nel nuovo codice.

La Corte costituzionale solo nel 1991 e nel 1994 viene chiamata ad occuparsi direttamente del problema del divieto di circolazione probatoria nei diversi procedimenti. Ed essa, per delineare il confine fra ciò che è consentito e ciò che non lo è, riprende le motivazioni della sentenza del '73, ricavandone tuttavia argomenti e conseguenze non necessarie.

Nel '91 viene fatto il primo passaggio: ci si interrogava se l'art. 270 c.p.p. ricomprendesse nel divieto anche le notizie di reato emerse dalle registrazioni.

Qui la Corte, negando tale estensione, allarga molto il discorso rispetto a quanto richiesto, quasi formulando un *obiter*.

Prima ribadisce quando scritto nella sentenza del 1973: per intercettare (ovverosia per registrare) ci deve essere una motivazione nella quale siano indicati bersagli e reati; inoltre si possono usare solo le informazioni rilevanti processualmente (a tutela della *privacy* ovviamente).

⁵⁴ Art. 266 ultimo comma, come introdotto dalla legge 18 giugno 1955, n. 517.

⁵⁵ L 8 aprile 1974, n. 98 abroga l'ultimo comma dell'articolo 226 c.p.p. Rocco e inserisce i nuovi artt. 266 *bis*, 266 *ter*, 266 *quater* e 266 *quinquies*; sostituisce l'art. 399 c.p.p. Rocco; aggiunge un secondo capoverso all'art. 423 c.p.p. Rocco, prevede che l'art 226 *quinquies* c.p.p. Rocco si applichi anche alle intercettazioni raccolte prima dell'entrata in vigore della legge; affida al Ministro per le poste e le telecomunicazioni, di concerto con altri Ministri, il compito di provvedere con propri decreti all'elencazione degli apparecchi idonei ad operare le intercettazioni; affida al procuratore della Repubblica la responsabilità della custodia degli strumenti di intercettazione installati presso la Procura della Repubblica.

⁵⁶ Con il già citato d.l. 21 marzo 1978 n. 59 convertito con modificazioni nella legge 18 maggio 1978, n. 191.

Dopodiché passa a dire – innovando rispetto al '73 – 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».

Da tale premessa si trae allora la seguente conseguenza che «l'utilizzazione come prova in altro procedimento trasformerebbe l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 della Costituzione in un'inammissibile “autorizzazione in bianco”, con conseguente lesione della “sfera privata” legata alla garanzia della libertà di comunicazione e al connesso diritto di riservatezza incombente su tutti coloro che ne siano venuti a conoscenza per motivi di ufficio».

Infine arriva alla conclusione: «Dalla tutela della “libertà” di comunicazione deriva dunque che, in via di principio, è vietata l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni validamente disposte nell'ambito di un determinato giudizio come elementi di prova in processi diversi, per il semplice fatto che, ove così non fosse, si vanificherebbe l'esigenza più volte affermata da questa Corte che l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni debba essere puntualmente motivato nei sensi e nei modi precedentemente chiariti».

In pratica per la Corte costituzionale il divieto di uso in altri procedimenti si salda non già con la tutela della “segretezza”, ma piuttosto della “libertà” di comunicazione, intesa anche come diritto a non essere turbati dalla possibilità dell'uso processuale illimitato di quanto possa essere stato captato. Di qui la necessità di limitare tale turbamento, circoscrivendo nei diversi procedimenti l'uso dei risultati delle intercettazioni⁵⁷.

Nel 1994 la Corte costituzionale riprende i medesimi argomenti, e li utilizza per affermare che un eventuale uso senza limiti dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti sarebbe una inammissibile autorizzazione in bianco lesiva

⁵⁷ Cfr. F. CASSIBA, *Op. cit.*, p. 8 ss. e A. ALVINO, *La circolazione, cit.*, p. 248, che inquadrano tale turbamento nell'art. 2 Cost. Inoltre, già prima della riforma v. C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 1573; P. FERRUA, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 486. Sul problema per un inquadramento sistematico v. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 11 ss.

del diritto alla libertà delle comunicazioni. E quindi conclude che deve rimanere il divieto di circolazione di cui all'art. 197 c.p.p., ferma la possibilità di prevedere delle specifiche deroghe, che spetta al legislatore individuare ragionevolmente

Poi tutto tace, fino a quando la Corte di cassazione nel 2020 si pone il problema di delineare il campo di applicazione dell'uso nello "stesso procedimento", e non già nel diverso, come avevano fatto le sentenze della Corte costituzionale del 1991 e 9194.

E qui il medesimo argomento utilizzato della Corte costituzionale per giustificare il divieto di uso nei "procedimenti diversi" viene speso dalla Corte di cassazione per giustificare il ridotto regime di uso delle intercettazioni nell'ambito dello stesso procedimento, come se le due situazioni siano identiche.

Si ribadisce infatti che il diritto inviolabile della "libertà" delle comunicazioni, non vuol dire solo "divieto di impedirle", ma anche diritto di non "essere turbati nelle conversazioni". Tale turbamento deriverebbe dalla consapevolezza, in capo a ciascuno, sulle conseguenze di un'eventuale intercettazione: tutto quello che si dirà sarà processualmente utilizzabile.

