

L'APPLICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI NEL TEMPO

di Enrico Marzaduri

(Professore ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. I termini interessati dalle modifiche apportate con gli artt. 1 e 2 co. 8 d.l. 30.12.2019 n. 216. – 2. L'entrata in vigore della riforma delle intercettazioni: dai contenuti dell'art. 9 d.lgs. 29.12.2017 n. 216, alle proroghe dei termini originariamente fissati, ... - 3. ... alle scelte operate con il d.l. 30.12.2019 n. 161: a) le ulteriori proroghe; b) il significato del riferimento ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020. – 4. Riflessioni minime sui rapporti tra successione di leggi nel tempo e diritto delle prove.

1. La problematica concernente l'applicazione nel tempo della riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, riforma ormai distribuita tra quel che rimane in vita dei contenuti espressi nel d.lgs. 29.12.2017 n. 216 e quel che è stato introdotto con il d.l. 30.12.2019 n. 161, convertito con modificazioni dalla l. 28.2.2020 n. 7, trova soluzione negli artt. 1 e 2 co. 8 di quest'ultimo provvedimento, disposizioni a loro volta innovate dall'art. 1 d.l. 30.4.2020 n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25.6.2020 n. 70.

Nell'art. 1 co. 1 n.1 d.l. 161/2019, per l'appunto, si dispone la modifica del termine di entrata in vigore degli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 d.lgs. 216/2017, termine che era stato originariamente individuato attraverso il riferimento «alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore» del decreto medesimo (art. 9 co. 1 d.lgs. 216/2017), ed oggi alla fine individuato con riguardo «ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020».

Il legislatore si preoccupa invece di intervenire nel n. 2 del co. 1 dell'art. 1 d.l. 161/2019 sul diverso termine che riguarda la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare di cui all'art. 292 Cpp, a suo tempo prevista, in deroga al divieto altrimenti stabilito nel novellato art. 114 co. 2 Cpp, «decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore» del d.lgs. 216/2017 (art. 9 co. 2 d.lgs. 216/2017), ma adesso operante «a partire dal 1° settembre 2020».

Infine, si affida all'art. 2 co. 8 d.l. 161/2019 il compito di determinare l'entrata in vigore delle disposizioni con le quali, come si è già accennato, si è profondamente

inciso sulla c.d. “legge Orlando”, tanto da far asserire che «di quella criticatissima novella non rimane che qualche annerita maceria»¹. Con questa previsione è stata quindi regolata l'applicazione di tutti gli aspetti di disciplina individuati nello stesso art. 2, applicazione differita «ai procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020, ad eccezione delle disposizioni di cui al comma 6 che sono di immediata applicazione».

2. I termini che interessano l'entrata in vigore delle previsioni di cui al d.lgs. 216/2017 erano già stati oggetto di svariate proroghe che avevano tuttavia determinato solo lo slittamento in avanti dell'applicazione delle disposizioni, senza alcun mutamento che coinvolgesse i criteri utilizzati per determinare il momento cui riconoscere ad esse efficacia.

Una prima proroga si era avuta con l'art. 2 co. 1 d.l. 25.7.2018 n. 91, convertito dalla l. 21.9.2018 n. 108, che però portò alla modifica esclusivamente del termine per l'entrata in vigore della riforma, spostato al 31 marzo 2019, così che per la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare rimaneva fermo il termine di dodici mesi decorrenti dal 26 gennaio 2018. Non poteva comunque affermarsi che per tale ragione la deroga al divieto di pubblicazione avrebbe operato autonomamente a partire dal 26 gennaio 2019. Invero, per poter dare concretezza alla previsione sulla pubblicabilità dell'ordinanza cautelare si doveva comunque presupporre l'operatività della disposizione che innovava la disciplina della pubblicazione di atti e di immagini. Ma prima ancora si doveva osservare che, alla luce della normativa vigente, non poteva in alcun modo ipotizzarsi l'esistenza di un divieto di pubblicazione di detto provvedimento, divieto che invece la modifica dell'art. 114 co. 2 sembra presupporre².

