

AMBITO D'APPLICAZIONE DELLO STRUMENTO INTERCETTAZIONI. USO DEI RISULTATI IN ALTRI PROCEDIMENTI

di Antonio Vele

(Dottore di ricerca in procedura penale, Università di Palermo)

SOMMARIO: 1. Ampliamento dei limiti di ammissibilità - 2. Utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti - 3. *Segue:* utilizzabilità per un reato diverso delle intercettazioni eseguite con captatore informatico - 4. Deposito dei decreti intercettativi e controllo di legalità processuale.

1. Il d.l. 30.12.2019 n. 161, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.2.2020 n. 7, ha stravolto la macchinosa riforma “Orlando”, ripristinando sostanzialmente la disciplina previgente in tema di riservatezza (selezione) delle comunicazioni¹ ed eliminando una serie di storture e meccanismi farraginosi², anche se le modifiche introdotte a loro volta non sono prive di slabbature che contrastano con l'esigenza di prevedere norme chiare, semplici e precise a garanzia di diritti fondamentali: si pensi ai temi dei nuovi mezzi tecnologici (*trojan*) e della circolazione delle intercettazioni in altri procedimenti.

È persino scontato rilevare che, nell'ambito della disciplina delle intercettazioni³, si assiste ad un conflitto tra valori costituzionalmente protetti – autorità e libertà – dovendo, perciò, il legislatore, con adeguata tecnica normativa, bilanciare, mediante

¹ In argomento si veda, *infra*, il contributo di A. Camon, *Il nuovo procedimento di spoglio dei risultati delle intercettazioni*.

² Sulla riforma “Orlando”, fra i molti, cfr. T. Bene, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Bari 2018, 15 ss.; A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Torino 2018, 63 ss.; F. Caprioli, *La nuova procedura di selezione delle comunicazioni rilevanti*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 125 ss.; C. Conti, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *GI* 2018, 1754 ss.; G. Giostra, *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 2018, 131-132; F.R. Dinacci, *Intercettazioni, e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O. Mazza, Torino 2018, 27 ss.; L. Giuliani, *Intercettazioni, tutela della riservatezza e procedimento de libertate*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 31 ss.; 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 *Le nuove intercettazioni*, cit., 139 ss.; volendo, A. Vele, *Riforma delle intercettazioni, riservatezza, e selezione dei dati*, in *PPG* 2019, 1526 ss.

³ Sul tema, in generale, v. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997; F. Caprioli, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *RDPP* 1991, 143 ss.; F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 2001; sia consentito rinviare anche a A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova 2011.

corrette regole processuali, la tutela dell'interesse pubblico sotteso alla giurisdizione penale e l'interesse soggettivo ad una compressione di diritti fondamentali soltanto in presenza di situazioni determinate e tassative.

Non è agevole, però, raggiungere l'equilibrio, se non attraverso una riflessione coerente sull'ontologica funzione dell'atto investigativo, sulla tipologia del risultato ottenuto con esso e sulla separazione tra segretezza e riservatezza.

Per quanto riguarda più specificamente il tema che forma oggetto della presente analisi, la riforma "Bonafede" ha ampliato l'elenco dei reati suscettibili di intercettazione telefonica e di altre forme di telecomunicazione di cui all'art. 266 co. 1 Cpp; nella lett. *f-quinquies*) dell'art. 266 Cpp è stato, infatti, aggiunto un nuovo caso di intercettazione, che riguarda i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis Cp ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». Purché solo ricorra tale modalità "mafiosa", la nuova ipotesi di intercettazione può riguardare anche reati bagatellari, in quanto tali sanzionati con una pena che non avrebbe consentito *ex se* l'intercettazione⁴. L'indicazione aperta delle fattispecie di reato, in punto di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova, potrebbe comportare un'eccessiva discrezionalità interpretativa, in contrapposizione al criterio di tassatività che sarebbe richiesto a tutela delle libertà fondamentali.

L'ampliamento investe anche le disposizioni che, in deroga alla disciplina ordinaria delle intercettazioni, in relazione ai delitti contro la pubblica amministrazione affievoliscono i presupposti per l'autorizzazione, omologandoli a quelli previsti per i reati di criminalità organizzata: indizi sufficienti e mera "necessità" della captazione; a ciò si accompagnano diversi (maggiori) termini di durata delle operazioni⁵.

A questo riguardo, l'art. 1 co. 84 lett. *d* della legge-delega 23.6.2017 n. 103 imponeva di introdurre «una semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione».

L'art. 6 d.lgs. 29.12.2017 n. 216, in attuazione del generico criterio stabilito con la legge delega, stabiliva che «nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, determinata a norma dell'art. 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 13 del decreto-legge 13.5.1991 n. 152, convertito, con modificazioni dalla legge 2.7.1991 n. 203».

La scelta di escludere dai delitti contro la pubblica amministrazione quelli commessi dagli incaricati di pubblico servizio non è durata a lungo; il legislatore l'ha ripensata e, con il d.l. 161/19, ha aggiunto, all'art. 6 d.lgs. 216/17, dopo le parole «pubblici ufficiali», quelle «o degli incaricati di pubblico servizio»: evidentemente si è ritenuto

⁴ L. Filippi, *Intercettazioni finalmente una legge! (ma in settembre)*, in *PDP 2020* (<https://penaledp.it>), 23 ss.

⁵ P. Bronzo, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: Limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 256 s., osserva che la predetta parificazione non è priva di plausibilità: come per la criminalità organizzata, il potenziamento investigativo corrisponde ad una maggiore difficoltà di indagine, perché anche per i reati contro la pubblica amministrazione «le regole della eguale incriminabilità dei partecipi all'accordo criminoso costituisce per le inchieste penali uno schermo assai difficilmente penetrabile senza violare la segretezza delle comunicazioni».

che l'esigenza di rafforzare lo strumento investigativo non muti col mutare della qualifica soggettiva dell'autore⁶; ma forse il legislatore avrebbe fatto meglio a dettare un elenco apposito, scegliendo, nell'ambito dei diversi delitti contro la pubblica amministrazione, quelli da includere e quelli da escludere, in forza di una valutazione di proporzionalità fra la gravità del reato e la connessa esigenza investigativa.

