LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA NEL PROCESSO PENALE

Indice

Introduzione pag.			
		o I - <i>Privacy</i> : diritto alla riservatezza delle informazioni li e della propria vita privata	7
1	Intr	oduzione e cenni storici	7
2	Il contesto americano: "The right to privacy". Warren e Brandeis		
	2.1	IV emendamento della costituzione americana	10
3	Sviluppo in Europa. Dai diritti della personalità al diritto alla riservatezza		
	3.1	L'adeguamento legislativo: la direttiva 95/46/CE e la legge 675/96	20
	3.2	L'evoluzione normativa: il decreto legislativo 196/2003	23
	3.3	L'era dei Big Data: il regolamento europeo 2016/679	24
4	Laı	necessità di un bilanciamento	28
Ca	pitol	o II - Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni	30
1.	Intro	oduzione e cenni storici	
2.	Defi	nizione e tipologie	34
3.	Intro	oduzione alla riforma Orlando	36
4.	I pre	esupposti	40
5.	Le intercettazioni ambientali presso il domicilio		
	5.1	Nozione di domicilio	45
	5.2	Svolgimento in corso dell'attività criminosa	50
	5.3	Modalità esecutive: il silenzio del codice e l'accesso ai luoghi di domicilio per la collocazione di microspie	52
6.	Il procedimento		
	6.1.	Durata e proroga	58
	6.2.	Impianti utilizzabili	60

7.	Mod	alità esecutive e procedura d'acquisizione	63
	7.1.	Avviso alle parti e diritto di difesa	71
	7.2.	Acquisizione, stralcio e Trascrizione	76
8.	Diritti dei terzi e soggetti con tutela rafforzata. I Parlamentari		
	8.1.	Presidente della Repubblica	93
	8.2.	I ministri e il Presidente del Consiglio dei ministri	98
	8.3.	Giudici della Corte Costituzionale	99
	8.4.	Difensore, consulenti tecnici e ausiliari	101
9.	Ipote	esi particolari di intercettazioni ambientali	104
	9.1.	Le videoriprese	
	9.2.	L'agente attrezzato per il suono	110
	9.3.	L'agente attrezzato per l'immagine	114
	9.4.	Intercettazioni telefoniche a "cornetta sollevata"	116
	9.5.	Intercettazioni preventive	118
10	. Avar	nzamento tecnologico: nuove sfide per il diritto	124
	10.1	. Tracking satellitare mediante GPS	
	10.2	. Il captatore informatico	127
bil	ancia	o III - Limiti alla pubblicazione degli atti processuali: mento tra libertà d'informazione, segreto istruttorio e ezza dei soggetti coinvolti nel procedimento	134
1	Il pı	incipio di pubblicità del processo penale	136
	1.1	Deroghe: il procedimento a porte chiuse	138
2	Il segreto investigativo		139
	2.1	Delimitazione oggettiva	144
	2.2	Profili temporali	150
	2.3	Deroghe: segretazione e desegretazione	155
3	Il diritto di cronaca		159
	3.1	Divieto di pubblicazione di atti ed immagini	162
	3.2	Interessi individuali come limite alla libertà d'informazione	166
4	Pros	spettive de iure condendo	173
C	CONCLUSIONI		
FC	FONTI BIBLIOGRAFICHE		

Introduzione

Definire il diritto alla riservatezza è un compito particolarmente arduo, poiché si tratta di un concetto che ha subito, e subisce tuttora, profondi cambiamenti in relazione alle condizioni storico sociali dell'epoca. È evidente che al giorno d'oggi intendere la *privacy* come "the right to be let alone" risulterebbe estremamente riduttivo¹, confacendosi più propriamente al periodo attuale la sua concezione come «la tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale»².

L'arduo e tortuoso percorso che ha portato al riconoscimento e alla tutela di tale diritto, dapprima all'interno dell'ordinamento statunitense e poi in quelli europei, è la dimostrazione del fatto che detto diritto risponde ad esigenze sociali comuni al genere umano. La sua indiscussa importanza non lo rende però certo esente dalle compressioni generate dal conflitto con ulteriori e diverse esigenze dell'ordinamento.

Scopo dell'elaborato è quello di indagare le complesse dinamiche che intercorrono tra il diritto alla riservatezza e il processo penale, alla ricerca del corretto, benché difficile, bilanciamento tra le esigenze di privatezza dei singoli individui e la necessità di accertamento dei reati.

Dopo una breve digressione storica, necessaria al fine di comprendere la nascita e lo sviluppo del diritto alla *privacy*, saranno analizzati gli aspetti del processo penale che più entrano in conflitto con detto diritto, prime fra tutti le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, cui è dedicato l'intero capitolo II. S'intende, nello specifico, trattare solo incidentalmente gli aspetti dell'istituto ritenuti più pacifici, al fine di mettere in luce le questioni fortemente problematiche, che ormai da decenni attanagliano giurisprudenza e dottrina.

¹ S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 8

² L.M. Friedman, *The Republic of choice. Law, Authority and Culture*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1990, p. 184.

Sarà, pertanto, ampiamente affrontato il tema delle intercettazioni ambientali, strumento certamente dotato di un'efficacia investigativa importante ai fini dell'accertamento del reato ma che, allo stesso tempo, è estremamente invasivo. Saranno, in particolare, trattate le intercettazioni fra presenti nei luoghi di domicilio, ove l'aspettativa di riservatezza del soggetto è massima e costituzionalmente sancita dall'art. 14 Cost. Il problema concernente queste ultime è particolarmente pregnante, dal momento che il codice di rito si esime dal dettare una specifica disciplina delle modalità esecutive del mezzo di ricerca della prova, mettendo così a dura prova la tutela del diritto alla riservatezza.

Saranno analizzati ulteriori mezzi di ricerca della prova, affini alle intercettazioni, la cui qualificazione giuridica è dubbia, ma che la giurisprudenza tende comunque ad ammettere all'interno del processo attraverso l'utilizzo della prova atipica, venendo così a creare "un sistema probatorio a struttura flessibile". Il riferimento è in particolare all'agente attrezzato per il suono, all'agente attrezzato per l'immagine e alle videoriprese.

Ci si dedicherà, inoltre, alla difficoltà che il diritto affronta nel dover rincorrere il progresso tecnologico, al fine di normare i nuovi strumenti permessi da quest'ultimo, tra i quali il *tracking* satellitare mediante GPS e il captatore informatico.

Rilevanti, poi, ai fini dell'elaborato risultano essere le differenti discipline dettate per soggetti a tutela rafforzata, ossia quelle previste per i parlamentari, il Presidente della Repubblica, i Ministri e il Presidente del Consiglio dei ministri, i giudici della Corte Costituzionale e il difensore.

Il capitolo III concerne invece il bilanciamento tra le esigenze processuali e la libertà d'informazione. Il principio di pubblicità dibattimentale, che trova la sua ragion d'essere proprio nella possibilità da parte dell'opinione pubblica di

³ E. Amodio, "Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova, un approccio comparativo", in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, p. 6.

esercitare un controllo sull'operato della magistratura, non è un principio assoluto, soffrendo invece delle eccezioni imposte in ragione della tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Inoltre, la libertà d'informazione, sia nella sua accezione passiva di diritto a poter essere informati, che in quella attiva di diritto ad informare, presenta delle deroghe imposte dalle esigenze investigative e regolate dall'istituto del segreto d'indagine, istituto che tutela la riservatezza solo in via indiretta.