Dopodiché si ritiene che sia necessario contenere tale turbamento, limitando il normale uso dei risultati delle intercettazioni solo a ciò che è oggetto del provvedimento motivato, altrimenti vi sarebbe un'inammissibile autorizzazione in bianco. Si viene così a profilare un "binomio" fra reati indicati nel provvedimento di autorizzazione e uso processuale delle informazioni⁵⁸

Da questo deriva che il significato di "stesso procedimento" deve essere trovato nell'esistenza di un "legame sostanziale" fra il reato oggetto dell'autorizzazione e le informazioni che si raccolgono e che non attengono al reato autorizzato: si deve trattare di informazioni relative a reati connessi. In tal modo è come se il decreto di autorizzazione si riferisca anche a questi perché, a ben vedere, i reati connessi costituiscono un tutt'uno, e come se fossero dal punto di vista del diritto sostanziale un unico reato. In tal modo si circoscrive quel turbamento, contenuto essenziale della libertà delle conversazioni

Ebbene, la Corte costituzionale nel '91 e nel '94 ha detto chiaramente che il legislatore può scegliere se impedire l'uso dei risultati delle intercettazioni negli altri procedimenti in via assoluta, come aveva fatto nella prima formulazione

⁵⁸ In tal senso F. RUGGIERI, in *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 102; F. CASSIBA, *Op. cit.*, p. 9 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 182, M. CIAPPI, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni provenienti aluunde*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 1244; V. GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 66; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 164 ss.

della norma, – o in via relativa, introducendo delle ragionevoli deroghe. Ma il trasportare il medesimo principio nello stesso procedimento appare operazione non corretta dal punto di vista esegetico. Se il principio spiega le ragioni del divieto probatorio, non può nei medesimi termini spiegare l'uso probatorio. Lo stesso principio non può nel contempo giustificare due regole opposte, e la Corte costituzionale non a caso si era preoccupata di sottolineare nel 1994 come con la questione sollevata «si mirava in sostanza a ottenere una trasformazione dell'ordinamento normativo tale da permettere la piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito di procedimenti penali diversi da quello per il quale le stesse intercettazioni sono state validamente autorizzate». Come se desse per scontata una piena utilizzabilità nei medesimi procedimenti.

Inoltre, in via pregiudiziale appare quanto meno controvertibile l'*obiter dictum* della Corte costituzionale del '91, secondo cui esiste il “diritto al non turbamento”, inteso come diritto al non utilizzo di informazioni rilevanti penalmente perché ciascuno deve essere “libero” di conversare non temendo che quello che dirà potrà essere usato per reati diversi da quello per cui sono state autorizzate le intercettazioni. *Obiter* poi ripreso dalla Cassazione per giustificare l'interpretazione dell'espressione “stesso procedimento”.

Questo diritto non esiste per la Corte edu, per la quale è necessaria la “prevedibilità della base legale” su cui si fonda l'interferenza dell'Autorità nel diritto fondamentale di cui all'art. 8 Cedu, prevedibilità intesa come esistenza di una regola giuridica conoscibile; nonché la possibilità di un controllo successivo, volto a verificare che non ci sia stato un abuso dell'autorità. E il nostro ordinamento già soddisfa tali condizioni⁵⁹. Ma certo non è questo un argomento dirimente, potendo ben essere alzate le soglie delle garanzie della Convenzione.

Inoltre, guardando al diritto interno, tal modo di intendere il diritto alla libertà delle conversazioni, di fatto introdurrebbe anche nello stesso procedimento una

⁵⁹ In tale contesto ciò che è necessario – al fine di evitare una violazione dell'art. 8 C.E.D.U. – è soprattutto l'esistenza di una 'base legale chiara e precisa': secondo la Corte edu «ci vuole un'adeguata indicazione delle condizioni e delle circostanze in cui le Autorità hanno il potere di ricorrere a tali misure e la base legale deve essere particolarmente precisa, in quanto la tecnologia disponibile per l'uso è sempre più sofisticata; le persone devono essere messe in grado di prevedere, anche solo in via astratta e ipotetica e non in senso determinato, in quali circostanze i loro diritti possano essere posti ad interferenza; in pratica devono essere messi nelle condizioni di poter evitare l'interferenza» (C. edu, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito; C. edu, 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c. Spagna; C. edu, 29 giugno 2006, Weber e Saravia c. Germania; Corte edu, 28 giugno 2007, Associazione per l'integrazione europea ei diritti dell'uomo e Ekimdzhev c. Bulgaria; C. edu, 1° luglio 2008, Liberty c. Regno Unito; C. edu, 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldova; C. edu, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania).

sorta di diritto al silenzio extraprocessuale⁶⁰, superiore a quello previsto per le dichiarazioni processuali dell'indagato, perché si estenderebbe anche a ciò che proviene da terzi estranei a profili personali di responsabilità e che invece sono solo depositari di informazioni che hanno ricevuto su fatti penalmente rilevanti. Senza contare che rispetto al terzo è davvero difficile immaginare un turbamento legato alla possibilità che circolino informazioni che non lo riguardino personalmente.

Appare piuttosto che il divieto di circolazione probatoria nei diversi procedimenti sia espressione del principio del *fair play*, da intendere come scelta dello Stato di non ricorrere a metodi sleali⁶¹. Se ci si imbatte in una “notizia di reato inaspettata”, usando dei mezzi particolarmente insidiosi come le intercettazioni che vanno a toccare l'inviolabile diritto alla segretezza delle comunicazioni, è espressione di lealtà comportamentale utilizzare l'informazione esclusivamente come ipotesi da verificare, e non già nel contempo come ipotesi e conferma probatoria dell'ipotesi.

È però consentito, secondo ragionevolezza, individuare delle eccezioni.

Ed è ragionevole derogare a tale regola per i reati particolarmente allarmanti. E questi sono tanto quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio, quanto quelli per cui è possibile ricorrere alle intercettazioni.

Ma nessun comportamento contrario al *fair play* è configurabile quando indagando su qualcosa si finisce, secondo l'*id quod plerunque accidit*, per scoprire

⁶⁰ Esplicitamente escluso dalla Corte Cost. 6 aprile 1073 n. 34.