2. All'ampliamento che abbiamo appena incontrato nella disciplina dei limiti editali dell'intercettazione fa da *pendant* un ampliamento nella sfera d'uso dei risultati con essa ottenuti; su questo secondo fronte, però, il legislatore ci consegna un prodotto complicato, imperfetto, quasi enigmatico. Alcuni nodi rimarranno inestricabili; per sciogliere gli altri, potrà essere utile qualche cenno retrospettivo.

Il tema dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in diversi procedimenti mostra come ci si sia allontanati dalla originaria funzione dell'art. 270 Cpp⁷: abbiamo infatti assistito a multiformi interpretazioni, che per certi versi hanno condizionato la recente interpolazione dell'art. 270 stesso.

Siffatta disposizione normativa ha appunto per oggetto l'utilizzabilità delle intercettazioni, disposte in un determinato contesto investigativo, in altro procedimento penale, utilizzabilità che in origine veniva subordinata alla condizione dell'indispensabilità della prova ai fini dell'accertamento di delitti per i quali fosse obbligatorio l'arresto in flagranza; la l. 7/2020, in sede di conversione del d.l. 161/2019⁸, ha portato due

⁶ Ai sensi dell'art. 357 c.p. sono considerati pubblici ufficiali «coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»; ai sensi dell'art. 358 c.p. sono incaricati di pubblico servizio «coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale».

⁷ In merito alla circolazione delle intercettazioni nei procedimenti *ad quem* emerge l'esigenza di tutelare il diritto di difesa per evitare il rischio di una trasmissione parziale degli atti in virtù della selezione avvenuta nel procedimento originario. Tale impostazione è confermata dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* n. 250 del 24.10.1988, *Suppl. Ordinario n. 2*, 70: «l'art. 270 disciplina l'utilizzazione delle intercettazioni in processi diversi da quelli per cui esse sono state autorizzate, utilizzazione che il Progetto del 1978 aveva escluso e la delega (direttiva 41 lett. a) ripristinato. Tale utilizzazione è ammessa solo se i risultati delle intercettazioni siano indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Si è cercato di limitare il sacrificio del diritto di difesa, con l'applicazione, anche nel procedimento *ad quem*, delle garanzie di cui all'art. 268; inoltre, per ovviare agli inconvenienti derivanti dalla trasmissione solo parziale degli atti, è stato consentito alle parti di prendere visione dei verbali e delle registrazioni originariamente depositati nel processo *a quo* (inclusa l'eventuale documentazione in seguito stralciata)».

⁸ Tra i primi commenti sull'art. 270 Cpp, a seguito della l. 7/2020, v. F. Alvino, *La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in www.sistemapenale.it, 18.5.2020, 233 ss.; F. Cassibba, *In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi*, in www.giurisprudenzapenale.com, 19.6.2020, 1 ss.; J. Della Torre, *La nuova disciplina della circolazione del captato: un nodo arduo da sciogliere*, in *Dinternet 2020* (3, supplemento), 90 ss.; G. Tabasco, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in *AP (web) 2020* (2), 1 ss.

modifiche: oltre all'indispensabilità, è richiesta la rilevanza; oltre ai reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza sono menzionati anche quelli previsti dall'art. 266 co. 1 Cpp. Come si è arrivati fin qui?

Sull'interpretazione del concetto di "diverso procedimento" si sono stratificate, fino alle Sezioni unite "Cavallo"⁹, torsioni interpretative che parevano ragionare sulla patologia delle prassi più che sulla fisiologia del mezzo di ricerca della prova: una patologia che aveva finito per svuotare le garanzie (in particolare la motivazione, come si vedrà di seguito) che avrebbero dovuto evitare perversioni dello strumento.

Cerchiamo di mettere ordine. Per procedere in questo senso è opportuno partire da un equivoco e/o forzatura in ordine alla simbolica formula «autorizzazione in bianco» partorita dalla Corte costituzionale. La Consulta, ragionando sull'art. 270 Cpp rispetto ad una questione dichiarata infondata¹⁰, ha chiarito che i risultati intercettativi si possono utilizzare in altro procedimento penale nelle ipotesi valutate discrezionalmente dal legislatore, purché queste ipotesi siano conformi ai principi costituzionali di stretta necessità e di tutela della riservatezza. L'«adeguata e specifica motivazione» richiesta per l'autorizzazione delle intercettazioni¹¹, in merito al reato che forma oggetto dell'indagine e ai soggetti da sottoporre al controllo, sarebbe vanificata, nella sua funzione di tutela della libertà di comunicazione, ove l'utilizzazione come prova in altro procedimento penale potesse avvenire senza limiti; più nel dettaglio, la predetta libertà sarebbe «pregiudicata, gravemente scoraggiata, o comunque turbata ove la 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»; una illimitata utilizzazione in altro procedimento trasformerebbe il provvedimento d'autorizzazione originario in «un'inammissibile autorizzazione in bianco con conseguente lesione della sfera privata»¹².

Nella stessa chiave il giudice delle leggi ha ragionato nella pronuncia n. 63/1994¹³, dove ha ripreso quanto affermato nella sentenza n. 366/1991, argomentando che la possibilità di utilizzare le intercettazioni in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una determinata categoria di reati presuntivamente in grado di suscitare peculiare allarme sociale, rappresenta un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

Dunque, l'espressione "autorizzazione in bianco" evidenzia che, per l'utilizzazione in altro procedimento, è fondamentale che, al di là della ricorrenza di un legame

⁹ Cass. S.U. 28.11.2019 n. 51, in *CEDCass*, m. 277395-01.