A coronamento del complesso rapporto tra informazione e processo penale troviamo i limiti alla pubblicazione degli atti processuali imposti dall'art. 114 c.p.p. Il diritto di cronaca, per quanto costituzionalmente rinvenibile nell'art. 21 della Carta fondamentale dell'ordinamento, subisce ulteriori limitazioni in ragione di esigenze extraprocessuali, anch'esse di rango costituzionale, quali il diritto alla riservatezza, all'onore e alla presunzione d'innocenza.

Durante tutto l'elaborato, inoltre, sarà dato conto delle novità da ultimo introdotte dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Ed in particolare saranno affrontate le modifiche apportate con l'introduzione dei divieti di trascrizione, quelle relative al procedimento d'acquisizione e la nuova disciplina del captatore informatico.

La riforma è inoltre intervenuta su ulteriori aspetti procedurali riguardanti incidentalmente le intercettazioni, ed in particolare, è stato modificato l'art. 472 c.p.p. aggiungendo un'ulteriore ipotesi di procedimento a porte chiuse allorquando si debba procedere all'acquisizione di intercettazioni in fase dibattimentale. È stato inoltre interpolato il secondo comma dell'art. 114 c.p.p., prevedendo un'eccezione al divieto relativo di pubblicazione degli atti processuali con riferimento all'ordinanza applicativa di una misura cautelare, rendendo quest'ultima integralmente pubblicabile fin dal momento in cui cade il segreto sulla stessa.

CAPITOLO I: *Privacy*: diritto alla riservatezza delle informazioni personali e della propria vita privata

1. Introduzione e cenni storici

«L'uomo è un animale sociale», affermò Aristotele intorno al IV secolo a.C. nella sua opera "Politica", ed è profondamente vero che l'associazionismo è caratteristica intrinseca dell'essere umano, pulsione interna che lo spinge a relazionarsi, condividere e creare comunità. È altrettanto vero che la natura umana è allo stesso tempo caratterizzata da un interesse a sviluppare una dimensione personale che sia riservata e protetta da qualunque influenza esterna. Nella stessa opera Aristotele espone la classica distinzione tra sfera pubblica, definita col termine greco *Polis*, che contiene tutto ciò che è relativo alla dimensione politica, e la sfera privata, *Oikos*, associata alla casa e alla famiglia. Sofocle, nella celebre tragedia Antigone⁶, sviluppò ancora il tema, affiancando al concetto di *Oikos* il diritto naturale, e contrapponendovi la *Polis*, che rappresentava invece le dure leggi imposte dall'autorità.

Il concetto di privacy fu un cardine anche nell'Inghilterra illuminista prerivoluzionaria, epoca in cui William Pitt, Conte di Chatam, nel 1763 tenne un discorso alla House of Lords, esponendo un'efficace metafora: «il più povero degli uomini può, nella sua casetta lanciare una sfida opponendosi a tutte le forze della corona. La casetta può essere fragile, il suo tetto può essere traballante, il vento può soffiare da tutte le parti, la tempesta può entrare e la pioggia può entrare, ma il Re d'Inghilterra non può entrare; tutte le sue forze non osano attraversare la soglia di tale casetta in rovina»⁷. Comincia così a

⁴ Aristotele, *La politica*, Le Monnier, Firenze, 1981.

⁵ Idem

⁶ Sofocle, *Edipo re – Edipo a Colono – Antigone*, a cura di Dario Del Corno, Oscar Mondadori, 2016.

⁷ W. Pitt, The Elder, Lord Chatham, discorso del Marzo 1763, citato in Henry Peter Brougham, Historical Sketches of statesmen Who Flourished in the Time of George III, Charles Knights & Co, Londra, 1839, vol. 1.p. 52: "The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the Crown. It may be frail—its roof may shake—the wind may blow through it—the storm may enter—the

delinearsi un diritto universale, proprio di ogni individuo, che consiste nella determinazione di limiti precisi oltre i quali lo Stato non può invadere la sfera del singolo.

Questa breve digressione storico-filosofica mostra come il concetto di riservatezza ha in realtà radici profondissime e risalenti nel tempo. Esso è andato sviluppandosi, modificandosi e approfondendosi nelle varie epoche storiche che lo hanno caratterizzato con sempre diverse accezioni e sfaccettature. Questa è una delle ragioni che ne rendono così difficile una definizione univoca e universalmente accettabile. Per poter riuscire a carpire l'essenza di questo diritto è dunque necessario ripercorrere i passi storici che lo caratterizzano, a partire dalla nascita della nozione moderna di privacy.

2. Il contesto americano: "the right to privacy". Warren e Brandeis

Molti autori⁸ sostengono che la vicenda che diede origine al dibattito che si è sviluppato per lungo tempo intorno al concetto di privacy è ambientata a Boston nel 1890 e vede come protagonista una donna, definita "regina dei salotti", e suo marito, il grande avvocato Samuel Warren. L'attività salottiera della signora era stata pubblicata dalla *Boston Evening Gazette*, uno dei primi giornali ad utilizzare il metodo della stampa rotativa. Il fatto che la cronaca locale trattasse argomenti relativi alla vita privata della sua famiglia non fu affatto gradito a Warren, il quale, insieme al suo amico Louis Brandeis, colui che poi diventerà grande giudice progressista della Corte Suprema degli Stati Uniti, cominciò ad approfondire dette tematiche, analisi che culminò nel famosissimo articolo "The Right to Privacy", pubblicato sulla Harvard Law

rain may enter—but the King of England cannot enter!—all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!".

⁸ S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 8.

Review⁹. Il punto di partenza dei due giuristi fu chiedersi fino a che punto fosse possibile l'utilizzo degli strumenti forniti dall'avanzamento della tecnica, che all'epoca consistevano nella stampa rotativa e nelle fotografie istantanee, per la divulgazione di notizie e informazioni riservate, relative alla vita privata di un soggetto e quindi non note al pubblico. Enunciando lo scopo dell'articolo, i due giuristi scrissero: «It is our purpose to consider whether the existing law affords a principle which can properly be invoked to protect the privacy of the individual; and, if it does, what the nature and extent of such protection is". Il punto di approdo fu il riconoscimento di un vero e proprio diritto della persona: "the right to be let alone" che, come spiega l'ex garante per la privacy Stefano Rodotà¹⁰, consiste nello ius excludendi alios da una sfera che non è puramente materiale, quale invece quella relativa al il diritto di proprietà, ma al contrario morale e soggettiva, con l'applicazione delle stesse logiche che avevano permesso l'appropriazione dello spazio fisico. Sorprendente è la consapevolezza del fatto che detto diritto era venuto a formarsi proprio in ragione dei cambiamenti politici, sociali ed economici dell'epoca, ed era entrato così a far parte della common law, trovando le sue radici nel più generale right to one's personality. Il saggio si conclude con l'esortazione retorica da parte dei due autori ai giudici americani di applicare il diritto alla privacy che non necessita di nuove formule o principi poiché già insito nell'ordinamento giuridico.