⁶¹ Il principio del *fair play* evoca la questione relativa all'utilizzabilità o meno nel processo di prove che sono frutto di “trappole”, di “inganni”, di “insidie”. Il tema è stato oggetto di una particolare attenzione solo rispetto a quella peculiarissima forma investigativa costituita dalle operazioni sotto copertura (su cui v. F. ROBERTI, G. FURCINITI, *Le indagini contro il narcotraffico e il riciclaggio dei proventi illeciti*, Laurus, 2015, p. 76 ss.). In tale contesto, la Corte edu ha sancito l'inutilizzabilità delle prove raccolte dall'agente provocatore, ovverosia di chi sia stato determinante nella decisione di commettere il reato. In pratica è contraria all'equo processo, al *fair play*, la circostanza di determinare qualcuno a delinquere e poi usare contro di lui la testimonianza di chi lo ha convinto a delinquere: si tratta del c.d. *intrapment* (C. edu, 4 novembre 2010, Bannikova c. Russia; C. edu, 21 febbraio 2008, Pyrgiotakis c. Grecia; Corte edu, 5 febbraio 2008 Ramanauskas c. Lituania; C. edu, 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania; C. edu, 9 giugno 1998, Teixeira de Castro c. Portogallo). La Cassazione si è subito adeguata a tale indirizzo interpretativo, sostenendo che «è inutilizzabile la prova acquisita dall'agente infiltrato che abbia determinato l'indagato alla commissione di un reato e non quella acquisita con l'azione di mero disvelamento di una risoluzione delittuosa già esistente, rispetto alla quale l'attività dell'infiltrato si presenti solo come occasione di estrinsecazione del reato» (Cass., sez. V, 4 febbraio 2020 – 14 aprile 2020, n. 12204, Giannone in *C.E.D. Cass.*, n. 278730). secondo la Corte sono legittime solo le prove raccolte dall'agente infiltrato, ovverosia di colui che al più rafforza un intento criminale già esistente (sul tema v. A. BALSAMO, *Operazioni sotto copertura ed equo processo*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2642 ss.).

qualcos'altro: non quindi per fatalità, ma per una normale conseguenza. Man mano che si svolgono delle indagini su una certa ipotesi criminosa è fin troppo scontato reperire prove relative ad ulteriori ipotesi criminose legale alle prime⁶².

E tale evenienza si verifica allo stesso modo tanto rispetto alle informazioni relative a reati connessi, quanto rispetto a quelle relative a reati collegati ex art. 371 comma 2 lett. b) e c) c.p.p.

Da questo punto di vista non sono rinvenibili differenze significative: la “massima di esperienza” che ci dice che “indagando su un qualunque reato si trovano prove relative anche al reato commesso per occultarlo” è identica alla “massima di esperienza” che ci dice che “indagando su un qualunque reato si scovano anche prove relative al reato commesso per conseguire il profitto”. Ma esiste anche la massima di esperienza che ci dice che “quando una persona è a conoscenza dell'avvenuto compimento di due reati, se parla di uno, conversando con terzi, evocherà anche l'altro”.

Nessuna delle ipotesi regolate nel collegamento probatorio è qualificabile come evenienza imprevedibile dal punto di vista “processuale e investigativo”.

Proviamo allora a valorizzare il c.d. diritto tabellare, inteso in senso lato come l'insieme della disciplina tanto delle tabelle giudicanti, quanto dei progetti organizzativi delle procure⁶³.

Come è noto nei progetti organizzativi si stabiliscono le modalità attraverso cui le singole notizie di reato vengono assegnate ai “singoli” magistrati del p.m. e sono previste delle regole generali e delle deroghe.

In quasi tutti i progetti organizzativi approvati nell'ultimo triennio⁶⁴, la regola generale prevede che le notizie di reato sono attribuite per materia al Gruppo di lavoro corrispondente, e poi con “assegnazioni automatiche” ogni singola notizia è affidata ad uno dei magistrati facente parte del gruppo (in conformità all'art. 1 comma 4 lett. b) e c), d.lg. 206 del 2006).

I procedimenti che invece esulano dalle competenze dei Gruppi sono assegnati direttamente ai singoli magistrati, sempre attraverso meccanismi automatizzati che distribuiscono i carichi di lavoro via via a tutti i pubblici ministeri dell'ufficio in misura identica (in conformità all'art. 1 comma 4 lett. c), d.lg. 206 del 2006).

⁶² Cfr. A. CAMON, *Op. cit.*, p. 277, il quale già osservava come *ex ante* sia impossibile prevedere gli esiti delle intercettazioni.

⁶³ Sulla disciplina di dettaglio v. C.S.M., Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura (delibera del 16 novembre 2017 e succ.mod. al 18 giugno 2018); C.S.M., Modifica alla Circolare sull'Organizzazione degli Uffici di Procura deliberata in data 16 novembre 2017, così come modificata alla data del 18 giugno 2018 (delibera 16 dicembre 2020).

⁶⁴ Per tutti v. il Progetto organizzativo della Procura di Tivoli del triennio 2020-2022, virtuosamente pubblicato sul sito aperto al pubblico della Procura, in https://www.procura.tivoli.giustizia.it/documenti.aspx?id_gruppo=537.

Poi ci sono le deroghe a tali regole.

La prima è quella che permette “l’assegnazione personale” al procuratore capo o a singoli magistrati, in base ad esigenze predeterminate (in conformità all’art. 2 comma 1 d.lg. 206 del 2006).

La seconda viene denominata “assegnazione per precedente” (in conformità all’art. 1 comma 4 lett. b) prima frase, d.lg. 206 del 2006): tutte le notizie di reato che riguardano reati connessi (*ex art. 12 c.p.p.*) o comunque collegati [*ex art. 371, comma 2, lett. b) e c) c.p.p.*] ad una “precedente notizia di reato” già assegnata ad un determinato p.m. sono affidati a quest’ultimo. Non importa se poi ci sarà la riunione dei procedimenti o rimarranno separati, il dato significativo è la “trattazione unitaria”, ovvero sia la titolarità in capo al medesimo p.m.

Si tratta di una regola di efficienza processuale, ma anche strategica.

