

In difesa dell'art. 15 Cost.: illegittima la circolazione delle intercettazioni per la prova di reati diversi.

di **Fabio Cassibba**

Sommario. 1. Luci della ribalta. – 2. Una tumultuosa successione di norme. – 3. La non celata insofferenza verso il divieto d'uso ex art. 270 c.p.p. – 4. Un profilo di metodo. – 5. La Corte costituzionale tra scelte feconde e *impasse* interpretativo. – 6. Il significato "forte" dell'art. 15 Cost. – 7. Usi consentiti.

1. Luci della ribalta.

Il titolo del capolavoro di Charlie Chaplin ben rappresenta la parabola tracciata dalla circolazione delle intercettazioni fra procedimenti diversi.

Nell'impianto codicistico originario, l'art. 270 comma 1 c.p.p. introduceva il generale divieto d'uso come prova delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello in cui erano state disposte: unica deroga, i casi in cui il procedimento *ad quem* avesse avuto a oggetto un delitto per cui fosse stato obbligatorio l'arresto in flagranza. In breve, la previsione in parola – ferma restando la centralità del divieto probatorio, che compariva *in incipit* – ambiva a circoscrivere l'utilizzabilità, tendenzialmente limitandola al procedimento in cui erano state autorizzate¹. Da qui, il decisivo rilievo sistematico di un regime di circolazione «più severo del consueto» (ossia quello previsto dall'art. 238 c.p.p.), perché, in assenza dell'art. 270 c.p.p., i risultati delle captazioni sarebbero stati capaci di circolare liberamente fra procedimenti diversi come atti irripetibili².

Benché mai accantonata dagli studiosi - consapevoli, per l'appunto, del ruolo-chiave esercitato dall'art. 270 c.p.p. in un ordinamento che ripudiava forme di conoscenza onnivore e della tensione provocata in rapporto all'art. 15 Cost. – la previsione è, però, stata a lungo lontano dai riflettori del dibattito politico e mass-mediatico. Solo in tempi assai recenti è tornata prepotentemente al centro della scena.

La protratta assenza dal dibattito pubblico è stata causata, forse, dall'intrinseco elevato tasso tecnico della disciplina e dall'improvvisa

¹ In tal senso, F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 106.

² Così, A. CAMON, *Le prove*, in *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, p. 375. Cfr. anche V. GREVI-G. ILLUMINATI, *Prove*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di M. Bargis, Padova, 2018, p. 376

sottovalutazione dei suoi negativi effetti in ordine alla tenuta dei diritti fondamentali, in un contesto ove l'attenzione del legislatore e dei *media* era polarizzata sulla tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti dalle captazioni all'interno del medesimo procedimento. Emblematica, la tormentata normativa che regola il regime di conoscenza delle captazioni e la relativa selezione, già rimaneggiata dal d.lgs. n. 216 del 2017, poi modificata dal d.l. n. 161 del 2019 e, da ultimo, ancora ritoccata dalla l. n. 7 del 2020³.

Più certa, invece, la causa che ha sospinto l'art. 270 c.p.p. alla ribalta: la pronuncia delle Sezioni unite "Cavallo"⁴, che ha immediatamente rinfocolato l'insofferenza verso l'apposizione di limiti all'uso delle intercettazioni in un diverso procedimento. Ha pesato il diffuso approccio populistico ai temi della giustizia penale, a sua volta espressione dell'«uso populista della questione criminale»⁵: l'efficienza repressiva della macchina giudiziaria è divenuta il costante *leit-motif* degli interventi normativi, che viepiù trasfigurano il processo e lo piegano da strumento «diretto alla ricostruzione del fatto di reato secondo criteri epistemologici storicamente dati e nel rispetto dei diritti fondamentali» a strumento di prevenzione e di contrasto della criminalità, reputato sempre utile per fronteggiare l'«emergenza di turno»⁶.