Per quanto progressista e innovativo, il diritto alla privacy così inteso viene a modellarsi su una classe sociale ben precisa, l'alta borghesia, alla quale appartenevano entrambi gli autori dell'articolo. La riservatezza, in questo senso, nasce come mezzo di protezione dei privilegi dei cosiddetti *happy* few^{II} , ossia i pochi eletti, rimanendo dunque estranea agli altri ceti. È anche vero che questo è solo il punto di partenza di un percorso, a cui contribuì in

-

⁹ Brandeis L.D.., Warren S., *The Right to Privacy*, in 4 Harward Law Review, 1890, pp 193-220.

¹⁰ S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005,

p. 8. ¹¹ S. Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 9.

gran parte anche lo stesso Brandeis, che fu funzionale a mostrare l'aspetto sociale di questo diritto, concepito non più esclusivamente come il diritto borghese ad essere lasciato solo, ma come «il diritto delle minoranze politiche culturali, sociali di non essere discriminate per le loro opinioni, abitudini, costumi. Lungo questa strada la privacy si rivela sempre più nettamente come una componente essenziale della libertà contemporanea»¹².

2.1 Il IV emendamento della Costituzione americana

La Costituzione americana, la più antica ancora in vigore, fu redatta a Filadelfia nel 1787 ed entrò in vigore due anni dopo, in seguito alla ratifica da parte di ognuno dei tredici stati membri all'epoca. Ratifica che fu particolarmente ardua a causa delle lotte tra coloro che ne sostenevano l'importanza, i federalisti, e la fazione opposta, gli antifederalisti. Nel 1791 alla Carta furono aggiunti Dieci Emendamenti, il *Bill of Rights*, che però non erano originariamente applicabili a coloro che risiedevano in Virginia e nello stato di New York, in quanto, in questi ultimi, la legge statale poteva ancora prevalere rispetto alle norme costituzionali. Fu solo con l'entrata in vigore del XIV Emendamento¹³ che venne davvero sancito il primato della Costituzione rispetto al diritto dei singoli stati. Detta norma impediva l'emanazione di leggi che non fossero conformi al dettato costituzionale, garantendo a tutti i cittadini americani l'applicabilità dei diritti sanciti dalla legge suprema degli Stati Uniti d'America e dal *Bill of Rights*.

Nonostante sia indubbio che il testo costituzionale non contenga espressi riferimenti al diritto alla privacy, quest'ultimo è presente e insito all'interno

⁻

¹² Idem, p.10.

¹³ U.S. Constitution, Bill of Rights, XVI Amendment, section1:" All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."

del Bill of Rights, ed in particolare rinvenibile nel IV Emendamento che così statuisce: "Il diritto dei cittadini ad essere assicurati nelle loro persone, case, carte ed effetti contro perquisizioni e sequestri non ragionevoli, non potrà essere violato, e non potranno essere emessi mandati se non su motivi probabili, sostenuti da giuramenti o solenni affermazioni e con una dettagliata descrizione del luogo da perquisire e delle persone o cose da prendere in custodia", 14.

Uno dei primi giuristi capace di applicare un'interpretazione evolutiva ed estensiva al citato articolo fu proprio Louis Brandeis, giudice della Suprema Corte degli Stati Uniti, nel caso Olmstead Vs. United States. ¹⁵ Si tratta della prima causa avente ad oggetto delle intercettazioni telefoniche, utilizzate dall'FBI per scoprire e provare l'implicazione dell'imputato Rey Olmstead in un'attività di contrabbando di alcol durante l'epoca del proibizionismo. L'imputato sosteneva che il governo americano avesse violato il IV Emendamento, dal momento che le intercettazioni erano state effettuate senza previa richiesta di mandato, e dunque non gli era stata garantita una "ragionevole aspettativa di privacy". Gli agenti federali, invece, non avevano ritenuto necessaria l'esplicazione di detta formalità, in quanto l'intercettazione in realtà non si sostanziava in alcuna violazione di uno spazio fisico di proprietà dei soggetti. La Corte, con un'interpretazione strettamente letterale dell'articolo, confermò la posizione dell'FBI, condannando Olmstead. I giudici sostennero che, poiché i cavi telefonici non appartenevano né all'abitazione, né all'ufficio dell'imputato, non vi era stata alcuna violazione del domicilio, così come protetto dal IV Emendamento. Il giudice Taft, che mise nero su bianco l'opinione maggioritaria di cinque giudici su 9, si espresse in questo senso: «ritenere le linee telefoniche parte del domicilio sarebbe stato come ritenere tali anche le strade attraverso le quali esse si allungavano».

¹⁴ U.S Constitution, Bill of Rights, IV Amendment: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

15 Olmstead vs. United States, U.S. Supreme Court, 277 U.S. 438, 1928.

Questa interpretazione garantiva al governo un amplissimo margine di manovra, restringendo al contempo le garanzie che il Bill of Rights assicurava ai cittadini, per il solo fatto che, al tempo in cui il testo fu scritto, determinati sviluppi della tecnica non erano ancora prevedibili. Ma come in precedenza anticipato, la maggioranza che condusse alla condanna non fu unanime. La sentenza fu infatti corredata dalla dissenting opinion del giudice Brandeis che, con estrema lungimiranza, riuscì ad intravedere nel caso di specie un problema ben più ampio e rilevante. Egli sosteneva che le parole dei Padri Costituenti non dovessero essere limitate da necessità assolutamente contingenti e legate allo stato dell'avanzamento della tecnica del paese in un determinato momento storico, bensì esse dovevano essere interpretate guardando al loro scopo. I Padri Fondatori «si prodigarono per assicurarci le condizioni favorevoli alla ricerca della felicità. Essi riconobbero il significato della natura spirituale di un uomo, dei suoi sentimenti, e del suo intelletto. Essi sapevano che solo una parte dei dolori, piaceri e soddisfazioni della vita si possono trovare nelle cose materiali. Hanno cercato di proteggere gli Americani nelle loro credenze, pensieri, emozioni e sensazioni. Essi hanno conferito, contro il Governo, il diritto ad essere lasciati soli - il più comprensivo dei diritti, ed il diritto più stimato dall'uomo civilizzato. Per proteggere questo diritto, ogni intrusione ingiustificabile da parte del Governo nella privacy di un individuo, qualunque sia lo strumento impiegato, deve essere considerato una violazione del Quarto Emendamento»¹⁶. Ed in questa prospettiva, ponendo un interrogativo quanto mai attuale, egli concluse: «Un giorno saranno trovati mezzi grazie ai quali il governo senza rimuovere alcuno scritto da cassetti segreti, potrà riprodurlo in tribunale e con cui gli sarà possibile esporre gli eventi più intimi che possono avvenire in una casa. Può essere che la Costituzione non garantisca alcuna protezione contro una tale invasione della sicurezza dell'individuo?».

¹⁶ traduzioni dall'inglese della *dissenting opinion* del giudice Louis Brandeis nel caso Olmstead v. U.S.