Peraltro, la mancata menzione di questa specifica fattispecie nell'art. 1 d.l. 91/2018 non poteva considerarsi priva di rilievo, una volta considerate le ragioni che avevano condotto il legislatore ad individuare per la pubblicabilità dell'ordinanza cautelare un termine diverso da quello stabilito in via generale per l'efficacia delle

¹ Così F. Caprioli, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2020, 1384. Negli stessi termini, sostanzialmente, L. Filippi, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *DPP* 2020, 453, secondo cui «la “riforma Orlando” (...) è stata sostanzialmente abrogata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161».

² Sul punto, v. le condivisibili censure mosse alla previsione da G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino 2018, 122, che rileva come la modifica dell'art. 114 Cpp dia «per presupposto ciò che si sarebbe dovuto prevedere, ma che non si è previsto: e cioè che richiesta e ordinanza di misura cautelare debbono essere coperte dal segreto sino a quando la seconda non venga eseguita o notificata». In una prospettiva parzialmente diversa, F. Porcu, *Pubblicità e segretezza nel processo penale. Tra indicazioni normative e profili attuativi*, Milano 2019, 238 ss., che comunque segnala l'opportunità di una riformulazione dell'art. 329 Cpp per definire i confini del segreto investigativo in modo da ricomprendervi le richieste di applicazione delle misure cautelari e gli atti del giudice che rispondono a tali richieste.

disposizioni della riforma. Per l'appunto nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, trasmesso alla Presidenza del Senato il 18 dicembre 2017, dopo essersi rilevato come non vi sia ragione «per sottrarre l'ordinanza cautelare elaborata secondo i nuovi criteri, che impongono cautela nell'inserimento nella relativa motivazione dei contenuti delle intercettazioni, alla possibilità di pubblicazione, in vista del rafforzamento del diritto all'informazione», si sottolineava prudenzialmente la necessità di «sperimentare sul campo l'efficacia del nuovo modello di elaborazione dell'ordinanza», per cui diventava «opportuno che la modifica dell'articolo 114 sulla immediata pubblicabilità acquistasse efficacia dopo un certo lasso temporale dall'entrata a regime delle innovazioni normative»³. Preoccupazioni evidentemente venute poi meno, alla luce delle successive opzioni effettuate al riguardo dal legislatore.

Una seconda proroga, questa volta concernente anche la tematica appena richiamata, sarebbe stata disposta con la legge di bilancio 2019, la l. 30.12.2018 n. 145, con il cui art. 1 co. 1139 lett. a furono apportate le seguenti modificazioni all'art. 9 d.lgs. 216/2017: al comma 1 le parole: «dopo il 31 marzo 2019», sono sostituite dalle seguenti: «dopo il 31 luglio 2019», ed al comma 2 le parole «decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto», sono sostituite dalle seguenti: «a decorrere dal 1° agosto 2019».

In tal modo, si venivano ad unificare sostanzialmente i due termini, quello generale e quello specifico, dal momento che, come si è chiarito, prima dell'entrata in vigore del novellato art. 114 co. 2 Cpp non poteva porsi un problema di divieto di pubblicazione dell'ordinanza cautelare, provvedimento da sempre non rientrante tra quelli segreti e quindi pubblicabile. Pertanto, il riferimento al 1° agosto 2019 doveva essere collegato all'emissione di provvedimenti di cui all'art. 292 Cpp per i quali avrebbero già trovato operatività, in particolare, le nuove regole in tema di riproduzione limitata delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate, regole la cui operatività era stata riferita ai provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni emessi dopo il 31 luglio 2019.