Il punto di caduta della parabola è una reazione legislativa che rimodella in profondità la circolazione delle intercettazioni di comunicazioni e di conversazioni. Il finale (forse, interlocutorio, alla luce della perdurante instabilità della materia) – se non tragico, come nell'opera cinematografica – è drammaticamente denso di negative implicazioni sull'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni protetta dall'art. 15 Cost.

2. Una tumultuosa successione di norme.

In effetti, poco clamore aveva destato l'avvicendamento delle previsioni relative al regime di circolazione delle intercettazioni attuate a mezzo del

³ Per tutti, sul tema, F. CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020 (in corso di pubblicazione).

⁴ Cfr. Cass., sez. un., 28 novembre 2019, Cavallo ed altro, il cui testo è consultabile sul sito istituzionale della Corte di cassazione, all'indirizzo www.cortedicassazione.it.

⁵ E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, p. 14. V. anche L. FERRAIOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, n. 1, p. 79 ss.; F. PALAZZO, *Paura del crimine, rappresentazione mediatica della criminalità e politica penale (a proposito di un recente volume)*, in *MediaLaws – Riv. dir. media*, 2018, n. 3, spec. p. 16.

⁶ Per questa e per la citazione che precede, F. ZACCHE, *La libertà personale tra diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2019, p. 1999.



captatore informatico, autonomo rispetto a quello operante per le captazioni realizzate con gli strumenti – per così dire – “ordinari”. Basti qui un cenno: l’art. 270 comma 1-*bis* c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 216 del 2017 – peraltro, mai entrato in vigore – è stato sostituito dal d.l. n. 161 del 2019. Dopo tale decreto d’urgenza, la circolazione delle intercettazioni effettuate a mezzo *trojan* era consentita solo verso i procedimenti relativi ai delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio indicati dal (coevamente) sostituito art. 266 comma 2-*bis* c.p.p.

Di contro, il deposito della pronuncia delle Sezioni unite sopra rammentata nelle more della legge di conversione ha sortito un effetto deflagrante e – stando ai lavori preparatori⁷ – ha contribuito a propiziare una novella ben più ambiziosa. Il principio di diritto enunciato dal massimo Consesso di legittimità ambiva contenere la circolazione delle intercettazioni fra procedimenti diversi, riconoscendo che la medesimezza del procedimento, idonea a escludere l’applicabilità dell’art. 270 c.p.p., era integrata solo in presenza di una causa di connessione *ex art. 12 c.p.p.* fra il reato per cui la captazione era stata autorizzata e quelli emersi solo in forza di essa. Certo, «restano dubbi sulla soluzione accolta»⁸ – che introduce un requisito di pura creazione giurisprudenziale – ma la decisione ha costituito «un importante freno all’orientamento finora troppo largheggiante della giurisprudenza» in ordine alla medesimezza del procedimento, che circoscriveva oltremodo la portata del divieto *ex art. 270 c.p.p.*

Senonché, il legislatore – in passato pronto (e pronò) a recepire indirizzi delle Sezioni unite – ha in quest’occasione messo in campo, con la l. n. 7 del 2020 di conversione del d.l. n. 161 del 2019, una risposta radicalmente reattiva⁹, destinata ad ampliare sensibilmente anche il regime d’uso in un diverso procedimento delle captazioni non realizzate mediante *trojan*,

⁷ In un primo momento, un emendamento presentato dal sen. Grasso recepiva il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite; poi, l’emendamento è stato ritirato dallo stesso proponente; infine, è stato approvato il testo finale dell’art. 270 comma 1 c.p.p., che amplia sensibilmente l’utilizzabilità delle intercettazioni nel diverso procedimento: cfr. resoconto della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, sedute del 13 e del 18 febbraio 2020, relativo alla discussione del d.d.l. n. 1659 (consultabile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica, all’indirizzo <http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/52660.html>).

⁸ G. ILLUMINATI, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le Sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 30 gennaio 2020, da cui è tratta anche la citazione che immediatamente segue nel testo.