Le “relazioni fattuali” che esistono fra i vari reati, anche nel caso in cui siano indifferenti dal punto di vista sostanziale, assumono un “rilievo processuale” fondamentale: occorre conoscere tutto il materiale probatorio, perché le prove dell’uno avvalorano o escludono la ricorrenza dell’altro e viceversa; è poi necessaria una valutazione unitaria dei passi investigativi da compiere per ciascuno di essi, perché un successo investigativo sull’uno si irradia sull’altro, così come un passo falso sull’uno a cascata si riversa sull’altro; inoltre, è opportuna una ponderazione congiunta sulle scelte relative all’esercizio dell’azione.

Potremmo allora ipotizzare che il concetto di “stesso” e “diverso” procedimento si basi sull’esistenza o meno della “trattazione unitaria”, valorizzando così il dato della titolarità in capo al medesimo p.m., che a sua volta si fonda sulla connessione o sul collegamento fra le diverse notizie di reato di cui è competente una certa Procura della Repubblica.

Siffatta ricostruzione non esclude che si possano comunque colpire eventuali abusi, e a tal fine appare necessario distinguere due diverse situazioni: una “occulta” elusione del *fair play* sindacabile *ex art. 271 c.p.p.* e una “palese” violazione del *fair play* sindacabile *ex art. 270 c.p.p.*

Un conto è il caso in cui un singolo magistrato formuli una legittima richiesta di intercettazione per un determinato reato, mirando invece ad intercettare un ulteriore fatto non ricompreso nell’art. 266 comma 1 c.p.p., o ancora privo di una qualche soglia probatoria, perché solo ipotizzato.

La situazione è agevolmente qualificabile come un abuso del diritto⁶⁵: c’è un impegno sfunzionalizzato del mezzo investigativo⁶⁶. E ormai da tempo sono

⁶⁵ Su cui v. E.M. CATALANO, *L’abuso del Processo*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*; P. MAGGIO, *Processo (abuso del)*, in *Dig. d. pen., Agg.*, vol. V, Utet, 2010, p. 634 ss.

⁶⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 2012 – 9 gennaio 2021, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.* 2012, p. 2410.

previste varie tipologie di reazioni rispetto ad analoghe evenienze⁶⁷, dunque anche qui si potrebbe ipotizzare che intervenga una sanzione processuale, basata sull'effettivo pregiudizio⁶⁸, per violazione del *fair play*.

A tal fine basterebbe l'inutilizzabilità dell'art. 271 c.p.p., perché – anche se non apparentemente – sono comunque assenti le condizioni (in via di fatto o in via di diritto) per richiedere l'autorizzazione.

Un analogo sindacato, proprio ai sensi dell'art. 271 c.p.p., già viene eseguito dalla Cassazione nell'ipotesi in cui, a causa della “diversa qualificazione” giuridica del “medesimo fatto” alla fine dell'inchiesta, si passi da un reato intercettabile ad uno che non lo sia. In questi casi occorre verificare se al momento in cui era stata richiesta l'autorizzazione già esistevano gli elementi per qualificare l'ipotesi criminosa nel modo in cui si è proceduto solo alla conclusione dell'indagine e, quindi, abusivamente⁶⁹.

Allo stesso modo, le intercettazioni sono inutilizzabili se sono state eseguite proprio per registrare conversazioni relative a “ulteriori fatti” non qualificabili giuridicamente in una delle ipotesi criminose indicate dall'art. 266 c.p.p., ovvero se sono state disposte perché già si ipotizzavano come esistenti ulteriori fatti, ma ancora non vi era la disponibilità di indizi. In definitiva l'art. 271 c.p.p. è idoneo a ricomprendere al suo interno anche il caso in cui il mezzo di ricerca della prova sia strumentalizzato per cercare – non importa se esclusivamente o meno – informazione su “fatti ulteriori e aggiuntivi” rispetto a quelli indicati nella richiesta e nel decreto di autorizzazione.

Qualcosa di molto simile è oggi in procinto di essere introdotto: il sindacato sulla correttezza della data di iscrizione della notizia di reato, con conseguente inutilizzabilità dei risultati investigativi compiuti fuori del termine come retrodatato a seguito del controllo⁷⁰.

⁶⁷ Per una panoramica delle quali v. R. APRATI, *Nullità ed effettivo pregiudizio*, Cedam, Milano, 2019, p. 247 ss.

⁶⁸ Sul tema v. R. APRATI, *Nullità ed effettivo pregiudizio*, Cedam, Milano, 2019, *passim*.

⁶⁹ Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2021 – 7 ottobre 2021, n. 36420, Mazzone, in *C.E.D. Cass.*, 281989, secondo cui in tema di intercettazioni telefoniche, la verifica dei presupposti di legittimità va effettuata con riguardo alla qualificazione del reato per il quale, in concreto, si dispone di indizi idonei al momento dell'autorizzazione, sicché, ove “ab origine” il reato astrattamente configurabile non era tra quelli contemplati dall'art. 266 c.p.p., le intercettazioni sono inutilizzabili pur se formalmente disposte per un titolo di reato che le consentiva. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto inutilizzabili le intercettazioni inizialmente disposte in relazione al reato di corruzione e poi utilizzate con riguardo al reato di abuso d'ufficio, sul presupposto che quest'ultima era l'unica fattispecie concretamente configurabile sulla base degli elementi disponibili fin dal momento in cui l'autorizzazione era stata disposta).

⁷⁰ L. n. 134 del 2021, art. 1, n. 9, lett. p), q), r), s), secondi i quali il Governo è delegato a: p) precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p. della notizia di reato e

Occorrerebbe dunque analizzare il complessivo quadro indiziario raccolto nel momento in cui è stato chiesto il provvedimento – ora per allora – al fine di verificare la ricorrenza di tali circostanze abusive. Si deve quindi andare oltre l'analisi delle risultanze investigative relative ai reati per cui invece è stata richiesta l'autorizzazione: non si fa un vaglio sui reati autorizzati, che probabilmente lo sono stati legittimamente, ma su quelli che non compaiono nell'ordinanza. E proprio questo permette di qualificare il sindacato come un controllo sull'abuso del diritto.