Nella medesima prospettiva in cui si muovevano le modifiche operate con la legge di bilancio 2019, si inserisce il d.l. 14.6.2019 n. 53, convertito con modificazioni dalla l. 8.8.2019 n. 77, nel cui art. 9 co. 2 i termini precedentemente rammentati vengono spostati, il primo a «dopo il 31 dicembre», il secondo «a decorrere dal 1°

³ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Atti Senato, XVII leg., n. 472-bis*, 16. Sul punto, cfr. M. Gambardella, *Entrata in vigore e profili di diritto transitorio*, in *Nuove norme*, cit., 173 s., che, dopo aver riportato i passi della Relazione anche qui richiamati, rileva come non sembri «porsi alcun problema di diritto transitorio visto il carattere istantaneo dell'emanazione dell'ordinanza cautelare, il cui apprezzamento avviene con il preciso momento dell'integrazione dell'atto, senza che sia possibile una scomposizione temporale del procedimento corrispondente».

gennaio 2020».

3. Si è già avuto modo di ricordare che con l'art. 1 d.l. 161/2019, oltre allo spostamento in avanti del termine di efficacia degli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 d.lgs. 216/2017, stabilito nel 29 febbraio 2019 nel testo governativo, poi portato in sede di conversione al 30 aprile 2020 ed infine con l'art. 1 d.l. 28/2020 al 31 agosto 2020, era stato inserito un diverso riferimento procedimentale per dare concretezza al dato temporale: non più i provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni, ma l'iscrizione del procedimento penale nell'apposito registro.

a) Quanto alle proroghe, a questo punto tali e tante da portare a dire che «La vicenda presenta i tratti del grottesco»⁴, appare difficile pensare che queste possano trovare piena ed esclusiva giustificazione nelle ragioni con cui, in sede di Relazione illustrativa allo schema del d.lgs. 216/2017, si era motivata la decisione di rinviare l'entrata in vigore di larga parte della riforma, quella parte considerata connessa «alla nuova modalità di custodia del materiale intercettativo», rispetto alla quale si doveva «consentire ai singoli uffici di dettare le opportune indicazioni funzionali a dare attuazione al nuovo articolo 89-bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, che affida la direzione e la sorveglianza dell'archivio riservato al procuratore della Repubblica», chiamato ad «impartire le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito»⁵. Indubbiamente, le divergenze di vedute tra il Guardasigilli della riforma del 2017 ed il Ministro Bonafede, che in più occasioni ha preso le distanze dai contenuti normativi espressi nel d.lgs. 216/2017, hanno favorito ritardi altrimenti non spiegabili⁶. Solo il 5 dicembre 2019 sulla Gazzetta Ufficiale sarebbe stato pubblicato il comunicato del Ministero della Giustizia, riguardante l'adozione delle specifiche tecniche per il conferimento nell'archivio riservato delle registrazioni delle intercettazioni. E a distanza di poche settimane il Governo avrebbe proposto una riforma della riforma che comportava non poche nuove questioni tecniche ed organizzative, incidenti tra l'altro sulle modalità di digitalizzazione degli archivi e di accesso ai dati ivi conservati, che rendevano «irrealistico» il termine individuato nel d.l. 161/2019 attraverso il riferimento ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020⁷, come del resto comprovato dalla riscontrata necessità dell'emanazione di specifici decreti ministeriali sui requisiti

⁴ In questi termini, 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 *Sistema Penale*, 1° 5.2020, 2.

⁵ *Relazione illustrativa*, cit., 12.

⁶ W. Nocerino, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sistema penale*, 1/2020, 64.

⁷ Così M. Gialuz, *L'emergenza*, cit., 2, che osserva come «l'impellenza di rendere finalmente operativa la riforma (...) era tale che il Governo aveva previsto il via già per la fine di febbraio».

tecnici dei programmi informatici, sui criteri di accesso all'archivio e su modalità e termini di informatizzazione delle attività di deposito e di trasmissione delle intercettazioni⁸.