⁹ In tal senso, C. INTRIERI, *Materia da legulei, come no. Sulle intercettazioni a strascico l’asse p.m.-governo s’inventa lo Spazza-Cassazione*, in *Linkiesta*, 20 febbraio 2020, consultabile all’indirizzo <https://www.linkiesta.it/2020/02/intercettazioni-rilevanti-irrilevanti-giustizia/>.

«persino insinua[ndo] qualche dubbio sulla futura validità delle conclusioni raggiunte» dalla Cassazione ⁽¹⁰⁾.

Per ciò che qui preme, la novella del 2020 si è mossa in due direzioni. Per le captazioni operate mediante *trojan* ha sostituito – ancora una volta – l’art. 270 comma 1-*bis* c.p.p., ammettendone l’impiego nel procedimento *ad quem* solo quando i risultati siano «indispensabili» per l’«accertamento dei delitti indicati dall’articolo 266, comma 2-*bis*», c.p.p. Per le captazioni non operate mediante *trojan*, ha sostituito l’art. 270 comma 1 c.p.p.: qui sta l’autentica e dirompente novità. La previsione è applicabile ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020, in forza dell’ennesima proroga disposta dal d.l. n. 38 del 2020, in una vicenda normativa che ormai «presenta i tratti del grottesco»¹¹. Verrà, così, legittimata la circolazione delle captazioni verso i procedimenti relativi, non solo a un delitto per cui scatta l’arresto obbligatorio in flagranza, ma anche a tutti i reati che già nel procedimento *a quo* legittimavano l’intercettazione *ex art.* 266 comma 1 c.p.p.

In breve, la manovra segna una netta discontinuità rispetto all’originaria disciplina codicistica: il legislatore ha «modifica[to] il bilanciamento fra garanzie individuali ed esigenze repressive»¹², spostando il punto di equilibrio decisamente verso il secondo, attraverso la scelta di circoscrivere il divieto probatorio in ordine all’utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento diverso *ex art.* 270 comma 1 c.p.p. e di favorire, al contrario, la loro circolazione. Né la “rilevanza” delle captazioni, richiesta dall’art. 270 comma 1 c.p.p. cumulativamente all’indispensabilità al fine dell’«accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l’arresto in flagranza e dei reati di cui all’articolo 266, comma 1», c.p.p., appare criterio idoneo a restringere dal di fuori la relativa sfera d’uso. L’aggettivazione appare la ridondante duplicazione dei canoni selettivi già previsti dall’art. 270 comma 2 c.p.p., attraverso il rinvio all’art. 268 commi 6, 7 e 8 c.p.p., e di quelli ammissivi *ex art.* 190 comma 1 c.p.p., che governano l’attività acquisitiva nel procedimento *ad quem*.

¹⁰ K. NATALI, *Sezioni Unite e “Legge Bonafede”*: nuove regole per l’uso trasversale delle intercettazioni, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1897.

¹¹ 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.

¹² R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157.

3. La non celata insofferenza verso il divieto d'uso ex art. 270 c.p.p.

Proviene da lontano l'avversione della l. n. 7 del 2020 nei confronti dell'inutilizzabilità delle captazioni fuori dal procedimento in cui sono state disposte.

La Corte costituzionale – investita, sin dai primi anni di vigenza del codice, da questioni di legittimità costituzionale tese a demolire il divieto probatorio ex art. 270 c.p.p. – ha saldamente sbarrato la strada alla “libera circolazione” delle captazioni fra procedimenti diversi, riconducendo la materia all'art. 15 Cost.¹³. Con una sorta di eterogenesi dei fini, la *ratio* delle pronunce costituzionali è stata, però, impiegata dalla Corte di cassazione per comprimere la sfera del divieto probatorio ex art. 270 c.p.p. e, al contrario, ammettere un'agevole circolazione delle intercettazioni.