Se la posizione rivoluzionaria del giudice Brandeis non fu tale da convincere la maggioranza dei membri della Corte, risultò assolutamente fondamentale negli anni a venire, ed in particolare nel caso Katz vs. United States, del 1967.¹⁷ La questione era relativa ad un'intercettazione telefonica effettuata senza mandato che la polizia federale aveva ottenuto posizionando una cimice vicino al telefono di una cabina telefonica che il signor Katz utilizzava di frequente per comunicare informazioni illegali relative alle scommesse. L'imputato fu condannato dalla Corte Distrettuale del Southern District della California proprio in ragione di quella prova e la Corte d'Appello ne confermò l'esito, sostenendo che la posizione di Katz non potesse essere protetta dal IV Emendamento, poiché non vi era stata alcuna intrusione fisica degli agenti all'interno della cabina e che comunque la stessa costituiva proprietà dello Stato e per tanto "non costituzionalmente protetta". Venne anche richiamata la sentenza Olmstead vs. United States come precedente giurisprudenziale per avvalorare tale tesi, ma fu proprio la dissentig opinion del giudice Brandeis, che corredava tale sentenza, ad essere decisiva, essendo richiamata dalla Corte Suprema per scagionare l'imputato con sette voti favorevoli su otto. Illuminanti le concurring opinions dei giudici Potter Stewart e John Harlan i quali sottolinearono che se la polizia avesse richiesto previo mandato, espletando quelle formalità che il IV Emendamento pone a garanzia degli individui, affinché gli stessi non vedano lesa la propria sfera di libertà in modo del tutto arbitrario, l'intercettazione sarebbe stata assolutamente lecita. «Il governo sottolinea il fatto che la cabina telefonica da cui l'accusato ha effettuato la sua chiamata era parzialmente di vetro, rendendolo visibile dopo che era entrato tanto quanto se fosse rimasto fuori. Ma quello a cui egli cercava di sottrarsi non era certo l'occhio indiscreto, ma semmai l'orecchio senza invito»¹⁸. I tempi erano maturi affinché il IV Emendamento fosse ormai riconosciuto come posto a tutela delle persone e non dei luoghi. Inoltre il

¹⁷ Charles Katz vs. U.S., 389 US 347, 1967.

¹⁸ Traduzione dall'inglese della *concurring opinion* del giudice Stewart, in Charles Katz vs. U.S., 389 US 347, 1967, 348-358.

giudice Harlan si propose di andare ad indagare più a fondo in merito al concetto di privatezza, individuando un test che consentisse determinare quando la stessa potesse considerarsi violata. La Corte, infatti, avrebbe dovuto domandarsi se «esiste un duplice requisito, il primo dei quali è stabilire se la persona ha mostrato un'effettiva (e soggettiva) aspettativa di privacy, mentre il secondo è che quell'aspettativa sia riconosciuta dalla società come ragionevole»¹⁹. Solo una risposta positiva ad entrambi i quesiti avrebbe consentito di ritenere che si era in presenza di una posizione tutelata dal IV Emendamento.

Con il passaggio dal riconoscimento dottrinale del diritto, all'applicazione giurisprudenziale dello stesso, si fa un importante salto avanti che consiste nell'intravedere nel diritto alla privacy non più solo un'accezione negativa (Right to be let alone), bensì un significato prettamente positivo, consistente nella possibilità per la persona di controllare tutte le informazioni che la riguardano.

3. Sviluppo in Europa. Dai diritti della personalità al diritto alla riservatezza

Il percorso seguito dal diritto statunitense che ha portato al riconoscimento di un diritto alla riservatezza, sebbene lungo e complesso, è però stato agevolato dalla presenza di un forte elemento unificatore, in grado di operare su tutto il territorio in questione. È stato infatti grazie all'operato della Corte Suprema degli Stati Uniti che detto diritto ha visto un effettivo riconoscimento, una pratica applicazione e un notevole sviluppo. Il tragitto europeo è invece stato caratterizzato dalla presenza di sistemi giuridici diversi, ognuno dei quali presentava e manteneva differenze rispetto agli altri, e dall'assenza di una forza in grado di accomunare queste diverse tradizioni giuridiche.

¹⁹ Charles Katz vs. United States, 389 US 347, 1967, 361.

Un primo accenno all'argomento si trova in Germania, dove, tra il XVIII e il XIX secolo, la dottrina tedesca comincia ad elaborare un dibattito in merito agli "Individualrechte" ossia un insieme di diritti derivanti dalla tradizione filosofico-giuridica tedesca, aventi come fonte il diritto naturale. Tale categoria di diritti, sebbene piuttosto ampia, non trovò però riconoscimento nel successivo periodo di positivizzazione che caratterizzò l'ordinamento tedesco²¹; In Svizzera invece tre autori furono determinanti per il riconoscimento dei diritti della personalità Gareis, Gierke e Kohler. Mentre il primo di questi studiosi concepisce più diritti della personalità, tra di loro autonomi e ugualmente rilevanti, gli altri due ritengono esista un solo e generico diritto della personalità, che si articola poi in diverse espressioni. Kohler poi individua tra questi proprio un "diritto alla segretezza" che tutela l'individuo dalla pubblicazione di fatti che riguardano la sua vita privata e i suoi rapporti epistolari²⁴.

Anche in Francia cominciano a svilupparsi dibattiti sugli stessi temi, ed in particolare il merito di aver contribuito alla creazione di un *droit moral* è tradizionalmente attribuito ad un trattato di Boistel²⁵. Ma è nel 1909 che, anche grazie all'opera di Perreau, ²⁶ nasce la categoria dei diritti della personalità. La giurisprudenza, dunque, sospinta da una dottrina tanto propositiva, comincia a riconoscere una *protection de la vie privée*, ancorata

²⁰ "Diritti dell'individuo"

²¹ Il *Bürgerliches Gesetzbuch* (abbreviato in BGB), il codice civile tedesco entrato in vigore il 1° Gennaio 1990, al §823 1° comma, enunciando i diritti la cui lesione permette l'esperimento dell'azione risarcitoria, non fa alcun riferimento a quelli relativi alla riservatezza e alla sfera privata dell'individuo.

²² Zweigert-Kotz, *Introduzione al Diritto Comparato*, volume secondo, Milano 1995, pp. 299 e ss.

²³ Art. 49 del Codice Svizzero delle Obbligazioni del 1881, *Obligationerecht* (OR). Oggi art. 28 *Zivil Gesetzbuch* del 1912: afferma che chiunque sia stato "leso nei suoi rapporti personali da un'altra persona, può richiedere la cessazione delle turbative e, qualora, l'altro abbia agito colposamente, ha diritto al risarcimento dei danni". Fondamentale dunque il ruolo svolto dalla giurisprudenza nella determinazione del significato di "rapporti personali" potendo così arrivare a tutelare l'onore e l'intimità di ciascuno.

²⁴ Kohler G., Das Autorrecht, in Iherings Jahrbucher, XVII, 1880.

²⁵ Boistel A., *Cours de philosophie du dreoit*, Parigi, 1899.

²⁶ Perreau V., Les droits de la personnalite, in Rev. Trim. d. Civ., Parigi, 1909.

all'applicazione dell'articolo 1382 del Code civil, 27 che condiziona il risarcimento del danno alla presenza di un pregiudizio o di un danno ingiusto.

Il vero passo in avanti nel percorso che condusse al riconoscimento del diritto alla riservatezza, e della sua posizione centrale nell'ordinamento, avvenne proprio in Italia, per mano di Adolfo Ravà. Quest'ultimo afferma infatti che «la qualità di persona richiede ed esige che alla persona stessa sia riservata una certa sfera relativa ai dati più gelosi e più intimi di essa e della sua attività». Pertanto «da ciò deriva un generale diritto alla riservatezza che ha molteplici implicazioni»²⁸. L'autore riesce poi a desumere la presenza di detto diritto attraverso l'applicazione dell'analogia iuris, sancita dall'articolo 2°comma²⁹ delle disposizioni sulla legge in generale, ad altri articoli che presentano la stessa *ratio* del diritto in questione, ed in particolare l'art. 10³⁰ del Codice Civile del 1942 e gli artt. 96 e 97³¹ della 1. del 22 aprile 1941, n. 633.