Lo slittamento, operato in sede di conversione, dell'entrata in vigore della riforma tra il 30 aprile ed il 1° maggio 2020 si sarebbe rivelato purtroppo insufficiente a causa della sopravvenuta emergenza sanitaria cagionata dalla pandemia del coronavirus. E così, come già ricordato, con l'art. 1 d.l. 28/2020 si è stabilito che ciò che rimane della riforma di cui al d.lgs. 216/2017 si applicherà ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020, mentre la disciplina della pubblicabilità dell'ordinanza cautelare sarà efficace a decorrere dal 1° settembre 2020. Quanto poi ai contenuti della "nuova" riforma, anche questi troveranno operatività a partire dai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020, «ad eccezione delle disposizioni di cui al comma 6» dell'art. 2 d.l. 161/2019, «che sono di immediata applicazione». In effetti, queste ultime previsioni, che attengono al deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni in forma telematica, sono state ritenute particolarmente utili nella fase di emergenza sanitaria e si è pertanto stabilito che, negli uffici presso i quali fosse già in fase avanzata la possibilità di applicare dette modalità di deposito, queste potessero essere messe in pratica senza attendere il termine altrimenti posto all'efficacia dei contenuti della riforma⁹.

⁸ Questi aspetti sono segnalati nella presentazione al Senato del d.d.l. n. 1659 di conversione del d.l. 161/2019 (*Atti Senato, XVIII leg.*, fascicolo *Iter d.d.l. S 1659*, 7 s.), ma nel medesimo documento, 5, si sottolineava comunque l'esigenza del rinvio anche con riguardo all'applicazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. 216/2017: «Si tratta di un provvedimento di proroga motivato dall'esigenza, diffusa su gran parte del territorio nazionale, di completare l'avviata opera di adeguamento strutturale ed organizzativo presso tutti gli uffici delle procure della Repubblica alle nuove disposizioni e di calibrare tali attività in funzione delle modifiche al decreto legislativo n. 216 del 2017».

Quanto ai contenuti del d.l. 161/2019 che potevano incidere sulla tempistica dell'operatività della riforma, meritava di essere considerato anche l'elemento di novità relativo all'istituzione di un archivio unico centralizzato nel quale confluiscono tutte le intercettazioni disposte dall'ufficio e gli atti ad esse relativi, gestito secondo le indicazioni e sotto la responsabilità del procuratore della Repubblica, in luogo dell'archivio riservato istituito presso ciascun p.m. precedente, anche se con attribuzione al vertice della Procura del potere di direzione e sorveglianza. Sul punto, v. CSM, *Parere sul d.d.l. n. 1659 AS di conversione del d.l. n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni* (approvato con delibera del 13.2.2020). Ad un primo approccio poteva legittimare ulteriori e delicatissime problematiche la soppressione nel testo dell'art. 269 co. 1 Cpp sia dell'attributo «riservato» riferito all'archivio in questione, sia dell'espressione concernente la copertura dal segreto della documentazione ivi custodita: v. CSM, *Parere*, cit., 8. Ma, nel senso che la lettura sistematica dell'art. 269 co. 1 Cpp, alla luce tanto delle disposizioni contenute nell'art. 89-bis NAttCpp, quanto della procedura acquisitiva dettata dall'art. 268 Cpp, consente di «affermare che, almeno in prima battuta, tutta la documentazione conservata nell'archivio delle intercettazioni è coperta dal segreto», cfr. la *Relazione n. 35/20 sulla legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, 53, pubblicata il 23 marzo 2020 dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione.

⁹ V., al riguardo, la presentazione al Senato del d.d.l. 1786 di conversione del d.l. 28/2020, in *Atti Senato, XVIII*

b) Più che per le ulteriori proroghe, comunque, la soluzione adottata nel d.l. 161/2019 pare meritare attenzione per l'abbandono del riferimento alle operazioni di intercettazione relative ai provvedimenti autorizzativi, riferimento sostituito, come sappiamo, con quello che valorizza l'iscrizione dei procedimenti penali a partire da una determinata data.