Gli indirizzi giurisprudenziali sono il precipitato dell'esigenza d'incrementare il sapere giudiziale, favorendo il bulimico accumulo di materiali nella fase investigativa. La spasmodica ricerca dell'efficienza e della massimizzazione delle risorse investigative indurrebbe a non disperdere i risultati delle captazioni, in quanto «segni ad alta valenza mimetica»¹⁴ prodotti da una formidabile strumento d'indagine. Il canone della necessaria completezza delle indagini preliminari e la conoscenza non selettiva propria del contesto investigativo offrirebbero, poi, conforto teorico a simili, pressanti esigenze pragmatiche nei procedimenti (come quelli di criminalità organizzata) che costituiscono l'ambito elettivo della circolazione delle intercettazioni. Inoltre, la trasmigrazione delle captazioni realizzate “a strascico” in maxi-indagini semplifica anche le dinamiche probatorie, perché materiali intrinsecamente irripetibili scaricano tutto il loro peso sul giudizio. Sugli argomenti volti a limitare l'impiego delle intercettazioni nel procedimento diverso – eccezione estensiva nell'impiego di uno strumento, già di per sé, «eccezionale»¹⁵ – prevale il solido scopo di utilizzarne *aliunde* i risultati.

La tortuosa costruzione del divieto probatorio e delle sue deroghe nonché l'ambigua nozione di procedimento diverso nel dettato dell'art. 270 comma 1 c.p.p. stanno, così, alla base di una mistificazione: la disciplina, nata per vietare l'impiego delle captazioni come prova in assenza del relativo decreto autorizzativo, sopravvive per ammetterne l'uso. È rimasta inascoltata la voce di chi – ancor prima dell'entrata in vigore del codice del 1988 – escludeva l'utilizzabilità delle intercettazioni per un reato diverso da quello oggetto dell'autorizzazione¹⁶, facendo leva sulla lesione all'art. 15

¹³ Cfr. Corte cost., sent. 24 febbraio 1994 n. 63 e Corte cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366; nonché, più di recente, Corte cost., sent. 24 gennaio 2017 n. 20. V. *amplius*, *infra*, § 5.

¹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 844.

¹⁵ Così, già, Corte cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34.

¹⁶ Cfr. G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 164.

Cost. conseguente all'insuperabile mancanza, nel procedimento *ad quem*, di un provvedimento autorizzativo.

4. Un profilo di metodo.

Sarebbe agevole sottoporre a critica il regime di circolazione delle intercettazioni a seguito della novella del 2020 e dimostrare l'insofferenza della prassi verso il divieto probatorio *ex art. 270 c.p.p.*

L'ampliamento del novero dei reati per cui è ammessa l'utilizzabilità *aliunde* delle captazioni contrasta – è intuitivo – con il canone della proporzionalità nell'interferenza nel diritto protetto dall'art. 15 Cost.: sono la stessa proclamazione d'inviolabilità e, al contempo, la sua attitudine ad essere limitato in presenza delle condizioni stabilite dalla legge e in forza di un atto motivato dell'autorità giudiziaria a «evocare implicitamente la necessità di una proporzione indefettibile fra gli interessi collettivi coinvolti dal processo penale e la protezione dell'individuo»¹⁷. Il parametro della proporzionalità è, però, sfuggente, poiché, nella giurisprudenza costituzionale, opera «come derivazione del criterio di ragionevolezza»¹⁸ *ex art. 3 Cost.*¹⁹. Considerato, dunque, che «il giudizio di proporzionalità si risolve pur sempre in una valutazione di ragionevolezza della disciplina impugnata, [ma che] non tutti i giudizi di ragionevolezza delle leggi si traducono in valutazioni di proporzionalità»²⁰, sarebbero tutt'altro che prevedibili gli esiti di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.p., sollevata per un preteso contrasto con il canone di cui all'art. 3 Cost. In ordine, poi, alla portata del divieto probatorio *ex art. 270 c.p.p.*, è un esercizio di stile discettare sul concetto di «procedimento diverso». A fronte dell'autonomia creativa della giurisprudenza nella post-modernità giuridica, puntuali analisi del dettaglio normativo e raffinati argomenti esegetici risultano – purtroppo – autoreferenziali. Per scongiurare fluttuazioni esegetiche, il concetto di procedimento diverso andrebbe ancorato alla solida piattaforma rappresentata dal giudizio d'identità del fatto²¹. Poiché la

¹⁷ M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 148.