¹⁰ C. Cost. 11.7.1991 n. 366, in *www.giurcost.org*. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 co. 1 Cpp era stata sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., relativamente al divieto di utilizzazione dei risultati intercettativi come notizia di reato in vista di altri procedimenti. La Corte ha precisato che l'art. 270 Cpp «visto nell'insieme dei suoi commi, mostra di presupporre che il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni legittimamente disposte in un determinato procedimento debba esser riferito soltanto a processi diversi e all'utilizzabilità degli stessi risultati come elementi di prova»; in tale direzione «il divieto disposto dall'art. 270 è estraneo al tema della possibilità di dedurre "notizie di reato"».

¹¹ Così C. Cost. 6.4.1973 n. 34, in *GCos* 1973, 316 ss.

¹² C. Cost. 11.7.1991 n. 366, cit.

¹³ C. Cost. 10.2.1994 n. 63, in *CP* 1994, 1477 ss.

tra la fattispecie di reato per cui l'intercettazione è stata autorizzata e quelle successivamente scoperte, vi siano divieti e limiti previsti dal legislatore. Le fattispecie formalmente previste dall'art. 270 Cpp sono infatti indicative di una scelta – deroga – legislativa, nell'ottica di un bilanciamento di valori: interesse pubblico all'accertamento e interesse soggettivo alla tutela della libertà della comunicazione e connessa riservatezza. Teniamo sullo sfondo questa premessa, sulla quale torneremo fra poco.

Nella prassi si sono succeduti molti e svariati indirizzi sulla nozione di “diverso procedimento”. Fino alle recenti Sezioni unite, l'orientamento maggioritario ha interpretato la locuzione nel senso che essa comprenderebbe i procedimenti che non siano in stretta connessione, sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico, con quello in cui le intercettazioni sono state disposte; quest'indirizzo aveva prevalso su altri, come ad esempio quelli che allacciavano la nozione di “procedimento diverso” al numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato o alla diversità del reato¹⁴.

Le Sezioni unite “risolvono” il contrasto giurisprudenziale aderendo in parte all'orientamento maggioritario, ma arricchendolo d'ulteriore creatività, fino a formulare il seguente principio di diritto: «Il divieto di cui all'art. 270 Cpp di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 Cpp a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge»¹⁵.

In sostanza, per la Suprema corte il procedimento non è diverso quando tra il fatto di reato per cui è stata autorizzata l'intercettazione e il fatto di reato emerso dai relativi risultati vi sia connessione ex art. 12 Cpp: il legame sostanziale – e non meramente processuale – tra i reati consente di ricondurre anche quelli scoperti “poi” al provvedimento genetico; quindi ci si trova dinanzi ad un procedimento identico (o meglio, non diverso). In questo modo, nel rispetto della garanzia costituzionale, si evita che il decreto del giudice assuma l'aspetto di un'autorizzazione in bianco.

Discorso diverso, invece, viene svolto dalle Sezioni unite “Cavallo” per le ipotesi che si collocano al di fuori della connessione – come nel caso in cui la relazione tra reati sia meramente occasionale (art. 371 co. 2 lett. b Cpp) –; in questi casi, infatti, il collegamento delle indagini non ha un risvolto “sostanziale”, ma risponde a mere esigenze di efficacia investigativa.

Nonostante l'omaggio delle Sezioni Unite alla giurisprudenza costituzionale, qualche perplessità può venire, perché nell'art. 270 Cpp non era previsto espressamente – e non lo si poteva desumere implicitamente – il richiamo a “criteri” applicabili in altri ambiti processuali, con loro specifiche finalità (art. 12 Cpp), e nemmeno la distinzione tra connessione sostanziale (art. 12 Cpp) e collegamento investigativo (art. 371 Cpp, fuori dai casi di connessione). Considerare il “criterio sostanzialistico” previ-

¹⁴ Per una ricostruzione dei diversi orientamenti si rinvia a Cass. S.U. 28.11.2019 n. 51, cit.

¹⁵ Così, Cass. S.U. 28.11.2019 n. 51, cit.

sto dall'art. 12 Cpp come uno spartiacque fra l'utilizzabilità e l'inutilizzabilità delle intercettazioni, è opera interpretativa che non trova giustificazione, allo stato, sul piano sistematico.

La sentenza delle Sezioni unite è stata tenuta in considerazione durante l'iter della legge di conversione; eppure, alla fine del percorso legislativo, il criterio della connessione non è stato introdotto espressamente¹⁶, lasciando così campo libero all'incertezza interpretativa. In sostanza, ci troviamo dinnanzi ad un'interpretazione che genera "diritto vivente", ma non costituisce un riferimento in grado d'imporre uniformità ed anzi produce il rischio di disomogeneità applicative.

Da un lato, infatti, il legislatore, con la l. 7/2020, ha inserito i reati di cui all'art. 266 co. 1 Cpp fra quelli che consentono il trasbordo dell'intercettazione, cercando così di porre rimedio ad alcune incongruenze (segnalate in un parere del Consiglio Superiore della Magistratura¹⁷) tra l'art. 270 co. 1-bis Cpp e l'art. 270 co. 1 Cpp: se non ci fosse stato quest'inserimento, il regime di utilizzabilità dei risultati intercettativi previsto dalla prima disposizione sarebbe stato irragionevolmente meno rigoroso di quello previsto dalla seconda in relazione alla medesima tipologia di reati. In seguito a tale ampliamento, oggi dovremmo ritenere infeconda la rappresentata distinzione tracciata dalla sentenza "Cavallo", poiché, a prescindere dalla sussistenza o meno della connessione, l'utilizzabilità dovrebbe dipendere dal dato che il reato di nuova emersione rientri nell'elenco di cui all'art. 266 co. 1 Cpp.