Nelle osservazioni contenute nel parere redatto dalla Commissione Giustizia del Senato sullo schema del futuro d.lgs. 216/2017, il Governo era già stato invitato a valutare l'opportunità di una tale modifica, ma la sostituzione proposta venne respinta, sulla base di un rilievo con il quale ci si limitava a segnalare come l'inevitabile spostamento in avanti della data di entrata in vigore della riforma che ne sarebbe derivato non si giustificava, risultando il termine espresso nell'art. 9 «del tutto congruo per consentire (...) la migliore organizzazione degli uffici di procura»¹⁰.

Sfuggivano così non poche questioni inerenti la scelta formulata nell'art. 9 d.lgs. 216/2017, scelta che pareva destinata a determinare conseguenze non secondarie sullo sviluppo delle attività di intercettazione nell'ambito dei singoli procedimenti penali.

Al riguardo si poneva come preliminare l'individuazione del significato riconducibile ad una previsione normativa che subordinava l'applicazione dei contenuti degli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 d.lgs. 216/2017 alla presenza di un provvedimento autorizzativo emesso dopo una certa data. Per l'appunto, laddove si fosse ritenuto che il legislatore avesse così introdotto non una vera e propria disciplina transitoria¹¹, ma «una sorta di mera *vacatio legis*, che rimanda o sospende l'entrata in vigore del decreto per 180 giorni», lasciando poi alle regole sulla successione delle norme processuali il compito di risolvere le problematiche di diritto intertemporale, si sarebbe potuto concludere, «sul presupposto della scindibilità del procedimento di intercettazione», estremamente articolato, nel senso che «la nuova disciplina» avrebbe trovato applicazione «a tutte le sottofasi non ancora compiute, mentre la vecchia» avrebbe continuato «a regolare le sottofasi già concluse»¹².

leg., fascicolo *Iter d.d.l. S 1786*, 6, dove si precisa come con tale deroga si agevoli «la trasmissione telematica degli atti in costanza dell'emergenza».

¹⁰ Così *Relazione illustrativa*, cit., 20.

¹¹ Sul punto, v., per tutti, G.U. Rescigno, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, 227 s., secondo il quale sono disposizioni transitorie in senso proprio solo «quelle disposizioni emanate dal legislatore in occasione di un mutamento legislativo, le quali hanno per oggetto situazioni giuridiche pendenti nel momento in cui inizia l'efficacia delle nuove norme e per contenuto una disciplina diversa da quella e della vecchia e della nuova norma e tale comunque che presenti delle particolarità rispetto o alla vecchia o alla nuova norma». In argomento, più di recente, anche per ulteriori riferimenti, O. Mazza, *La norma processuale nel tempo*, Milano 1999, 91 ss.; B. Galgani, *Diritto probatorio e successioni di leggi nel tempo. Tempus regit actum?*, Torino 2012, 67 s.

¹² M. Gambardella, *Entrata in vigore*, cit., 170 ss., che profila questa ipotesi in alternativa a quella per cui si dovrebbe riconoscere valore di disposizione transitoria in senso stretto all'art. 9 d.lgs. 216/2017, senza peraltro concludere a favore di una delle due letture della previsione normativa.

Al di là delle perplessità che paiono legittimarsi nei confronti di un'applicazione incontrastata del principio *tempus regit actum* in sede processuale, potendosi invece operare al riguardo opportune, ed anzi, doverose differenziazioni¹³, una simile impostazione non prende nella dovuta considerazione il rilievo attribuito nell'economia dell'art. 9 d.lgs. 216/2017 alla presenza di un provvedimento autorizzativo specificamente collocato nel tempo, provvedimento che riflette il suo peso sulle «operazioni concernenti le intercettazioni» conseguenti alla sua emanazione, determinando la disciplina applicabile, e cioè quella contenuta negli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 d.lgs. 216/2017.