¹⁸ Così, muovendo dalla sent. cost. n. 20 del 2017, F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, Milano, 2018, p. 59.

¹⁹ Sul tema, per tutti, M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS-E. GROSSO-J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, p. 463 ss.

²⁰ F. ZACCHÈ, *Criterio di necessità e misure cautelari personali*, cit., p. 59.

²¹ Sul tema, per tutti, F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 963; G. DE LUCA, *Giudicato, Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 10.

regiudicanda investe «ciascun singolo imputato per ciascuna singola imputazione» e «l'eventuale realizzarsi di un cumulo processuale [non] incide su tale essenziale carattere»²², è pacificamente «diverso» ogni procedimento che abbia a oggetto un "fatto nuovo" rispetto al reato per il quale era stata autorizzata l'intercettazione. Né – è appena il caso di dirlo – la mancata formulazione di un'imputazione ostacola l'identificazione di un fatto che costituisce l'oggetto delle indagini preliminari²³ e che, dunque, giustifica la limitazione della segretezza delle comunicazioni ex art. 267 comma 1 c.p.p. Quanto, poi, al principio di diritto espresso dalle Sezioni unite "Cavallo", non occorrerebbero troppe parole per evidenziare che la connessione opera, per definizione, fra procedimenti diversi. Senonché – è inutile nascondere –, gioca un ruolo negativo la crisi di autorevolezza in cui versa l'accademia, incapace d'incidere sulle prassi, che, invece, si misura con la concretezza delle vicende giudiziarie, propugnando risposte sempre ispirate al massimo pragmatismo.

Da qui, nasce un profilo di metodo. In un ordinamento processuale in cui abbondano le previsioni tecnicamente malferme, che amplificano i dubbi interpretativi e favoriscono la giurisprudenza creativa in un circolo autorigenerante²⁴, la ricostruzione del sistema passa necessariamente dalla «difesa a oltranza»²⁵ dell'art. 15 comma 2 Cost. Va data nuova linfa a un contenuto di garanzia che appare, oggi, alquanto infiacchito.

5. La Corte costituzionale tra scelte felici e *impasse* interpretativo.

Nell'affrontare le censure mosse all'art. 270 c.p.p., volte a demolire il divieto probatorio, la Corte costituzionale effettuò, sin dal 1991, la scelta - davvero feconda - di ricondurre la disciplina della circolazione delle intercettazioni alla sfera dell'art. 15 Cost. Sulla premessa che l'art. 270 c.p.p. attui il bilanciamento fra i contrastanti valori in gioco, la garanzia volta a scongiurare la soccombenza dell'art. 15 Cost. consisterebbe nella predeterminazione legislativa dei (gravi) reati oggetto del diverso procedimento di cui l'intercettazione costituisce l'indispensabile strumento

²² G. UBERTIS, *Singularità di oggetto del processo penale e prescrizione à la carte*, in *Dir. pen. cont.*, 24 febbraio 2014, p. 2.

²³ Cfr., per tutti, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, *passim*.

²⁴ Cfr., con tono fortemente critico, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1269.

²⁵ F. BRICOLA, *Art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili (art. 24-26)*, Bologna, 1981, p. 316.

di accertamento: si eviterebbe un'«inammissibile "autorizzazione in bianco"»²⁶.

Da questo passaggio, però, il terreno si fa scivoloso.