Diverso è il caso in cui ci si imbatte accidentalmente in informazioni che esulano dalle ipotesi criminose oggetto dell'autorizzazione, senza che siano state fraudolentemente ricercate.

In questa circostanza tutto ciò che riguarda reati privi di qualsivoglia “legame processuale” con il reato bersaglio deve essere trasmesso al p.m. competente (nella stessa procura o in una diversa). E qui ai sensi dell'art. 270 c.p.p. l'informazione va qualificata come notizia di reato e non può essere usata come prova. E l'eventuale “palese” violazione del precetto è colpita dall'inutilizzabilità (a meno che non ricorrano le deroghe codificate che ne autorizzano il pieno impiego probatorio).

Ebbene, se si volessero mettere insieme tutte le suggestioni proposte, dal nuovo testo dell'art. 270 c.p.p. si potrebbe ricavare che nel medesimo procedimento – ovvero nei procedimenti assegnati al medesimo magistrato del p.m. – si usano i risultati delle intercettazioni relativi ai reati autorizzati e ai reati connessi o collegati a quelli autorizzati; di *contro* nei procedimenti diversi – ovvero sia trattati da magistrati del p.m. diversi – vi è il divieto di circolazione probatoria, a

del nome della persona cui lo stesso è attribuito, in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni; q) prevedere che il giudice, su richiesta motivata dell'interessato, accerti la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona alla quale lo stesso è attribuito e la retrodati nel caso di ingiustificato e inequivocabile ritardo; prevedere un termine a pena di inammissibilità per la proposizione della richiesta, a decorrere dalla data in cui l'interessato ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico; prevedere che, a pena di inammissibilità dell'istanza, l'interessato che chiede la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato abbia l'onere di indicare le ragioni che sorreggono la richiesta; r) prevedere che il giudice per le indagini preliminari, anche d'ufficio, quando ritiene che il reato è da attribuire a persona individuata, ne ordini l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p., se il pubblico ministero ancora non vi ha provveduto; s) prevedere che la mera iscrizione del nome della persona nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p. non determini effetti pregiudizievoli sul piano civile e amministrativo. Per una panoramica sul dibattito relativo al sindacato sulla data di iscrizione della notizia di reato nel registro v. R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Jovene, Napoli, 2010, p. 133 ss. e 185 ss.

meno che i risultati delle intercettazioni attengano a delitti per cui è consentito l'arresto in flagranza di reato o a reati per cui è ammissibile l'intercettazione *ex art. 266 c.p.p.*

Se questo possa essere un modo per raggiungere un ragionevole bilanciamento fra la tutela della riservatezza delle comunicazioni, le esigenze di accertamento dei reati e la configurazione di un giusto ed equo processo, senza stravolgere il dato letterale della disposizione, sarà la Corte di cassazione a dirlo, ma intanto ci si è uniti alle voci di tutti coloro che sono impegnati a “predire” la futura giurisprudenza della Cassazione e a partecipare a quella “cultura del dialogo” da cui poi nascono i principi di diritto parzialmente vincolanti delle Sezioni unite.

Profili di illegittimità costituzionale del nuovo regime di circolazione delle intercettazioni (c.d. “pesca a strascico”)¹

SOMMARIO 1. Il contenuto “profetico” della sentenza delle Sezioni Unite n. 51/2020 – 2. Il bilanciamento costituzionale tra la segretezza delle comunicazioni e l’interesse dello Stato a reprimere i reati – 3. La non dispersione della prova: un principio di diritto o un “mito” di formazione giurisprudenziale? – 4. Il nuovo regime di circolazione della prova: l’eccezione diventa la regola.

1. Il contenuto “profetico” della sentenza delle Sezioni Unite n. 51/2020

La nuova disciplina sulla circolazione delle intercettazioni, da ultimo modificata dalla legge n. 7 del 28 febbraio 2020 con cui è stato convertito il d.l. n. 161/2019, appare palesemente incostituzionale, a voler aderire alla tesi affermata dalle Sezioni Unite (n. 51/2020) che sembra quasi una lungimirante anticipazione della rilevanza della questione di illegittimità di una norma in quel momento non ancora diventata legge. Peraltro, la stessa tesi era stata prima ancora sviluppata dalle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale n. 366/91 e 63/94, il cui contenuto è ampiamente richiamato dalle Sezioni Unite.

L’attuale art. 270 c.p.p., infatti, ammette un’autorizzazione in bianco e la “pesca a strascico” di tutte le captazioni, anche ulteriori rispetto al fatto-reato per il quale vi è la copertura giurisdizionale, in violazione del principio di cui all’art. 15 Cost. che le Sezioni Unite si sono sforzate di tutelare. L’unico limite è quello dell’astratta ammissibilità delle intercettazioni ai sensi dell’art. 266, primo comma, c.p.p. (intercettazioni telefoniche) e 266, comma 2-bis (captatore informatico)².

¹ Intervento svolto nella tavola rotonda sul regime della circolazione delle intercettazioni, a chiusura del corso “Intercettazioni di comunicazioni e tabulati” organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura (14-16 marzo 2022).

² Sulla riforma legislativa e/o a commento della sentenza n. 51/2020, da ultimo: C. PARODI N. QUAGLINO, *La nuova riforma delle intercettazioni*, Milano, 2020; F. ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell’art. 270 c.p.p.: l’incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in *Sistema Penale*, n. 5/2020; F. CASSIBBA, *In difesa dell’art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle*

Le tesi sostenute in quel formante giurisprudenziale andrebbero ulteriormente rafforzate con un’analisi più approfondita sul reale “peso” giuridico e costituzionale degli interessi e diritti che devono essere comparati e bilanciati.