Una disposizione così organizzata strutturalmente non sembra lasciare margine all'applicazione del *novum* con riguardo a situazioni ulteriori. Invero, tutte le procedure intercettative riconducibili a provvedimenti autorizzativi emessi prima del termine stabilito nell'art. 9 d.lgs. 216/2017 vengono ad occupare spazi rispetto ai quali non è prevista l'operatività della riforma in quella che, a questo punto, possiamo qualificare una disposizione transitoria in senso stretto. Quindi, la mancanza del presupposto individuato dal legislatore nell'emissione del provvedimento autorizzativo in un determinato contesto temporale non potrà che condurre l'interprete a ritenere che le intercettazioni in precedenza autorizzate «continueranno a svolgersi nel rispetto della vecchia normativa»¹⁴.

Si delineava quindi una «non facile convivenza» delle intercettazioni disposte prima dell'entrata in vigore del decreto con quelle disposte successivamente nell'ambito dello stesso procedimento¹⁵. Di queste preoccupazioni si rinviene traccia nei lavori preparatori, laddove, sia pure con specifico riferimento alla disposizione transitoria riguardante l'applicazione dei contenuti innovativi del d.l. 191/2019, si osserva come il riferimento effettuato ai «procedimenti penali iscritti» dopo una certa data si giustificava «soprattutto per eliminare il rischio di un doppio regime organizzativo e giuridico inerente allo stesso procedimento»¹⁶.

Più che comprensibile, quindi, il *favor* con cui è stata salutata l'inserzione del nuovo criterio, apparso «molto più razionale» del precedente, che «avrebbe determinato una commistione di disciplina applicabile alle operazioni di captazione già in corso nello stesso procedimento alla data di efficacia delle nuove disposizioni, con effetti di disordine e di incertezza»¹⁷.

Al tempo stesso, peraltro, si è osservato come problemi simili potrebbero

¹³ Sul tema, si rinvia all'attenta analisi di M. Chiavario, *Diritto processuale penale*⁸, Torino 2019, 60 ss. Per un rapido cenno, v. anche *infra*, § 4.

¹⁴ M. Gambardella, *Entrata in vigore*, cit., 172.

¹⁵ G. Giostra-R. Orlandi, *Introduzione*, in *Nuove norme*, cit., X.

¹⁶ Così in sede di presentazione al Senato del d.d.l. n. 1659 di conversione del d.l. 161/2019, in *Atti Senato*, cit., 8.

¹⁷ In questi termini il CSM nel *Parere*, cit., 2.

egualmente profilarsi nel caso in cui «due o più procedimenti, con una diversa data di iscrizione», antecedente e successiva alla data di efficacia delle nuove disposizioni, «siano riuniti o, all'opposto, quando da un procedimento iscritto» non dopo il 31 agosto 2020, «ne scaturisca, per stralcio, un altro dopo tale data». Ed analoghe questioni «potrebbero» ulteriormente «palesarsi con riferimento al caso in cui all'iscrizione di alcuni reati», avvenuta non dopo il 31 agosto 2020, «ne facciano seguito in epoca successiva altre, aventi ad oggetto nuovi titoli di reato, deponendo nel senso dell'autonomia di ogni iscrizione la regola secondo cui occorre aver riguardo a questa per il computo del termine di durata delle indagini preliminari»¹⁸.

Indubbiamente l'assenza di norme di dettaglio rende concrete queste prospettive di compresenza di discipline normative in tema di intercettazioni, ma, a tal proposito, non si dovrebbe negare una significativa incidenza limitativa su tali «inconvenienti» del concetto di procedimento diverso, ricavabile dalla lettura giurisprudenziale dell'art. 270 Cpp. Non solo si neutralizzano così dati meramente formali, quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi a più procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato¹⁹, ma anche si considerano unitariamente i procedimenti, quando tra i reati corre un rapporto di connessione ai sensi dell'art. 12 Cpp²⁰.