Se la Consulta avesse distinto, con nitore, la sfera protetta dall'art. 15 Cost. (libertà e segretezza delle comunicazioni) da quella protetta dall'art. 2 Cost. (riservatezza delle comunicazioni, non più segrete perché già oggetto di captazione), attraendo l'art. 270 c.p.p. in quest'ultima, sarebbe subito apparsa inconsistente l'obiezione relativa alla mancanza di un provvedimento autorizzativo nel procedimento diverso. Caduta la segretezza della comunicazione nel procedimento *a quo*, sarebbe residua l'autonoma tutela assegnata alla riservatezza delle comunicazioni²⁷, protetta – non già da un'inimmaginabile autorizzazione preventiva alla captazione – ma, più linearmente, da un provvedimento ammissivo delle risultanze nel procedimento *ad quem*.

La Corte costituzionale esclude questa via: l'art. 270 c.p.p. viene comunque ricondotto esclusivamente all'art. 15 Cost., perché 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»²⁸. Consapevole della maggiore malleabilità della tutela della riservatezza, la Consulta ambisce rafforzare la segretezza e la libertà delle comunicazioni, come già accaduto in ordine alle garanzie necessarie per acquisire i tabulati telefonici²⁹; ma non compie il successivo (e necessitato) passo – imposto dall'art. 15 Cost. –, cadendo in un'*impasse*. L'indefettibile predeterminazione dei casi in cui è ammesso l'uso delle captazioni ai fini della prova di un reato diverso da quello per cui l'intercettazione era stata disposta non colma affatto l'autonomo requisito rappresentato dal «previo "atto motivato dell'autorità giudiziaria" sul diverso fatto»³⁰.

6. Il significato "forte" dell'art. 15 Cost.

Assumendo come stella polare l'art. 15 Cost., non resta, dunque, che valorizzare sino in fondo la felice intuizione della Corte costituzionale circa

²⁶ Così, testualmente, la sent. cost. n. 366 del 1991, poi ripresa dalla sent. cost. n. 63 del 1994.

²⁷ Cfr. P. FERRUA, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 486.

²⁸ Corte cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366.

²⁹ Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. 6 marzo 2019 n. 38; ma v. già Corte cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81.

³⁰ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, p. 182.



l'operatività della previsione in rapporto all'originaria captazione e alla sua circolazione. Va assicurato «un significato espansivo» alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni³¹, in coerenza con l'inviolabilità di un diritto fondamentale intimamente legato alla dignità della persona³².

L'art. 15 comma 2 Cost. – addirittura anteponendo il provvedimento giudiziale alle (altre) garanzie previste dalla legge – istituisce un indefettibile *nesso funzionale* fra il reato per cui l'intercettazione è (in astratto) ammessa e l'oggetto del procedimento per cui l'intercettazione è (in concreto) autorizzata dal relativo provvedimento motivato. Riserva assoluta di legge e provvedimento autorizzativo non sono meccanicisticamente giustapposti. Quest'ultimo istituisce un «vincolo» rispetto «ai fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede»³³, a cui è saldamente ancorata (e dal quale è giustificata) la violazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni. In breve, la garanzia costituzionale della motivazione, da un lato, legittima la compressione della libertà e segretezza delle comunicazioni, dall'altro, individua *ex ante* quale ipotesi la giustifichi, perché il diritto protetto dall'art. 15 Cost. può essere «compreso solo nei limiti effettivamente richiesti da concrete, gravi esigenze di giustizia», puntualmente illustrate nel provvedimento autorizzativo³⁴.

Naturale che la captazione investa la conversazione nella sua interezza ma la portata dell'art. 15 Cost. resta insensibile ad argomenti programmaticamente (e pragmaticamente) volti alla massimizzazione del sapere. Dire che l'intercettazione costituisce un'«"idrovora fonica" che tutto indiscriminatamente inghiotte»³⁵ è metafora efficace per descrivere le enormi potenzialità euristiche dello strumento, non certo per giustificare l'indiscriminato uso probatorio dei relativi risultati. Se così non fosse, l'interesse alla repressione dei reati «diverrebbe "tiranno" nei confronti delle ... situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette» dall'art. 15 Cost.³⁶ perché annichirebbe la necessità dell'autorizzazione giudiziale.