Epperò, dall'altro lato, non è escluso che il criterio "sostanzialistico" tracciato dalle Sezioni unite finisca comunque per incidere sulla distinzione tra procedimento

¹⁶ Cfr. i lavori della seconda Commissione permanente (giustizia) in ordine alla conversione in legge del d.l. 161/19, seduta 13, in www.senato.it: l'emendamento 2.86 a firma dell'On. Grasso, in ragione del principio di diritto affermato dalle Sezioni unite, prevedeva che il primo comma dell'art. 270 Cpp fosse riformulato in questi termini: «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza o per i reati che risultino connessi ai sensi dell'art. 12 Cpp»; tale emendamento veniva ritirato dallo stesso proponente e sostituito con l'emendamento 2.219, che proponeva una diversa impostazione del primo comma dell'art. 270 Cpp nel senso di prevedervi che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266 co. 1 Cpp»; tale testo è stato approvato dal Senato – salva la modifica relativa ai risultati «rilevanti e» indispensabili – e quindi dalla Camera.

La successione delle formule emendative fa emergere di fatto la presa di distanza dal principio affermato dalle Sezioni unite, sia in relazione ai reati diversi, sia al non recepimento del criterio della connessione.

¹⁷ V. il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge n. 1659 AS di conversione del decreto legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in www.senato.it, nel quale si evidenzia che siccome «l'art. 270 co. 1 bis Cpp fa espresso riferimento alle sole intercettazioni tra presenti effettuate con captatore, si avrebbe che, per i reati di cui agli artt. 51 co. 3 bis e 3 quater Cpp e per quelli contro la pubblica amministrazione, il regime di utilizzabilità valevole per le intercettazioni, telefoniche e tra presenti, svolte con mezzi tradizionali sarebbe irragionevolmente più rigoroso, in quanto soggetto alla regola di cui all'art. 270 co. 1 Cpp, in base alla quale difetterebbero le condizioni per utilizzare, in procedimento diverso, le intercettazioni per i reati contro la pubblica amministrazione, non essendo per la quasi totalità di essi (fa eccezione, ad esempio, la corruzione in atti giudiziari aggravata) previsto l'arresto obbligatorio in flagranza».

originario e procedimento diverso, con l'effetto di produrre ulteriori interpretazioni e di fomentare, sin dalla fase dinamica dello strumento investigativo, un meccanismo tortuoso, che si svilupperà in merito alla sussistenza o meno della connessione tra i vari reati¹⁸.

L'approccio che si è sviluppato nel corso del tempo non risulta in linea con la *ratio legis* dell'eccezione fissata dalla disposizione in esame, poiché essa si fonda sul dato di dover utilizzare i risultati delle intercettazioni in ordine a reati di rilevante gravità, che presuppongono una maggior complessità di "accertamento" del fatto; tra l'altro, solo in questo modo la deroga si concilia con la necessità di dover attivare una complessa procedura ai sensi dell'art. 268 co. 6, 7, 8 Cpp, a tutela sia del diritto di difesa, sia della riservatezza e della genuinità del risultato probatorio.

La direzione formale per distinguere un procedimento dall'altro dovrebbe essere delineata dalle specifiche intercettazioni autorizzate e dalla pendenza di un procedimento («altro», secondo la rubrica dell'art. 270 Cpp) all'interno del quale utilizzare le intercettazioni legittimamente disposte *ab origine* (differente, poi, come s'è, visto, è il profilo della scoperta di informazioni destinate ad essere usate soltanto come nuove notizie di reato).

In realtà, l'imprescindibile punto fermo dell'intera questione dovrebbe essere rappresentato dall'esistenza dei presupposti e dei requisiti di validità nel momento in cui nasce il provvedimento autorizzativo¹⁹; il risultato "probatorio" ottenuto legittimamente da un atto d'indagine non dovrebbe essere spogliato poi della sua efficacia giuridica per sviluppi che non possono (e non devono) essere previsti nel momento di autorizzazione dello stesso. E ciò senza trascurare il dato che di regola l'intercettazione presuppone la consistenza di elementi d'indagine – fattuali – dai quali deriva un'ipotesi di reato, e non una contestazione e imputazione del fatto storico; con la conseguenza che è endogeno alla ricerca stessa captare elementi non prevedibili ed eventualmente utili alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (*ergo* al giudizio, data l'irripetibilità dell'atto)²⁰. Il tutto, anche in considerazione del fatto che non si può

¹⁸ Cfr. C. Parodi-N. Quaglino, *La nuova riforma delle intercettazioni*, Milano 2020, 94 s., per i quali, alla luce delle Sezioni unite "Cavallo", il pubblico ministero dovrà compiere un'attenta analisi circa la nuova ipotesi di reato in modo da «procedere, a seconda dei casi, alla prosecuzione dell'attività intercettativa (inserendo anche il nuovo reato nelle successive richieste di autorizzazione o di proroga) ovvero allo stralcio dal fascicolo originario (quale corpo del reato o nuova *notitia criminis*) per le successive determinazioni». In argomento cfr. Cass. 13.12.2016 n. 17759.

¹⁹ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 269, secondo cui «in motivazione non si deve dire (né sarebbe agevole farlo) cosa si scoprirà; si deve invece spiegare perché l'intercettazione in concreto disposta non è abusiva ma legittima: si devono esporre, cioè gli elementi da cui si traggono gli indizi e le ragioni per cui l'intercettazione è indispensabile»; D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2020, 103 s.; A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, cit., 195 ss.

²⁰ In questi termini, A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, cit., 195 ss.

In senso diverso, G. Illuminati, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità sostanziale*, in www.sistemapenale.it, 20.1.2020, il quale osserva come «l'autorizzazione non è un *passpartout* per disapplicare, una volta che sia stata concessa, i limiti stabiliti in via generale. Il fatto

“abbandonare” un elemento ottenuto legittimamente allorché diventi essenziale al procedimento stesso e sia servente all'accertamento del fatto²¹. In caso contrario, sistematicamente bisognerebbe iniziare a ragionare, per assurdo, sul privare di valore atti a contenuto probatorio, acquisiti nel rispetto delle regole di garanzia, che per effetto della loro funzione fanno emergere fisiologicamente nuovi elementi che si allontanano dal presupposto originario.

La verità è che il “caos interpretativo” in relazione al legame tra i reati originari e quelli scoperti successivamente con le intercettazioni è stato creato e condizionato dal rischio di un abuso dello strumento, a sua volta derivante dal modo in cui in concreto vengono emesse autorizzazioni e proroghe.