2. Il bilanciamento costituzionale tra la segretezza delle comunicazioni e l’interesse dello Stato a reprimere i reati

Il primo interesse in gioco è la segretezza di ogni forma di comunicazione, tutelata come diritto inviolabile dall’art. 15 Costituzione con una doppia riserva: riserva di legge e riserva di giurisdizione. Solo la legge può prevedere i casi in cui è consentita la limitazione della segretezza e solo un giudice può in concreto limitarla con un atto motivato. L’art. 15 è rafforzato dal principio generale di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo di cui all’art. 2 Cost. Su questo asse portante è costruito l’apparato motivazionale delle due sentenze della Corte Costituzionale.

L’altro termine di paragone è duplice: l’interesse dello Stato a reprimere i reati ed in particolare i reati che suscitano un certo allarme sociale (in questo senso le sue sentenza della Corte Costituzionale) e/o il principio – connesso all’interesse pubblico alla repressione del reato – di non dispersione della prova.

Sono interessi tra loro connessi ma che a bene vedere non hanno un valore costituzionale così marcato e definito. Almeno per quanto concerne il principio di non dispersione della prova, si può persino dubitare che abbia una dimensione di principio generale.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 366/91 afferma che il diritto alla segretezza delle comunicazioni non può subire restrizioni o limitazioni se non in ragione dell’inderogabile soddisfacimento di un “*interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante*”. Se questa affermazione è del tutto condivisibile lo è meno la tesi in forza della quale l’esigenza di amministrare la giustizia ed in particolare di reprimere i reati corrisponda a un interesse pubblico primario, co-

intercettazioni per la prova di reati diversi, in Giurisprudenza Penale, n. 2/2020; F. SCHLAVONE, *Intercettazioni a “strascico”: prospettive interpretative*, in Giurisprudenza Italiana, n. 11/2021, p. 2487; A. VELE, *Ambito d’applicazione dello strumento intercettazioni. Uso dei risultati in altri procedimenti*, in La Legislazione Penale, 24.11.2020, p. 35; M.S. CHELO, *Inutilizzabilità delle intercettazioni disposte in procedimento diverso: osservazioni a margine della recente ordinanza nel processo c.d. “Palamara bis”*, in Il Penalista, 30.08.2021; G. CORATO, *La riqualificazione dell’addebito nel quadro delle intercettazioni*, in Il Penalista, 05.08.2021; G. SPANGHER, *Il dl intercettazioni*, in Giustizia Insieme, 26.02.2020; D. PECCHIOLI, *Circolazione probatoria e intercettazioni – Intercettazioni e “diverso procedimento”: le Sezioni Unite sull’annoso nodo gordiano*, in Giurisprudenza Italiana, 2020, 6, 1503; F.A. MAISANO – C.M. PIAZZA, *Nota a commento sulla nuova disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in Giurisprudenza Penale online.

stituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile. La sentenza non richiama espressamente una norma della Carta fondamentale espressione di questo interesse pubblico alla repressione dei reati. Si limita a richiamare l'art. 112 Cost. nel riferire degli argomenti esposti dal giudice *a quo* ma senza approfondire oltre.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 63/1994 non richiama, invece, alcun principio costituzionale da comparare con il diritto alla segretezza delle comunicazioni. Si limita a sottolineare l'ammissione della deroga alla regola generale del divieto di utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti giustificata da un generico interesse all'accertamento dei reati di maggior gravità (quelli per i quali è previsto l'obbligo di arresto in flagranza).

Non si intende certo negare l'esistenza e la fondatezza dell'interesse all'accertamento e alla repressione delle condotte illecite ma in uno Stato di diritto tale legittimo obiettivo non è perseguito come prioritario al punto di conferirne una protezione costituzionale.

O meglio: la protezione costituzionale non può che essere quella dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. ma incastonata in uno scenario normativo tipico di uno Stato di diritto.

Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale sulla base delle prove assunte legittimamente. Pertanto, il principio di cui all'art. 112 è già intrinsecamente limitato dal sistema dei diritti costituzionalmente tutelati. In uno Stato di polizia l'interesse a perseguire i reati può essere senza limiti, in uno Stato di diritto quell'interesse ha un peso specifico diverso perché vive in equilibrio con il principio del giusto processo (111 Cost), con il diritto di difesa (24 Cost.) e con tutti gli altri diritti individuali tra i quali quello alla segretezza delle comunicazioni.

3. La non dispersione della prova: un principio di diritto o un "mito" di formazione giurisprudenziale?

Il principio di non dispersione della prova, in qualche modo connesso all'esigenza della repressione dei reati, ha una statura valoriale ancora inferiore rispetto all'interesse alla repressione dei reati, di cui semmai ne è strumento.

È un principio di fonte meramente giurisprudenziale per il quale è arduo anche solo intravedere un fondamento normativo e men che meno costituzionale.

Nasce, nella sua formulazione più rigorosa, con la sentenza della Corte Costituzionale n. 255/92 e muore con l'introduzione del nostro ordinamento costituzionale del principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. (1999).

È la sentenza con la quale fu dichiarato incostituzionale l'art. 500 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione nel fascicolo del dibattimento delle di-

chiarazioni precedentemente rese a s.i.t. dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. L'art. 500 è stato riscritto nel 2001 prevedendo i casi in cui il verbale può essere acquisito ma ripristinando la prevalenza del principio di oralità.

La sentenza cristallizza il principio di non dispersione al diritto di agire in giudizio (art. 24 con particolare riferimento alla vittima del reato) e alla giurisdizione penale (art. 101). Quest'ultima norma non ha nemmeno implicitamente un barlume del principio di non dispersione della prova. Infine, cita l'art. 3 sotto il profilo della ragionevolezza che come sappiamo è il contenitore di qualsivoglia forma di potenziale incostituzionalità quando in verità dovrebbe essere un principio in forza del quale è ragionevole una norma se disciplina diversamente fatti diversi così da evitare sprequazioni.