Posizione completamente opposta è invece quella di Giovanni Pugliese che afferma che «non solo non esiste alcuna norma, la quale riconosca espressamente l'asserito diritto alla riservatezza, ma che a tale riconoscimento non si può nemmeno pervenire mediante l'estensione analogica dei divieti contenuti nelle diverse disposizioni citate. Infatti, quelle sono norme che fanno eccezione alla libertà di parola, di divulgazione del pensiero, di stampa, di creazione artistica, e quindi il procedimento analogico urterebbe contro il

²⁷ Il testo originale dell'art. 1382 del *Code civil*: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui* un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer"

²⁸ A. Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 1938, pp. 174-175.

^{29 &}quot;Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". ³⁰ "Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata

fuori dai casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni".

³¹ Art. 96: "Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente". Art. 97 : "Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici o didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. [...] Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritratta".

divieto dell'art. 14³² disp. Prel.»³³ È evidente come detta posizione dottrinale fu fortemente influenzata dal periodo storico in questione, in cui anche i diritti personalissimi erano considerati come appartenenti allo Stato.

Esplorando il panorama giurisprudenziale italiano degli anni 50' si può osservare come le corti di merito ebbero notevoli difficoltà nel riconoscimento del diritto alla riservatezza nelle numerose cause che si trovarono ad affrontare, originatesi da pubblicazioni e da opere cinematografiche che riguardavano personaggi noti. Prima tra tutte la causa che vide coinvolti gli eredi del tenore Enrico Caruso che richiesero l'inibitoria per la rappresentazione di pellicole che ritenevano lesive della riservatezza del congiunto da parte della Tirrenia Film. In quella occasione la Corte di Cassazione affermò testualmente che «Nessuna disposizione di legge autorizza a ritenere che sia sancito, come principio generale, il rispetto assoluto dell'intimità della vita privata, tanto meno come limite della libertà dell'arte, salvo che l'operato dell'agente, offendendo l'onore o il decoro o la reputazione della persona, ricada nello schema generale del fatto illecito. Il semplice desiderio di riserbo non è stato ritenuto dal legislatore quale interesse tutelabile fuori dai casi in cui è riconosciuto espressamente un diritto della personalità». ³⁴ Sebbene la Carta Costituzionale era già entrata in vigore da qualche anno, è evidente come la giurisprudenza non fosse ancora in grado di interpretarla in modo estensivo e garantista, come poi avvenne, tanto da poter desumere dai principi fondamentali, ed in particolare dall'articolo 2³⁵, il diritto alla riservatezza. Un'apertura si ebbe invece con una sentenza della Cassazione del 1963³⁶ che riguardava la pubblicazione da parte del settimanale

³³ G. Pugliese, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, Foro It., Zanichelli, Bologna, 1954, parte I., pp. 118-120.

³⁴ Corte di Cassazione, sent. del 22 dicembre 1956, n. 4487, in Giur. it., 1957, I, l, p. 366.

³⁵ Art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

³⁶ Cassaz. Civ., sentenza n.990 del 20 aprile 1963, in Foro it., Zanichelli, Bologna, I, 1963, p.877, con commento di A. De Cupis.

"Tempo" di articoli contenenti dettagli indiscreti su Claretta Petacci e la sua relazione sentimentale con Benito Mussolini. I congiunti della Petacci fecero causa al settimanale e nella massima della sentenza si legge: «sebbene non sia ammissibile il diritto tipico alla riservatezza, viola il diritto assoluto di personalità, inteso quale diritto erga omnes alla libertà di autodeterminazione nello svolgimento della personalità dell'uomo come singolo, la divulgazione di notizie relative alla vita privata, in assenza di un consenso almeno implicito, ed ove non sussista, per la natura dell'attività svolta dalla persona e del fatto divulgato, un preminente interesse pubblico di conoscenza»³⁷. Sebbene la Corte non si spinga a tal punto da affermare l'esistenza di un diritto alla riservatezza, accoglie però la configurazione unitaria di un diritto assoluto della personalità. Nel 1975 la Suprema Corte decise il caso della svolta³⁸, attinente alla vicenda che riguardava Sorāyā Esfandiyāri, seconda moglie di Mohammad Reza Pahlavi, ultimo Scià di Persia. Quest'ultima aveva intentato una causa nei confronti di alcune testate giornalistiche nazionali che avevano pubblicato delle foto in cui era ritratta con un uomo in momenti del tutto privati all'interno della propria abitazione. È qui che per la prima volta viene riconosciuta dalla giurisprudenza l'esistenza del diritto alla riservatezza. La corte comincia analizzando le diverse posizioni rinvenibili sull'argomento, cercando al contempo di fare chiarezza sul lessico utilizzato: l'espressione "diritto alla riservatezza", da sempre la più utilizzata per identificare il fenomeno, può essere interpretata in diverse accezioni che rilevano non soltanto dal punto di vista formale, bensì sostanziale. La prima ipotesi è quella restrittiva, più affine al diritto anglosassone "right to be let alone", legata all'intimità della vita domestica. La seconda invece, diametralmente opposta, si caratterizza per l'estrema indeterminatezza, concependo l'estensione della tutela della vita privata come possibile rispetto a qualsiasi tipo di ingerenza. È invece la terza ipotesi, intermedia tra le prime due, quella ad essere accettata

³⁷ Ihidem

³⁸ Cass. Civ., del 27 maggio 1975, n. 2129.

dalla Corte, la quale, riprendendo la sua precedente posizione³⁹, definisce la riservatezza come la «tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti». Per quanto riguarda il fondamento di detto diritto, la Corte ne rileva la duplice natura: da un primo punto di vista, essa ha alla base «quel complesso di norme ordinarie e costituzionali che, tutelando aspetti peculiari della persona, nel sistema dell'ordinamento sostanziale, non possono non riferirsi anche alla sfera privata di essa», definito fondamento implicito. La Corte cita il diritto al corpo (art. 5 c.c.), al nome (artt. 6-9 c.c.), all'immagine (art. 10 c.c.), all'anonimato e all'inedito (artt. 21 e 24 legge dir. d'Autore), all'onore contro la rivelazione di fatti determinati (art. 595, secondo comma, c.p.) al domicilio (art. 614 c.p.), alla corrispondenza. Da un altro punto di vista, invece, la Corte afferma che la riservatezza ha fonte «in tutte quelle norme, contenute in modo particolare in leggi speciali, nelle quali si richiama espressamente la vita privata del soggetto o addirittura la riservatezza», trattasi del fondamento esplicito. La Corte richiama inoltre gli artt. 2, 3, 27, 29 e 41 della Carta Costituzionale ed altre fonti di matrice internazionale, quali la Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo (approvata il 10 dicembre 1948 dall'ONU) ed il Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dall'Assemblea dell'ONU con risoluzione 16 dicembre 1966, n. 2200.