A questo proposito si registrano motivazioni sterili sui presupposti delle autorizzazioni (emesse anche senza un serio esame critico)²², oltre a motivazioni di mero rinvio, discutibili sul piano dell'autonomia, puntualità e adeguatezza della fondamentale garanzia a tutela dei diritti fondamentali.

La soluzione – non colta dalla riforma in esame – per frenare abusi sia motivazionali sia di gestione delle intercettazioni da parte dell'autorità giudiziaria, come nel caso di celare la non indispensabilità dell'invasivo strumento immaginandolo come una rete a maglie strette per raccogliere più elementi possibili, sarebbe quella di elevare la qualità della motivazione: osservando, *de iure condendo* e in chiave orientativa, i requisiti

che il segreto delle comunicazioni sia stato legittimamente infranto non implica che ogni forma di tutela sia per ciò stesso venuta meno, e che il diritto inviolabile non necessiti più di essere garantito in relazione agli ulteriori sviluppi dell'indagine. Se così non fosse, fra l'altro, si potrebbe assistere al paradosso per cui, ove l'intercettazione non abbia fornito gli elementi attesi con riferimento ai reati che la consentivano e per i quali era stata autorizzata (e magari per questo motivo destinati all'archiviazione), i risultati finirebbero con l'essere utilizzabili come prova solo per quei reati occasionalmente scoperti che, di per sé, non avrebbero mai potuto legittimare il ricorso all'intercettazione». Sullo svuotamento della funzione di garanzia costituzionale della motivazione nel caso di autorizzazione intervenuta in altro contesto investigativo cfr. P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano 2002, 174 s.; M. Ciappi, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni provenienti aliunde*, in *DPP* 1996, 1244 s.; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 182 ss.; F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, cit., 102 s. Più di recente, G. Tabasco, *I risultati delle intercettazioni nei “procedimenti diversi”*, cit., 7 s. secondo il quale per un'effettiva funzione di garanzia dell'art. 270 Cpp «sarebbe necessario ricorrere a scelte legislative radicali: anzitutto, escludendo la deroga al divieto, precisando, espressamente, che le risultanze captate *aliunde* possono essere impiegate soltanto quali notizie di reato sulla cui base avviare attività di indagine, ovvero allorché costituiscano corpo del reato».

²¹ Ad esempio, ai fini della nozione di procedimento ai sensi dell'art. 270 Cpp, si è rilevato in dottrina che se la *notitia criminis* merita una trattazione congiunta con l'imputazione preliminare a fondamento del decreto autorizzativo, la scoperta del nuovo reato si pone come logico sviluppo dell'attività d'indagine svolta in relazione al reato per il quale si procede, con la conseguenza che non si assiste ad una duplicazione dei procedimenti con relativi effetti processuali; cfr. G. Santalucia, *Stesso procedimento e pluralità di reati nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *GP* 1996, 260 ss.; Cass. 22.09.2010 n. 39761, in *CEDCass*, m. 248557 - 01; Id. 10.05.1994, Rizzo, in *ANPP* 1995, 711.

²² Cass. 22.05.2003, Ferizi, in *GD* 2003, 104 s.; Id. 27.05.2004, Scardamaglia, in *GD* 2004, 76 s.

previsti dall'art. 292 Cpp per evitare che si assumano “atteggiamenti *borderline*” a seconda della tipologia di procedimento e di reato, con diverso approccio interpretativo²³.

Lo stesso dovrebbe accadere in sede di proroga, dato che la permanenza dei presupposti originari del provvedimento deve essere spiegata nel momento in cui la proroga viene concessa, in ragione del tempo trascorso, nonché degli elementi sopravvenuti, con la conseguenza che un rinvio alla motivazione originaria non è in grado di fronteggiare una situazione processuale comunque autonoma.

Le modifiche portate all'art. 270 co. 1 Cpp dalla legge di conversione 7/2020 meritano comunque di essere esaminate anche a prescindere dalle ricadute che potranno avere sul modo d'intendere la *ratio* del precetto e sul concetto di “procedimento diverso”. Come si è accennato, la riforma “Bonafede” ha anzitutto inserito, nella parte della disposizione che autorizza l'uso “esterno” della prova, il parametro della rilevanza, oltre a quello già previsto dell'indispensabilità, per l'accertamento dei delitti ivi menzionati.

Il parametro del “rilevante” potrebbe ritenersi una superfetazione del legislatore, cioè un requisito assorbito dal più pregnante criterio dell'“indispensabile”²⁴; oppure, ferma l'indispensabilità dei risultati delle intercettazioni per l'accertamento delle fattispecie di reato in relazione alle quali il legislatore ha ritenuto prevalente il profilo oggettivo (interesse pubblico) rispetto a quello soggettivo (libertà di comunicazione), il limite della rilevanza potrebbe assumere un significato autonomo sia rispetto all'indispensabilità sia rispetto alla valutazione richiesta dall'art. 268 co. 6 Cpp (al quale l'art. 270 co. 2 Cpp fa rinvio).

In altri termini, se il criterio di rilevanza ha una valenza autonoma, il giudice del procedimento diverso dovrebbe applicarlo in maniera più rigorosa rispetto a quello del procedimento originario: il giudice del procedimento diverso, cioè, non potrebbe far riferimento né al parametro generale di ammissione delle prove non «manifestamente [...] irrilevanti» di cui all'art. 190 Cpp, né a quello, specifico delle intercettazioni, di acquisizione degli elementi di prova «che non appaiano irrilevanti» di cui all'art. 268 co. 6 Cpp: pur essendo sottoposti al medesimo meccanismo di selezione e trasmigrazione nel fascicolo del dibattimento previsto per il procedimento originario, gli elementi intercettativi destinati ad un procedimento diverso dovrebbero passare attraverso un vaglio più stretto. Il criterio della rilevanza fisserebbe, così, un limite di utilizzabilità per l'uso “esterno” della prova.