Fuori dai confini entro i quali l'autorizzazione alla captazione fa cadere il segreto, il diritto fondamentale di cui all'art. 15 Cost. permane, perché la previsione non legittima alcuna eccezione all'inviolabilità delle

³¹ Corte cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81.

³² In tal senso, v. già, Corte cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34, con un assunto in seguito mai smentito: v., fra le molte, Corte cos., sent. 24 gennaio 2017 n. 20 e Corte cost., sent. 11 marzo 1993 n. 81.

³³ Corte cost. sent. 23 luglio 1991 n. 366.

³⁴ Corte cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34.

³⁵ G. GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole-24 Ore*, 20 dicembre 2017, p. 33.

³⁶ Corte cost., sent. 24 gennaio 2017 n. 20. V. anche, in seguito, Corte cost., sent. 23 marzo 2018 n. 58.

comunicazioni in assenza di un atto dell'autorità giudiziaria³⁷. Detto altrimenti, restano coperti dal segreto i fatti di reato solo occasionalmente emersi nel corso della captazione, diversi da quelli per i quali l'intercettazione era stata autorizzata, poiché per questi ultimi difetta – appunto – quel nesso funzionale fra il provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria e l'oggetto del procedimento penale che giustifica l'intrusione nel diritto fondamentale protetto dall'art. 15 Cost.

Il necessario discrimine fra fatto di reato oggetto dell'autorizzazione ex art. 267 c.p.p. e altri fatti ivi ignorati, d'altra parte, trova coerente sviluppo – sul piano della proporzionalità in senso stretto³⁸ – nella necessaria predeterminazione delle utenze o dei luoghi rispetto ai quali opera la captazione, nonché della relativa durata e delle sue stesse modalità. La predilezione espressa dalla Carta fondamentale per una conoscenza giudiziale selettiva e per un impiego probatorio delimitato *ex ante* dei risultati delle captazioni – giustificato solo nel "caso" oggetto di autorizzazione – non ammette aggiramenti mercé la circolazione fra procedimenti diversi.

Da qui, un dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.p. perché in contrasto con l'art. 15 Cost., nella parte in cui ammette l'uso delle captazioni per la prova di fatti di reato diversi rispetto a quelli per cui l'intercettazione era stata autorizzata.

7. Usi consentiti.

Si delineano, così, gli usi consentiti della captazione in un procedimento diverso.

Giova appena premettere che il mutamento di qualifica del medesimo fatto, una volta che la captazione fosse stata legittimamente effettuata, non mette in gioco la disciplina della circolazione delle intercettazioni³⁹. Nulla, poi,

³⁷ In tali precisi termini, con riguardo all'inviolabilità della corrispondenza, P. BARILE-E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 749.

³⁸ Ossia nella esigenza che il mezzo impiegato, idoneo e necessario, non comprima oltre misura il diritto fondamentale coinvolto (cfr., fra gli altri, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 225 ss.), «non potendosi mai giungere fino a comprimere in maniera intollerabile il diritto coinvolto» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, p. 238), che, dunque, non può mai essere eliso.

³⁹ L'inutilizzabilità operante *a posteriori* per effetto della variazione del *nomen iuris* contrasterebbe con lo scopo dell'intercettazione come mezzo indispensabile per proseguire le indagini su un fatto (di reato), che deve indefettibilmente sussistere ma la cui qualificazione può fisiologicamente variare con la prosecuzione delle investigazioni e finanche mercé le risultanze della captazione. E' ben nota le prassi di richiedere l'autorizzazione per svolgere intercettazioni in ordine a fatti la cui qualifica in diritto è malferma (cfr., da ultimo, O. MAZZA, *Introduzione*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di O.

impedisce che per i fatti (di reato) diversi, emersi nel corso della captazione ma non oggetto dell'autorizzazione, il contenuto dell'intercettazione rivesta la natura di notizia di reato: vale quanto affermato dalla Consulta sin dalla sent. cost. n. 366 del 1991⁴⁰.