L'unico vero principio di non dispersione della prova è contenuto in quelle norme che tutelano la formazione della prova contro il rischio che a causa del tempo o della morte diventi impossibile la ripetizione. Per esempio: i casi di incidente probatorio o l'acquisizione delle s.i.t. di un testimone deceduto prima del dibattimento. Così rivisitato e ridimensionato il principio di non dispersione ha persino copertura costituzionale con l'art. 111, quinto comma, Cost. che prevede l'acquisizione della prova fuori dal contraddittorio per accertata impossibilità di natura oggettiva.

Ciò detto, non esiste un principio di non dispersione di una prova acquisita illegittimamente anche se l'illegittimità, come nel caso dell'intercettazione relativa ad un reato diverso da quello "coperto" da autorizzazione del giudice, è del tutto involontaria.

Possiamo persino affermare che nel nostro ordinamento esiste il principio opposto di dispersione della prova acquisita illecitamente o illegittimamente (art. 188 c.p.p. e soprattutto art. 191 c.p.p.). L'inutilizzabilità fisiologica o patologica è un istituto processuale espressione del principio di dispersione della prova acquisita illegittimamente.

Ed allora, in applicazione del principio di proporzionalità applicato in materia costituzionale, sull'asse della bilancia c'è un diritto fondamentale tutelato dagli artt. 2 e 15 Cost., con riserva assoluta di legge e di giurisdizione, dall'altro c'è il principio di obbligatorietà dell'azione penale che già in seno porta con sé la necessità di fondare l'esercizio di questo obbligo solo in forza di prove legittimamente acquisite.

Peraltro non sarebbe nemmeno necessario ridimensionare uno dei termini di paragone per sostenere l'incostituzionalità dell'art. 270 commi 1 e 1-bis c.p.p. ma sarebbe sufficiente richiamare la tesi sostenute dalle Sezioni Unite 51/2020:

“La giurisprudenza della Consulta ha ritenuto costituzionalmente valida la deroga alla regola della limitazione dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni funzionale ad assicurare che l'abilitazione giudiziale non si trasfor-

mi in un' "autorizzazione in bianco", a condizione, tuttavia, che tale deroga risponda a due condizioni, espressione, entrambe, dell' "eccezionalità" del regime di utilizzazione per reati non riconducibili all' autorizzazione giudiziale: come si è visto, i casi eccezionali devono essere "tassativamente indicati dalla legge" e l' utilizzazione deve essere circoscritta "all' accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale", ossia per l' accertamento di "reati di maggiore gravità" (Corte Cost., sent. n. 63 del 1994)".

La nuova disciplina non prevede "casi eccezionali", come nella versione precedente con l' indicazione dei reati per i quali è previsto l' arresto in flagranza, ma si limita ad estendere l' utilizzabilità per tutti i reati per i quali l' intercettazione è ammissibile.

Ed ancora: *"Fuori da tali eccezionali casi, tassativamente previsti dalla legge ed afferenti all' accertamento di reati di maggiore gravità presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, l' autorizzazione del giudice si connota per una piena portata abilitativa e, dunque, costituisce non solo il fondamento di legittimazione del ricorso all' intercettazione, ma anche il limite all' utilizzabilità probatoria dei relativi risultati ai soli reati riconducibili alla stessa autorizzazione: senza tale limitazione, il provvedimento autorizzatorio si trasformerebbe, come si è detto, in un' inammissibile "autorizzazione in bianco", secondo l' icastica espressione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale" (Cass. Pen., Sez. Un., n. 51/2020).*

4. Il nuovo regime di circolazione della prova: l'eccezione diventa la regola

Il nuovo art. 270 ribalta la prospettiva, facendo diventare l'eccezione la regola.

Infatti il nuovo art. 270, al di là delle formule di stile della "rilevanza e indispensabilità", prevede che per tutti i fatti di reato qualificabili nei limiti di ammissibilità degli artt. 266 comma 1 (intercettazioni tradizionali) e 266 comma 1-bis (captatore informatico) i risultati delle intercettazioni sono pienamente utilizzabili, anche se non sono connessi al reato per il quale il GIP ha autorizzato le intercettazioni.

È quindi sufficiente una prima autorizzazione del giudice per un fatto-reato per il quale l' intercettazione è ammissibile per autorizzare la c.d. "pesca a strascico".

L' esegesi letterale è insuperabile.

L' art. 270 primo comma prevede l' utilizzabilità *"per l' accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l' arresto in flagranza e dei reati di cui all' articolo 266*

comma 1”. È chiaro che la particella “e” estende la categoria dei reati per i quali è utilizzabile il risultato captativo altrimenti il legislatore avrebbe dovuto scrivere la norma diversamente: “per l’accertamento dei reati di cui all’articolo 266 comma 1 per i quali è previsto l’arresto in flagranza”.

Le schede esplicative che hanno accompagnato la riforma confermano questa volontà legislativa. In effetti, in seno alla Commissione affari costituzionali del Senato era emersa una proposta costituzionalmente orientata: deroga al divieto di utilizzazione in diverso procedimento per i reati per i quali è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza “*fatti salvi i limiti di cui all’art. 266*”.

Così come formulata la norma, salta completamente la riserva di giurisdizione.

La soluzione interpretativa delle Sezioni Unite aveva il pregio, nella sua inevitabile creatività, di “illuminare” di legittimità le intercettazioni aventi ad oggetto reati diversi ma connessi ex art. 12 c.p.p. al reato “coperto” dall’autorizzazione del GIP. Del resto la continuazione è una finzione giuridica che rende il reato unico se i fatti di reato sono commessi nell’esecuzione di un medesimo disegno criminoso. L’autorizzazione per uno si può traslare sugli altri che diventano componenti dell’unico reato continuato. Se si prescinde dalla continuazione significa autorizzare l’utilizzabilità di tutte le intercettazioni con l’unico limite dell’ammissibilità in astratto, senza nessuna verifica *ex ante*.