Un'ulteriore riflessione riguarda la modifica che estende l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, oltre che per i reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza anche, in alternativa, per quelli previsti dall'art. 266 co. 1

²³ A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, cit., 118 ss.; l'espressione sistemica più adeguata, sia pur da contestualizzare, sembrerebbe quella dell'esposizione degli specifici presupposti che giustificano in concreto il provvedimento autorizzativo, con l'indicazione degli elementi d'indagine da cui sono desunti e dei motivi che legittimano il provvedimento giurisdizionale; così, il requisito dell'autonomia della valutazione potrebbe assolvere al compito della puntualità o precisione della motivazione.

²⁴ D. Pretti, *Legge 28 febbraio 2020, n. 7 (di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161)*, in *G.U. n. 50 del 28 febbraio 2020*, in www.sistemapenale.it, 2.3.2020.

Cpp²⁵. In sostanza, con il rinvio all'art. 266 co. 1 Cpp si è cercato di rimediare in maniera frettolosa alle irrazionalità riscontrate nell'applicazione del limite di cui all'art. 380 Cpp²⁶.

Pur nella consapevolezza che l'arresto obbligatorio in flagranza non rispondeva effettivamente più al criterio della maggiore gravità, creando asimmetrie investigative tra fattispecie criminose, qui si registra una scelta infelice, oltre che discutibile sul piano della legittimità costituzionale (art. 2 e 15 Cost.)²⁷, poiché estendendo l'utilizzabilità in diversi procedimenti a tutti i reati previsti per l'autorizzazione si realizza un ampliamento eccessivo, che contrasta con quanto affermato dalla Corte costituzionale²⁸ e fa venir meno la logica della stretta necessità del trasbordo dell'intercettazione. Sarebbe stato meglio, a tutela della libertà di comunicazione, richiamare o indicare specificamente un criterio quantitativo (che facesse cioè riferimento a limiti edittali di pena per il reato oggetto d'accertamento nel procedimento *ad quem*) e/o elencare specificamente fattispecie criminose determinate.

3. In questo scenario si colloca il comma 1-bis dell'art. 270 Cpp, la cui struttura normativa risulta essere in antitesi alla riforma "Orlando", la quale aveva previsto che «i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi

²⁵ D. Pretti, *Legge 28 febbraio 2020, n. 7*, cit.

²⁶ V. il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge n. 1659*, cit., in cui, sul punto, si è osservato come a seguito delle «numerose modifiche apportate nel tempo all'art. 380, co. 2, Cpp, il catalogo dei reati per cui l'arresto in flagranza è obbligatorio non risponde più al criterio della maggiore gravità delle condotte, risultando piuttosto ispirato al principio della maggiore evidenza della situazione di flagranza». In questo senso, ad esempio, trova giustificazione l'inclusione «nell'art. 380 Cpp dei reati di furto aggravato e di ricettazione aggravata e non di riciclaggio, ovvero dei reati di cui all'art. 572 e 612 bis c.p. e non dei più gravi reati di lesioni gravi o gravissime o di omicidio preterintenzionale». Sicché anche alla luce della nozione di procedimento diverso che è stata assunta nel diritto vivente e la «conseguente estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 270 Cpp, il richiamo da parte di quest'ultimo ai reati di cui all'art. 380 Cpp determina, sul piano della utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, soluzioni palesemente irrazionali e non più rispondenti all'originaria *ratio* di limitare l'uso delle stesse per l'accertamento dei reati più gravi».

²⁷ Cfr. i lavori della prima Commissione permanente (affari costituzionali) in ordine alla conversione in legge del d.l. 161/2019, seduta 19.02.2020, in *www.senato.it*. Perplesità in quest'ambito sono state rilevate dalla predetta Commissione, per la quale «l'emendamento 2.219, così come formulato, estende l'utilizzabilità delle intercettazioni anche ai reati di cui all'art. 266 co. 1, Cpp per i quali non sia obbligatorio l'arresto in flagranza, facendo venir meno, salvo il criterio dell'indispensabilità, il carattere derogatorio dell'attuale disciplina, istituendo un' "autorizzazione in bianco" in contrasto con la consolidata giurisprudenza costituzionale». La stessa Commissione, poi, «rilevata inoltre un'erronea formulazione linguistica, peraltro già presente nella vigente formulazione dell'art. 270 Cpp, sull'emendamento 2.219 esprime, per quanto di competenza, parere non ostativo a condizione che, in linea con la giurisprudenza costituzionale e con quanto conseguentemente statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le parole "e dei reati di cui all'art. 266 co. 1" siano sostituite dalle seguenti: ", fatti salvi i limiti di cui all'art. 266 co. 1" e che le parole "sono stati disposti" siano sostituite dalle seguenti: "sono state disposte"».

²⁸ C. Cost. 10.02.1994 n. 63, cit., secondo cui la «deroga eccezionalmente prevista al divieto stabilito dall'art. 270 co. 1 Cpp si mantiene entro i precisi confini della stretta necessità della stessa rispetto al soddisfacimento concreto dell'interesse pubblico che la giustifica».

da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza». Tale formulazione evidenziava la "preoccupazione" del legislatore sull'invasivo strumento del *trojan*, poiché agganciava il divieto d'uso dei risultati ottenuti al reato diverso e non ai procedimenti diversi²⁹.

Il d.l. 161/2019, convertito in legge, ha capovolto la prospettiva, novellando il comma 1-bis dell'art. 270 Cpp in questo 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 qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati nell'art. 266 co. 2-bis».

Dal confronto tra riforma e contro-riforma emerge il restringimento dell'originario divieto probatorio («non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi»); oggi l'utilizzazione per l'accertamento di reati diversi da quelli per i quali era intervenuta l'autorizzazione è infatti consentita, anche se viene limitata dal criterio dell'indispensabilità per l'accertamento dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-quater, Cpp e dei 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 Cpp.