Sul versante probatorio, infine, emergono due impieghi.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 271 comma 3 c.p.p., la documentazione dell'intercettazione è acquisibile ex art. 431 comma 1 lett. h c.p.p. come «corpo del reato». A tal fine, però, non basta – come, invece, ritenuto dalle Sezioni unite⁴¹ – che la comunicazione costituisca essa stessa una condotta penalmente rilevante: occorre che l'intercettazione sia in sé «abusiva»⁴², per evitare pericolose «brecce nel recinto dell'utilizzabilità»⁴³.

In secondo luogo, non si pone in contrasto con l'art. 15 Cost. l'utilizzabilità della captazione anche nei confronti di imputati il cui coinvolgimento nel fatto di reato per cui era stata autorizzata l'intercettazione emerga dal contenuto della comunicazione. Qui si è indubbiamente in presenza di un *procedimento diverso* – perché viene coinvolto un diverso imputato, in precedenza non noto⁴⁴ – ma non un *fatto di reato diverso* che esorbita dalla sfera per cui la violazione del segreto era stata autorizzata. La conclusione valorizza il tenore dell'art. 267 comma 1 c.p.p. in ordine all'indefettibile sussistenza di gravi indizi di reato per penetrare il segreto della comunicazione.

Si sa, quando sono in gioco diritti fondamentali, «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato»⁴⁵. La

Mazza, Milano, 2018, p. XV-XVI; G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità"*, *ivi*, p. 153 ss.), ma il rimedio qui sta nel controllo del giudice. L'invasività del mezzo esige un giudice che abbia «piena sovranità» sull'organo dell'accusa (E. AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*, Milano, 2013, p. 9), non la moltiplicazione di cause di inutilizzabilità. Semmai, occorrerebbe discriminare le ipotesi in cui sin dall'inizio la qualifica indicata dal p.m. fosse eccessiva da quelle in cui ciò emergesse solo in seguito. Nella prima, il giudice è tenuto a non autorizzare la captazione; nelle seconde, la variazione *in melius* della qualifica resta irrilevante.

⁴⁰ Il divieto probatorio di cui all'art. art. 270 c.p.p. è «estraneo al tema della possibilità di dedurre "notizie di reato" dalle intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di altro procedimento».

⁴¹ Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2014, Floris e altri, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

⁴² Per evitare che condotte come quelle punite dagli art. 615-bis e 617 e 617-quater c.p. rimangano impunte, a causa della distruzione della documentazione altrimenti imposta dall'art. 271 comma 3 prima parte c.p.p.: così, A. CAMON, *Le prove*, cit., p. 376.

⁴³ E. LORENZETTO, *L'intercettazione-corpo di reato e la breccia nel recinto dell'utilizzabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2014.

⁴⁴ V. *supra*, § 5 e nota 22.

⁴⁵ F. CORDERO, *Diatriba sul processo accusatorio* (1964), in *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 220.



contrazione del patrimonio probatorio in procedimenti diversi da quello in cui la captazione è stata autorizzata è il prezzo da pagare per non tributare un ossequio solo formale all'inviolabilità del diritto protetto dall'art. 15 Cost. Il prezzo è ragionevole e proporzionato alla posta in gioco, perché coerente con la «natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile»⁴⁶ in forza di uno strumento «non desiderabile» in una società democratica qual è l'intercettazione di comunicazioni o di conversazioni⁴⁷.

Ma, oggi, pare davvero non si sia disposti a pagarlo.

⁴⁶ Corte cost., sent. 23 luglio 1991 n. 366, poi ripresa dalla sent. cost. n. 63 del 1994.

⁴⁷ C. eur. dir. uomo, sent. 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito, § 84.