Quello fin qui delineato è il percorso che condusse la giurisprudenza, in netto ritardo rispetto alla dottrina, ad approdare al riconoscimento del diritto alla privacy. Questo, in realtà, non è però altro che il punto di partenza per lo sviluppo di questo diritto che, grazie alla legislazione italiana e soprattutto europea, divenne un vero cardine dell'ordinamento giuridico.

³⁹ Cass. Civ. n. 990, 1963, sopra richiamata

3.1 L'adeguamento legislativo: la direttiva 95/46/CE e la legge 675/96

La tutela della privacy viene riconosciuta per la prima volta al livello internazionale dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948⁴⁰, che all'articolo 12 afferma: "Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni"⁴¹. All'indomani delle due guerre mondiali, l'inserimento di tale diritto nel corpo della dichiarazione, si inscrive nella più ampia volontà generale di cancellare i terribili crimini commessi durante quel periodo e di garantire la tutela da possibili futuri abusi. Identica è la ratio che ha spinto alla redazione dell'articolo 8⁴² della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e dell'articolo 17⁴³ del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Entrambi i due articoli sopracitati si ispirano chiaramente alla Dichiarazione del '48, sebbene la Convenzione presenti anche delle esplicite eccezioni al diritto tutelato. Fondamentale il ruolo della Corte EDU nell'interpretazione progressiva dei concetti di "vita privata" e "corrispondenza", termini fulcro dell'articolo, che hanno permesso un evoluzione del diritto da intendersi come il controllo

⁴⁰ La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo fu adottata con la risoluzione n. 217-III il 10 Dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Non si tratta di un documento giuridicamente vincolante in quanto detto organo non ha poteri legislativi.

⁴¹ Si riporta il teste originale in l'acceptante delle Nazioni Unite.

⁴¹ Si riporta il testo originale in lingua inglese "no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."

⁴² European Convention of Human Rights, art. 8: Right to respect for private and family life 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

⁴³ International Covenant on Civil and Political Rights, art. 17: 1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.

consapevole che gli individui hanno su ogni forma di circolazione dei dati che li riguardano.

Il percorso che ha condotto tutti gli Stati membri dell'Unione Europea ad adottare normative in materia di protezione dei dati, comincia con una risoluzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 26 settembre 1973 sulla protezione della vita privata delle persone fisiche rispetto alle banche dati elettroniche nel settore privato e con la risoluzione del 29 settembre 1974 riferita invece al settore pubblico. Si trattava in realtà di mere raccomandazioni, non avendo tali atti carattere vincolante. Alcuni stati furono indotti da queste risoluzioni all'adozione di una normativa nazionale, ma le importanti differenze che sussistevano tra quest'ultime e la permanete assenza di disciplina in alcuni stati, tra cui anche l'Italia, costituiva un notevole ostacolo alla circolazione transfrontaliera delle informazioni. Fu questa la situazione che condusse nel 1981, il Consiglio d'Europa ad emanare la Convenzione n.108⁴⁴, nota come Convenzione di Strasburgo. Scopo precipuo della Convenzione era proprio quello di uniformare le legislazione dei singoli stati, prevedendo a tal fine una serie di principi a cui gli stessi avrebbero dovuto adeguarsi, al fine di assicurare il diritto alla privacy a tutti gli individui, prescindendo dalla cittadinanza o residenza, nei confronti di ogni elaborazione automatizzata dei dati riguardanti soggetti identificati o identificabili.

Per quanto riguarda le istituzioni dell'Unione Europea, dopo un lungo periodo di gestazione, ⁴⁵ il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea, in applicazione degli articoli 92 e 251 del Trattato istitutivo dell'Unione, emanarono la Direttiva comunitaria 95/46/CE⁴⁶. Richiamando espressamente la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

⁴⁴ La "Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale" è stata approvata dal Consiglio d'Europa il 28 gennaio 1981. L'Italia ha provveduto a ratificare la Convenzione di Strasburgo con notevole ritardo attraverso la legge 21 febbraio 1989, n. 98, in G.U. n. 66 del 20 marzo 1989.

⁴⁵ La prima proposta della Commissione C.E. risale infatti al 1990.

⁴⁶ In G.U.C.E. 23 novembre 1995, n. L 281, p. 31 e ss.

fondamentali e la Convenzione di Strasburgo, la Direttiva si propone di stabilire uno standard europeo per garantire un livello di tutela nel trattamento dei dati alto e, al contempo, minimo, comune a tutti i paesi membri, i quali avrebbero dovuto introdurre normative, o modificare quelle esistenti, per adeguarsi ad esso. Il III Considerando della Direttiva esplicita infatti "che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno [...] esigono non solo che i dati personali possano circolare liberamente da uno Stato membro all'altro, ma che siano altresì salvaguardati i diritti fondamentali della persona".

La Direttiva 94/46/CE fu recepita in Italia con la l. del 31 dicembre 1996 n.675⁴⁷. La novella legislativa non fu accolta con successo nel paese, abituato ad interpretazioni giurisprudenziali che per decenni avevano reso la privacy un diritto d'élite, così come era stato concepito tanto tempo prima da Warren e Brandeis negli Stati Uniti. Se è vero che l'introduzione normativa non fu certo spontanea, ⁴⁸ è al contempo vero che il legislatore italiano non si è limitato a copiare quanto affermato dall'Unione: accanto ai diritti e alle libertà fondamentali, la legge di conversione inserì il rispetto per la dignità personale, e, oltre alla riservatezza, estese la tutela anche all'identità personale, ⁴⁹ anticipando ciò che sarebbe poi stato sancito nell'articolo 1⁵⁰ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵¹. Sempre su impulso della normativa comunitaria, la legge di conversione ebbe il pregio di istituire l'autorità "Garante per la protezione dei dati personali", organo collegiale le

⁴⁷ Legge n. 675 del 31 dicembre 1996, Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali.

⁴⁸ L'Europa aveva infatti condizionato il godimento dei benefici derivanti dall'Accordo di Shengen all'adozione di una normativa interna sul trattamento dei dati personali

⁴⁹ L. 675/96, 31 Dicembre 1996, art. 1 n.1: "La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle liberta' fondamentali, nonche' della dignita' delle persone fisiche [...]".

⁵⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Ultriana average 200/0 204/01.

⁵⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 200/C 364/01, art.1: "La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata."

⁵¹ S.Rodotà, *Intervista su privacy e libertà*, op. cit., pp.31 e 32.

L'istituzione dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali è contenuta nella 1.675/96, art. 30, e la sua entrata in vigore risale all'8 maggio 1997. L'organo è costituito da 4 membri, eletti per metà dalla Camera dei deputati, e per l'altra metà, dal Senato della Repubblica. I membri eleggono tra

cui funzioni sono tuttora molto ampie e finalizzate al controllo dell'effettiva applicazione normativa in tema di privacy.

Dagli interventi normativi fin qui delineati emerge il cambio di mentalità che ha condotto il legislatore europeo ed italiano, ad affrontare il diritto alla *privacy* nella prospettiva di una regolamentazione e di un controllo attivo su i dati personali, proporzionato alle moderne necessità di pubblicizzazione e informazione, ed in grado di adattarsi al uno sviluppo esponenziale della tecnologia che rende le esigenze di tutela alquanto mutevoli.