È vero che l'art. 270 co. 2 c.p.p., sulle modalità di acquisizione della prova, non richiama il comma 1 bis ma solo il comma 1³⁰; in questa prospettiva potrebbe sembrare che i risultati ottenuti attraverso un'intercettazione eseguita con captatore potessero essere utilizzati soltanto nel procedimento in cui l'intercettazione è stata autorizzata, non in altri. La clausola di riserva «fermo quanto previsto dal comma 1», però, consente l'utilizzabilità anche nel procedimento diverso, secondo il contenuto normativo di cui all'art. 270 co. 1.

L'effetto del mancato coordinamento tra comma 1, comma 1-bis e comma 2 dell'art. 270 Cpp determina comunque grosse incertezze. L'impostazione normativa del tema dell'utilizzabilità dei risultati ottenuti da un'intercettazione seguita col *trojan* risulta non lineare e dovrebbe essere resa più omogenea; discorso differente è quello di disciplinare a monte tale strumento con più attenzione sui presupposti.

Questo mezzo di ricerca della prova non è stato trattato dalla politica legislativa con razionalità e con consapevolezza della sua particolare natura e delle relative potenzialità investigative.

Lo strumento del captatore informatico³¹, di fatto, consente contemporaneamente di visionare e/o reperire contenuti *on line*, in controtendenza rispetto alle atti-

²⁹ F. Cassibba, *La circolazione delle intercettazioni tra "archivio riservato" e "captatore informatico"*, in *Le nuove intercettazioni*, cit., 166 s.

³⁰ V. il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge n. 1659*, cit.

³¹ Sulla recente riforma in tema di captatore informatico si rinvia al commento di M. Daniele, *infra*. Più in generale, sull'argomento cfr. Cass. S.U. 28.11.2016 n. 26889, in www.giurisprudenzapenale.com; A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *CP 2016*, 2274 ss.; G. Barrocu,

vità di ricerca c.d. a sorpresa, le quali si caratterizzano per l'essere manifeste, con applicazione delle dovute garanzie; consente naturalmente l'intercettazione, presso qualunque luogo e domicilio, con problematiche a monte di individuazione dei citati ambiti e a valle di limitazione dell'operatività negli stessi, cioè di gestione esecutiva della captazione tra presenti qualora l'ambito delimitato risultasse diverso da quello predefinito.

Il captatore informatico risulta, quindi, particolarmente invasivo e compressivo dei diritti fondamentali; caratteristiche, queste, che non sono bilanciate a sufficienza dalla prudenziale inutilizzabilità dei dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento dello strumento sul dispositivo elettronico portatile, nonché dei dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo (art. 271 co. 1-bis Cpp); anche in questo caso, infatti, sarebbe stata apprezzabile una disposizione più chiara nello stabilire l'inutilizzabilità di tutti gli elementi acquisiti mediante il captatore, tranne soltanto le comunicazioni o conversazioni tra presenti.

La pervasività di tale strumento intercettativo – che presenta molte criticità sul piano delle garanzie³² – sarebbe forse risultata più congeniale alla natura e finalità delle intercettazioni preventive, che mirano a tutelare interessi pubblici più preminenti ed

Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni, in *DPP* 2017, 379 ss.; A. Camon, *Cavalli di troia in Cassazione*, in *ANPP* 2017, 76 ss.; A. Cisterna, *Spazio ed intercettazioni, una liaison tormentata. Note ipogarantistiche a margine della sentenza Scurato delle Sezioni unite*, in *www.archiviopenale.it*, 2016, 331 ss.; G. Corasaniti, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*, in *DII* 2016, 88 ss.; L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *www.archiviopenale.it*, 2016, 348 ss.; P. Felicioni, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *PPG* 2016, 21 ss.; A. Gaito-S. Fürfaro, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *www.archiviopenale.it*, 2016, 309 ss.; G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 7.10.2016; L. Picotti, *Spunti di riflessione per il penalista dalla sentenza delle Sezioni unite relativa alle intercettazioni mediante captatore informatico*, in *www.archiviopenale.it*, 2016, 354 ss.; S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 237 ss.

³² Si rappresentano, a titolo esemplificativo, alcune di queste criticità. La scelta legislativa di aggiungere all'art. 267 co. 1 Cpp il seguente periodo: «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 [...] i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono» non appare sufficientemente garantista, vuoi per la genericità delle ragioni che rendono necessaria la modalità operativa in questione, vuoi perché sarebbe servito uno specifico presupposto che avesse dato al giudice la possibilità di riempire di contenuto la motivazione. Da questo punto di vista, sarebbe stata opportuna una maggiore cautela sui presupposti di applicazione dei *trojan*, che ne avesse limitato l'uso ai casi in cui non risultasse possibile proseguire le indagini con le intercettazioni tradizionali.

Allo stesso modo, la genericità si coglie anche nella formula relativa alle «ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p per i delitti di pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione» (art. 266 co. 2-bis Cpp); pure in tale ambito sarebbe stato necessario strutturare limiti più specifici, fondamentali anche per la motivazione del provvedimento autorizzativo, fermo restando che, per tutti i reati diversi da quelli previsti dall'art. 51, co. 3-bis e 3-*quater*, l'intercettazione nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., *de iure condendo*, dovrebbe essere espletata a condizione che quelle telefoniche e ambientali al di fuori del domicilio stesso non fossero possibili sulla scorta di specifici elementi.

urgenti. Di conseguenza, per coerenza o continuità di ragionamento, l'uso del captatore informatico nelle intercettazioni processuali si sarebbe dovuto – e dovrebbe, in prospettiva – limitarsi ai reati più gravi e pericolosi, che incidano profondamente su valori fondamentali, o comunque essere inteso in modo residuale rispetto agli strumenti investigativi già previsti³³.

E invece il legislatore ha esteso i limiti di ammissibilità dello strumento, come se fosse, in sostanza, una “forma ordinaria” di intercettazione tra presenti (art. 266 co. 1 e 2 Cpp) ed ha attenuato le garanzie per i reati contro la pubblica amministrazione (art. 266 co. 2-*bis* Cpp), non realizzando con equilibrio la tutela degli interessi contrapposti, neppure sotto il profilo dell'eccezionalità e specificità dei presupposti del captatore informatico rispetto alle intercettazioni tradizionali: telefoniche, ambientali, domiciliari e telematiche.