Peraltro, occorre ricordare che l’intercettazione è una prova di “secondo livello” che può essere ammessa solo in base ad un giudizio di sussistenza di gravi indizi di reato (art. 267 c.p.p.). La questione non è, come ha voluto prevedere l’art. 270, l’ammissibilità in astratto dell’intercettazione per determinate categorie di reato ma l’ammissione in concreto per quel fatto già delineato sulla base di altri elementi di prova.

Inoltre, non giova avere riproposto il concetto di “procedimento diverso” perché in concreto il procedimento diverso non esiste mai, nasce con l’acquisizione della notizia di reato nuova emergente dalle intercettazioni. Ed allora la soluzione delle Sezioni Unite, ancorché espressione di una forzatura rispetto al dato letterale, aveva il pregio di creare un equilibrio tra esigenze investigative e diritto alla segretezza delle comunicazioni.

Il legislatore avrebbe potuto codificare il richiamo all’art. 12 c.p.p. così da superare *ab origine* le questioni di legittimità costituzionale. Invece, sembra quasi aver deciso di correre ai ripari per consentire quello che le Sezioni Unite, poche settimane prima, vietavano: le autorizzazioni in bianco.

L’unico valore aggiunto che la sentenza ha ancora è quello di escludere l’utilizzabilità delle intercettazioni, anche in caso di connessione “forte” ex art. 12 c.p.p., per i reati per i quali non è ammessa l’intercettazione ex art. 266.

L’art. 270 comma 1-*bis* ha un contenuto speculare al comma 1 con l’unica novità, che semmai crea ancora più confusione, del riferimento al “reato diverso”.

Il richiamo al primo comma potrebbe essere interpretato come una “divaricazione” tra il caso di “procedimenti diversi”, disciplinato anche per il captatore informatico dal primo comma, ed il caso del “reato diverso” nell’ambito dello stesso procedimento, disciplinato dal comma 1-*bis*. Tale soluzione porterebbe a risultati assurdi con una estensione senza ragione dei risultati delle intercettazioni con captatore più ampi se il procedimento è diverso.

Ha senso ipotizzare che il richiamo al primo comma sia funzionale ad estendere l’utilizzabilità ai reati per i quali è previsto l’arresto obbligatorio.

Semmai non possiamo escludere un’interpretazione dell’art. 270 orientata a neutralizzare la portata delle Sezioni Unite che, comunque, escludono l’utilizzabilità per i reati connessi che non rientrano nei limiti di ammissibilità dell’art. 266, così prevedeva parte della giurisprudenza precedente.

Il nuovo divieto di utilizzazione riguarda solo i procedimenti diversi per i quali non è possibile utilizzare come prova le intercettazioni per i reati per i quali non è ammissibile l’intercettazione. Pertanto, potrebbe essere considerato come nel medesimo procedimento, proprio in forza del principio affermato dalle Sezioni Unite, il reato connesso a quello per cui è intervenuta l’autorizzazione ad intercettare. Se quello che non è vietato è consentito, allora si potrebbe persino sostenere che il vincolo di ammissibilità formale *ex art. 266 c.p.p.* valga solo per i “procedimenti diversi” e quindi non per il reato connesso *ex art. 12 c.p.p.*

Sarebbe evidentemente un’interpretazione “incostituzionale”.

Non credo, peraltro, che i requisiti di “rilevanza ed indispensabilità” delle risultanze probatorie siano in grado di limitare la circolazione della prova entro limiti di bilanciamento degli interessi giuridici costituzionalmente garantiti.

Peraltro il doppio requisito è previsto solo per il primo comma, mentre per il captatore informatico è sufficiente la indispensabilità. È già questo è un paradosso.

Peraltro, sono sottoinsiemi. Se una prova è indispensabile certamente è anche rilevante.

Una tesi orientata a giudicare costituzionalmente legittima la riforma superando le tesi sostenute fino ad oggi dalla Corte Costituzionale, e dalle Sezioni Unite, è stata sostenuta da parte della dottrina³.

Il bilanciamento non dovrebbe essere tra i principi di cui agli artt. 112 e 15 Cost., rafforzato dall’art. 2, ma solo tra gli artt. 112 e 2, che pur riconoscendo il diritto alla riservatezza come diritto fondamentale attinente alla personalità dell’individuo non prevede una tutela cogente con riserva di giurisdizione. L’Autore distingue tra diritto alla segretezza e diritto alla riservatezza. Il primo diritto

³ F. ALVINO, *op. cit.*

attiene al momento dell'autorizzazione del giudice, necessaria per la sua limitazione. La riservatezza attiene al momento successivo alla captazione avvenuta su un presupposto legittimo. Il segreto non esisterebbe più, esisterebbe solo un problema di riservatezza della conversazione captata. La circolazione della prova riguarderebbe quindi esclusivamente un problema di riservatezza, che è tutelabile con l'attuale art. 270 senza necessità di un provvedimento autorizzativo che peraltro sarebbe postumo.

Il bilanciamento sarebbe quindi più agevole senza il problema della riserva di giurisdizione, salvo comunque valorizzare a tutela della riservatezza il requisito della indisponibilità sul quale si dovrà comunque pronunciare il giudice del "procedimento diverso" davanti al quale la prova è utilizzata.

La Corte Costituzionale esclude la possibilità che questo percorso interpretativo sia costituzionalmente orientato: l'art. 270 è riconducibile esclusivamente all'art. 15 Cost e non all'art. 2 Cost, se non in funzione rafforzativa dell'art. 15. Non è ammissibile una dicotomia tra i due principi: *"la libertà delle comunicazioni 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"* (Corte Cost. 366/91).

Non esistono altre soluzioni interpretative costituzionalmente adeguate. La norma di cui all'art. 270 c.p.p. è incostituzionale, come sostanzialmente anticipato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 51/2020, pronuncia con la quale i giudici della Suprema Corte hanno inteso proprio arginare il rischio di un'interpretazione estensiva dell'utilizzabilità così da evitare forme illegittime di autorizzazione in bianco che invece il Legislatore ha improvvidamente ritenuto di introdurre.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa



Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