Tuttavia, è evidente che chi si appropria alla disposizione, giustificandone l'individuazione solo sulla base di «ragioni pratiche, consistenti nell'evitare commistioni di discipline diverse applicabili alle intercettazioni disposte nello stesso procedimento», non può non sottolineare negativamente dette eventualità, fino al punto di sollevare «perplexità sul piano teorico», in quanto il criterio utilizzato per dare efficacia alla riforma non sarebbe «fondato sul principio *tempus regit actum*», che invece avrebbe ispirato «la precedente versione della stessa disposizione», con il «riferimento all'epoca di adozione dei decreti autorizzativi»²¹.

4. I rilievi così formulati dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo impongono alcune riflessioni. Se l'ultima conclusione pare decisamente discutibile, poggiando, come sopra accennato, su di una sottovalutazione del significato doverosamente riconducibile al riferimento costituito dall'emissione del provvedimento autorizzativo, non si può non convenire con l'affermazione precedente, relativa all'impossibilità di ricondurre al noto canone intertemporale l'attuale versione dell'art. 9 d.lgs. 216/2017. Ma ciò non sembra meritare alcun disappunto. In effetti detta disposizione, e così pure

¹⁸ *Parere*, cit., 2; nonché sostanzialmente negli stessi termini v. la *Relazione n. 35/20*, cit., 5.

¹⁹ V., tra le tante, Cass. 24.6.2015, Catanzaro e a., in *RP* 2016, 184.

²⁰ Cass. S.U., 28.11.2019, Cavallo, 277395.

²¹ *Relazione n. 35/20*, cit., 5.

quella espressa nell'art. 2 co. 8 d.l. 191/2019, paiono connotarsi come disposizioni transitorie in senso stretto, stabilendo una logica applicativa che non si ricollega all'atto disciplinato dal *novum* normativo, bensì ad un fatto processuale, l'iscrizione del procedimento penale in un momento successivo al 31 agosto 2020, che costituisce il diaframma tra l'applicazione delle nuove e delle vecchie disposizioni, nel senso che anche i decreti autorizzativi, come le relative operazioni di intercettazione conseguenti, se inseriti in un procedimento iscritto anteriormente rispetto a detta data, non saranno regolati dal *novum* normativo, quale che sia la loro collocazione nel tempo, quindi, anche se posteriore al sopravvenire del giorno stabilito.

La deroga così apportata al principio generale dell'efficacia immediata delle disposizioni processuali finisce per valorizzare l'autonomia del procedimento rispetto alle modifiche normative contenute nel d.lgs. 216/2017 e nel d.l. 161/2019, un'autonomia che rende impermeabile la disciplina anteriore sia *in malam* che *in bonam partem*. E questo pare il riflesso di un approccio indubbiamente interessante, ma legato ancora ad una visione tradizionale dei problemi della successione nel tempo di diversi regimi probatori.

Invero, una lettura del principio di legalità probatoria²² attenta alle coordinate costituzionali di riferimento in materia sembra fortemente suggerire quella che è stata felicemente definita un'impostazione «ribaltata» rispetto a quella tradizionalmente adottata nella risoluzione delle questioni intertemporali²³. In altre parole, non ci si potrà fermare al tentativo «di “perimetrare” lo *spatium temporis* di efficacia della legge processuale onde poi, in un secondo momento, farne derivare l'individuazione delle situazioni processualmente rilevanti a quella riconducibili», bensì dovrà «ritenersi operante una “clausola” intertemporale giusta la quale – presupposta la maggiore e migliore aderenza ai contrassegni costituzionalmente imposti dello *jus superveniens* – quest'ultimo dovrebbe trovare immediata applicazione non soltanto, e genericamente, ai processi già pendenti, ma anche alle sequenze istruttorie già avviate secondo il diritto cessante (...), quand'anche ciò dovesse implicare una sorta di invalidazione *ex post* di risultati cognitivi a suo tempo legittimamente ottenuti»²⁴.