4. L'ultima riflessione riguarda l'obbligo di deposito dei decreti intercettativi nel procedimento *ad quem*. In proposito, va sottolineato che, con la riforma “Orlando”, il rinvio dell'art. 270 co. 2 all'art. 268-*bis*, che prevedeva una specifica disposizione sul deposito delle annotazioni, dei verbali e delle registrazioni, unitamente appunto ai decreti, avrebbe potuto, secondo una determinata lettura, risolvere la questione del deposito nella vicenda *ad quem*, come condizione di utilizzabilità dei risultati intercettativi di altro procedimento³⁴.

Il d.l. 161/2019 ha modificato l'art. 270 co. 2 Cpp, riportandolo al testo previsto *ab origine*: «ai fini della utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'art. 268 co. 6, 7 e 8» e non le – ormai abrogate – «disposizioni degli artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater*», com'era previsto con la riforma “Orlando”.

E così, l'obbligo di deposito dei decreti non era (prima della riforma Orlando) e non è (oggi) previsto esplicitamente. Eppure, per ovvie ragioni sistematiche, i decreti dovrebbero essere depositati nella sede *ad quem*, in modo da consentire il controllo di legalità della prova, e la loro mancanza dovrebbe legittimare il giudice a disporre l'acquisizione³⁵. Sarebbe dunque stato opportuno normare in questa sede il fattore temporale e procedurale del deposito dei decreti intercettativi, a pena d'invalidità, colmando così le lacune normative³⁶ e superando la discutibile soluzione interpretativa delle Sezioni unite.

³³ L'interesse pubblico che giustifica il ricorso allo strumento andrebbe misurato sia sotto un profilo di natura sostanziale (pericolosità derivante da specifici fatti di reato) sia da un punto di vista processuale (difficoltà oggettiva di poter svolgere indagini con altri mezzi investigativi).

³⁴ F. Cassibba, *La circolazione delle intercettazioni tra “archivio riservato” e “captatore informatico”*, cit., 175 ss.

³⁵ In tema cfr. L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., 161 s.

³⁶ Si pensi al caso in cui sia il difensore a presentare un'istanza di acquisizione ovvero a depositare le intercettazioni di altro procedimento; sebbene non sia precluso ai difensori di ottenere copia dei singoli atti, ai sensi

Le Sezioni unite hanno infatti ritenuto che, per l'utilizzo delle intercettazioni nel diverso procedimento, non occorre il deposito dei decreti autorizzativi, dal momento che l'art. 270 co. 2 Cpp prevede in maniera chiara il solo deposito dei verbali e delle registrazioni, essendo siffatta documentazione sufficiente per l'accertamento della vicenda criminosa oggetto del procedimento *ad quem*, con la conseguenza che i «decreti autorizzativi costituiscono atti del procedimento *a quo*, che vanno prodotti da chi vi abbia interesse, perché il controllo sulla legalità del procedimento di ammissione dell'intercettazione è demandato all'iniziativa delle parti, come del resto è ragionevole avvenga in un processo ispirato al principio dispositivo»³⁷. Il principio di diritto enunciato dal giudice della nomofilachia, dunque, approda al risultato dell'utilizzazione dell'atto, allorché chi vi ha interesse non abbia provato mediante allegazione il fatto processuale dal quale trae origine l'asserita illegalità dell'atto stesso³⁸. Principio che però mal si concilia con il dovere del giudice di controllare *ex officio*, mediante gli appositi provvedimenti giurisdizionali quali parte integrante di una fattispecie complessa, l'eventuale patologia d'un atto probatorio che coinvolge diritti fondamentali, quale il mezzo di ricerca della prova in questione.

dell'art. 116 Cpp, qui sarebbe stato utile introdurre una disposizione *ad hoc*; ad esempio, prevedere che il difensore possa presentare richiesta all'autorità giudiziaria del procedimento *ad quem*, in modo che essa possa acquisire dall'altro procedimento l'intera documentazione, al fine di avviare con maggior linearità la complessiva procedura prevista dall'art. 268 co. 6, 7, 8 Cpp. Non è infatti sufficiente il comma 3 dell'art. 270 Cpp, che si integra con il comma 2 del citato articolo – nell'ottica di realizzare un meccanismo di controllo –, nel senso che la facoltà del pubblico ministero e dei difensori delle parti di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate è riconducibile all'attività processuale che segue il deposito della documentazione (art. 268 co., 6, 7, 8 Cpp); in questi termini, volendo, A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, cit., 187 s. In merito v. pure A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 298 s., il quale osserva che «il comma 2 prevede un obbligo (trasmettere tutto), il comma 3 introduce un meccanismo di controllo, nient'affatto superfluo nell'ipotesi di errori (o «malizie»)».

³⁷ In tal senso, Cass. S.U. 17.11.2004 n. 45189, in *CP* 2005, 343 s.

³⁸ Cass. S.U. 17.11.2004 n. 45189, cit., afferma ancora che «nel caso di acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte in altro procedimento, l'eventuale inutilizzabilità della prova a norma dell'art. 271 Cpp può dipendere dall'illegalità del procedimento di ammissione dell'intercettazione, ma non dalla mancata trasmissione del documento rappresentativo dell'intervenuta autorizzazione o della proroga delle operazioni; e, trattandosi di un fatto processuale, il fatto dal quale dipende tale illegalità va provato dalla parte che la eccepisce».

Più di recente, peraltro, la Corte si è espressa in senso diverso, sia pure con riguardo ad un procedimento *de libertate*: si è infatti affermato che, fermo restando l'onere della parte di dedurre il vizio, spetti al giudice della vicenda separata disporre d'ufficio l'acquisizione del decreto: Cass. 13.06.2017, Romeo, in *CEDCass*, m. 270812.