3.2 L'evoluzione normativa: il decreto legislativo 196/2003

Gli anni immediatamente seguenti l'introduzione della prima normativa in materia di privacy, videro un panorama giuridico italiano caratterizzato dal susseguirsi di numerosi interventi, ⁵³ cosiddetti "tappabuchi", di decreti legislativi e regolamenti di accompagnamento, che in breve tempo contribuirono a generare una profonda confusione normativa. Al livello europeo fu inoltre emanata la Direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, della quale si rese dunque necessario il recepimento. Queste le ragioni che portarono il legislatore italiano ad abrogare la legge 675/96 con l'introduzione del Codice della *Privacy*, di cui al d.lgs. del 30 giugno 2003 n. 196. Si tratta di un Testo Unico il cui scopo non è certo quello di modificare la disciplina previgente, se non in aspetti procedurali, bensì quello di razionalizzare ed accorpare tutta la legislazione esistente in materia. Il codice si compone di tre parti e tre allegati: l'allegato A concerne i codici di condotta,

loro un presidente che attualmente è Antonello Soro. Suoi predecessori furono Francesco Pizzetti e Stefano Rodotà.

⁵³ D.L. n.135, 11 maggio 1999: Disposizioni integrative sul trattamento di dati sensibili da parte dei soggetti pubblici; D.P.R. n.318, 28 luglio 1999: Regolamento recante norme per l'individuazione delle misure minime di sicurezza per il trattamento dei dati personali; D.L. n.282, 30 luglio 1999: D.L. n.281, 30 luglio 1999: Disposizioni in materia di trattamento dei dati personali per finalità storiche, statistiche e di ricerca scientifica; Disposizioni per garantire la riservatezza dei dati personali in ambito sanitario; D.P.R. n.318, 28 luglio 1999: Regolamento recante norme per l'individuazione delle misure minime di sicurezza per il trattamento dei dati personali;

l'allegato B tratta invece del disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza e l'allegato C riguarda trattamenti non occasionali effettuati in ambito giudiziario o per fini di polizia. La prima parte invece enuncia le disposizioni generali (art. 1-45), ossia le regole sostanziali del trattamento dei dati personali applicabili in ogni caso, salvo regole particolari enunciate per soggetti pubblici o privati (art. 6), la seconda parte (art. 46-140) concerne invece la disciplina speciale da applicare ad integrazione o sostituzione delle norme generali di cui alla parte I, ed infine la terza parte (artt. 141-186) nella quale sono enucleate le azioni a tutela dell'interessato e le norme sul trattamento sanzionatorio.

3.3 L'era dei Big Data: il regolamento europeo 2016/679

I dati «sono il nuovo petrolio della società digitale»⁵⁴. Questa brillante citazione dell'ex garante per la privacy Francesco Pizzetti, esprime perfettamente gli enormi cambiamenti, imposti dall'evoluzione tecnologica, che hanno generato un livello di raccolta ed elaborazione di dati senza precedenti. «Tutto quello che riguarda la nostra esistenza ha subito una evoluzione digitale» ha affermato Antonello Soro, Garante per la privacy, in occasione della Giornata europea per la protezione dei dati personali, al Convegno che si è svolto a Roma il 30 gennaio 2017 nell' Aula del Palazzo dei Gruppi Parlamentari.

"Big Data" è un termine inglese utilizzato per individuare un concetto astratto, e pertanto di difficile definizione. Tale espressione è generalmente adoperata per descrivere le innovative tecnologie e i metodi impiegati per analizzare enormi quantità di dati che non possono essere gestiti attraverso i tradizionali database. Attraverso questi processi si è in grado di estrapolare le informazioni più significative, che, messe in relazione tra loro, forniscono previsioni sul

_

⁵⁴ F. Pizzetti, *Il prisma del diritto all'oblio*, in Pizzetti (a cura di), Il caso del diritto all'oblio, Milano, 2013, p. 41.

futuro alquanto accurate. «Poiché i dati rappresentano la proiezione digitale delle nostre persone, aumenta in modo esponenziale anche la nostra vulnerabilità. La libertà di ciascuno è insidiata da forme sottili e pervasive di controllo, che noi stessi, più o meno consapevolmente, alimentiamo per l'incontenibile desiderio di continua connessione e condivisione»⁵⁵.

Il numero di soggetti interessati a sfruttare tali dati è in continua crescita: dalle imprese, che mirano a generare algoritmi capaci di estrapolarne informazioni su ciò che più ci piace o ci interessa per sottoporci pubblicità perfettamente calzanti e creare strategie di marketing più efficaci, ai governi che, per esigenze di sicurezza e per far fronte alla minaccia criminale e terroristica, estendono il controllo delle attività svolte in rete con modalità sempre più invasive. «Il combinarsi di questi processi ha prodotto una straordinaria intrusione nella vita di tutti, una vera e propria sorveglianza, con effetti importanti sui comportamenti individuali e collettivi, sugli stessi caratteri delle nostre democrazie»⁵⁶.

È in questo contesto che si inserisce il tanto atteso Regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati, che ha trovato applicazione diretta a partire dal 25 maggio 2018. Nel c.d. "pacchetto protezione dati" si inseriscono anche la direttiva 2016/680, che fornisce una regolamentazione più specifica ai settori della prevenzione, contrasto e repressione dei crimini, e la direttiva 2016/681, relativa invece all'utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo ed altri reati gravi.

Le istituzioni europee, che sono giunte all'emanazione della nuova normativa attraverso l'ordinaria procedura di "codecisione" *ex* art. 294 TFUE, durata ben quattro anni, mostrano piena coscienza delle nuove sfide che l'evoluzione

_

⁵⁵ Antonello Soro, introduzione al convegno *"Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri"*, svoltosi a Roma in data 30 gennaio 2017 nell' Aula del Palazzo dei Gruppi Parlamentari, in ragione della giornata europea della protezione dei dati personali.

⁵⁶ Ibidem

tecnologica e la globalizzazione hanno comportato, e tuttora comportano, per la protezione dei dati. Scopo precipuo della stessa è infatti quello di facilitare la libera circolazione dei dati personali tra i paesi membri dell'Unione, con paesi terzi e organizzazioni internazionali, prevedendo al contempo un elevato livello di garanzie. A tale scopo sono previsti una serie di principi: il "principio di trasparenza", che consiste nella maggior chiarezza possibile delle informazioni riferite all'interessato o al pubblico, concernenti le modalità di trattamento dei dati e l'identità del responsabile; "il diritto all'oblio" riconosce all'interessato il potere di rettificare i dati che lo riguardano e, se il trattamento non è conforme alla normativa o la conservazione non è più necessaria in relazione alle finalità per cui tali dati erano stati raccolti, la cancellazione; il "principio dell'accountability" consiste nell'obbligo in capo al titolare di dimostrare che il trattamento dei dati sia conforme al Regolamento; il "principio di portabilità dei dati" che prevede il diritto di ricevere in un formato di uso comune, e leggibile da dispositivo automatico, i dati personali forniti a un titolare del trattamento e di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti, qualora il trattamento si basi sul consenso e sia effettuato con mezzi automatizzati; la "privacy by design and by default" richiede che i meccanismi di protezione dei dati siano inseriti nell'intero ciclo di progettazione di un processo aziendale, applicando sistemi che garantiscano l'utilizzo dei dati personali necessari per le specifiche finalità per le quali sono stati acquisiti.