E questa prospettiva, che potrebbe talora scontrarsi con la difficoltà di individuare l'effettiva direzione caratterizzante la manovra legislativa, potrà ricevere alimento prezioso, soprattutto a fronte di innovazioni quale quella in esame, da una doverosa attenzione per i beni via via coinvolti dal fenomeno probatorio, con la

²² Sul punto, v. O. Mazza, *Le insidie al primato della prova orale rappresentativa. L'uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito*, in RIDPP 2011, 1530, per il quale «oggi (...) tra i valori costituzionali da rispettare, vi è anche la garanzia della legalità del giusto procedimento probatorio, in sé considerata, senza necessità di fare riferimento agli ulteriori diritti fondamentali alla cui tutela è strumentale lo stesso principio di legalità».

²³ Così B. Galgani, *Diritto probatorio*, cit., 155.

²⁴ B. Galgani, *Diritto probatorio*, cit., 156, 195..

massima considerazione per quell'inviolabilità sancita nella Costituzione a tutela della libertà personale, del domicilio, della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione²⁵.

Di una mutata valutazione della dimensione diacronica delle operazioni concernenti le intercettazioni, invero, non vi è traccia alcuna nella disciplina qui commentata. Il tema della legalità probatoria viene ancora declinato in maniera asettica sul piano delle problematiche intertemporali, senza tener conto né del rilievo garantistico che si ricava già dall'art. 111 co. 1 Cost., né della compresenza del canone guida del minor sacrificio necessario²⁶.

Non solo. Ma la scarsa attenzione per i riflessi del *novum* sui diritti fondamentali trova conferma nell'individuazione delle disposizioni che sono state ritenute meritevoli di avere immediata applicazione scaduto il termine ordinario di *vacatio legis* del d.lgs. 216/2017. Per l'appunto, con l'art. 6 co. 1 di detto decreto si è stabilito che «Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (...), si applicano le disposizioni di cui all'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152», per cui a partire dal 26 gennaio 2018 in tutti i procedimenti, vecchi e nuovi, non sarà più necessario a fronte delle predette imputazioni né verificare la gravità degli indizi di reato, risultando bastevole la sufficienza indiziaria, né l'assoluta indispensabilità investigativa, sostituita dalla semplice necessità, né, in caso di intercettazione ambientale domiciliare, individuare un fondato motivo di ritenere che nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. si stia svolgendo l'attività criminosa.

In effetti, l'immediata applicazione di questa previsione non dava luogo a difficoltà operative o tecniche come invece avveniva per altri contenuti della riforma, per l'appunto, sottoposti a diverso regime di efficacia nel tempo, ma era anche vero che si modificava pesantemente la disciplina di strumenti investigativi che incidono su beni tutelati costituzionalmente negli artt. 14 e 15 Cost., così da rendere non del tutto priva di ragioni l'estensione della clausola di cui all'art. 9 d.lgs. 216/2017 anche a quest'ipotesi, valorizzando la logica dell'autonomia dei procedimenti già iscritti alla data del 31 agosto 2020²⁷.

²⁵ Sui rapporti tra sistema probatorio e diritti fondamentali, v., in particolare, C. Bonzano, *Gli accertamenti medici coattivi. Legalità e proporzionalità nel regime della prova*, Milano 2017, 93 ss.

²⁶ Sul necessario incremento delle regole di sussidiarietà laddove si voglia cercare di confinare ad *extrema ratio* i mezzi a maggiore impatto sul singolo, v., nell'ambito di un'organica indagine sul principio di proporzionalità nel processo penale, D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano 2019, 81 s.

²⁷ Quanto, invece, ai problemi di diritto intertemporale provocati dall'abrogazione dell'art. 6 co. 2 d.lgs. 216/2017 ad opera della l. 3/2019, con l'effetto dell'espansione per intero dell'art., 13 d.l. 152/1991 ai procedimenti per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, v. *supra*, il contributo di M. Daniele. Al riguardo, per una diversa lettura, G. Santalucia, *Delitti dei c.d. colletti bianchi e intercettazioni tra presenti su dispositivo*

ILP

portatile: termine iniziale di efficacia delle nuove disposizioni, in SP 2020 (4), 9 ss.

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X