Secondo un'opinione, «nell'accogliere la sfida di coniugare i diritti delle persone con le esigenze di mercato, [la normativa europea] pare avvalorare un'accezione sempre più spersonalizzata di dati personali con un approccio lontano dalla sensibilità di chi sottolinea il valore giuridico della persona nella sua unitarietà e complessità»⁵⁷. Comparando infatti l'articolo 1 della Direttiva 95/46/CE il quale afferma che gli Stati membri devono garantire «la tutela dei

⁵⁷ A. Thiene, Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo, in Le nuove leggi civili commentate, 2017.

diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali», con il corrispondente articolo 1 paragrafo 2 del nuovo Regolamento, che tra i suoi vari obiettivi afferma la necessità di «proteggere i diritti e le libertà fondamentali delle persone e in particolare il loro diritto alla protezione dei dati personali», è evidente che la nuova normativa sceglie di omettere un espresso riferimento al diritto alla riservatezza, che costituisce invece condizione essenziale per la costruzione dell'identità e per l'esercizio delle libertà personali. Ciò finisce «col realizzare, da un punto di vista ontologico, una cesura netta tra la protezione dei dati e il rispetto della vita privata. Valorizzare la specificità, storica e normativa, del diritto alla protezione dei dati personali non può certo portare a rinnegare il fondamento della tutela, che va senz'altro rintracciato nel rispetto della sfera personale e nella protezione della dignità»⁵⁸. Inoltre è possibile riscontrare nel Regolamento la sempre maggiore importanza che viene data alla dimensione economica dei dati, oggetto di crescente mercificazione. Così come esplicitato dai considerando lo scopo precipuo del Regolamento è quello di favorire un clima di fiducia per lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno⁵⁹.

In conclusione, la logica che si pone alla base dei Big Data, con il suo insaziabile bisogno di accumulare dati, sarà utilissima all'umanità, potendo fornire aiuto nel campo della medicina, nello studio dei cambiamenti climatici, o nel fornire l'accesso ai beni di primaria importanza come l'acqua e il cibo. L'altra faccia della medaglia consiste invece nelle sempre più complesse sfide e frizioni che questo sviluppo genera con il diritto alla *privacy* e più in generale per la tutela della dignità umana. Come afferma Antonello Soro,

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ Cfr. il 7° considerando. Il riferimento è anche al 2° considerando, secondo cui lo scopo è quello di «contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà , sicurezza e giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche».

«l'obbiettivo al quale dovremmo tendere è la garanzia di uno stesso livello di tutela dei diritti online così come offline»⁶⁰.

4. La necessità di un bilanciamento

Il lungo e tortuoso percorso che ha portato al riconoscimento del diritto alla privacy nel nostro ordinamento, e le numerose evoluzioni, legate anche e soprattutto al progresso tecnologico, hanno condotto ad intenderlo come «il diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che [ci] riguardano». 61 È diventato pertanto «un problema centrale in una società che compra e vende informazioni, le fa diventare merce e quindi fa diventare merce la stessa persona alla quale si riferiscono i dati. Quindi si modifica l'idea di privacy parallelamente alla concezione di libertà»⁶². Sicuramente si tratta di un problema che varia a seconda del contesto storico sociale che si prende in considerazione, ma non vi è dubbio che attualmente detto diritto è riconosciuto come «fondamentale di un'identità umana alle prese con una tecnologia sempre più invadente»⁶³. Si tratta dunque di un diritto assoluto, e in quanto tale, riconosciuto ad ogni individuo. Nonostante questo però, è necessario inquadrarlo all'interno del più vasto ambito di tutti i diritti fondamentali che il nostro ordinamento, ed in particolare la Carta Costituzionale, riconosce e garantisce⁶⁴. Ed è proprio in questa prospettiva che tale diritto può trovarsi in contrasto con altri di pari livello. Nasce così la necessità di effettuare un bilanciamento ad opera del legislatore o, in mancanza, del giudice, al fine di

⁶⁰ Antonello Soro, introduzione al convegno *"Big Data e Privacy. La nuova geografia dei poteri"*, svoltosi a Roma in data 30 gennaio 2017 nell' Aula del Palazzo dei Gruppi Parlamentari, in ragione della giornata europea della protezione dei dati personali.

⁶¹ RODOTA' S., *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 147.

⁶² idem

⁶³RODOTA' S., *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 148.

⁶⁴ Art. ² Cost. "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale."

stabilire nel caso concreto, quale diritto, o quali aspetti dello stesso, debbano recedere per assicurare la tutela dell'altro. Uno degli ambiti in cui tale frizione è maggiormente avvertita è proprio quello relativo al processo penale «nel quale trovano esplicazione altri valori costituzionalmente rilevanti, quali il diritto punitivo dello Stato, il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza e l'inviolabilità della persona»⁶⁵.

Scopo dell'elaborato è quello di indagare gli aspetti più problematici dei vari istituti del processo penale che conducono ad un vivo contrasto tra il diritto alla tutela della riservatezza e al rispetto della vita privata e quello dell'accertamento della verità processuale.

⁶⁵ Fratuccello, *La protezione dei dati personali come limite all'accertamento penale nel codice della privacy*, in Negri (a cura di), Protezione dei dati personali e accertamento penale, Roma, 2007, 117 e ss. Citato in T. Alesci, *Il corpo umano fonte di prova*, CEDAM, ottobre 2017, p. 28.

CAPITOLO II: Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni

1. Introduzione e cenni storici

L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni costituisce un mezzo di ricerca della prova e, come tale, è disciplinato all'interno del titolo terzo del libro terzo del Codice di procedura penale. Come sottolinea la sua collocazione, tale mezzo di ricerca della prova ha molto in comune con gli altri disciplinati all'interno del titolo, quali perquisizioni, ispezioni e sequestri. Si tratta infatti di strumenti a sorpresa, ossia esperiti senza un previo avviso alla parte interessata.

Al contempo l'intercettazione si differenzia nettamente dai sopracitati mezzi di ricerca della prova per un aspetto tutt'altro che secondario: si tratta infatti di uno strumento occulto, e dunque non conoscibile da parte del soggetto interessato per tutta la durata del suo esperimento. È proprio questa la caratteristica che permette a detto mezzo di vantare un'efficacia investigativa nettamente maggiore rispetto agli altri. Sebbene estremamente efficace, la dottrina si è riferita all'intercettazione con l'appellativo di «espediente odioso» 66 poiché, proprio a causa della sua eccezionale capacità intrusiva, è in grado di penetrare all'interno della vita non solo del sospettato, ma anche dei suoi familiari, e, più in generale, di tutti coloro che interloquiscono con essi 67. Sono dunque evidenti le tensioni che dominano la materia: da un lato l'articolo 15 Cost. 68 sancisce l'inviolabilità della libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione, le cui limitazioni sono strettamente subordinate ad una doppia riserva di legge e di giurisdizione. Inoltre a differenza di altri diritti

⁶⁶ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p.1.

⁶ Idem.

⁶⁸ Art. 15 Cost. "La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge."

fondamentali, quali la libertà personale e di domicilio, quella di comunicazione non può mai vedere restrizioni per intervento dell'autorità di pubblica sicurezza, neanche in situazioni di necessità e urgenza. Sul fronte antitetico si schierano, invece, l'articolo 112 Cost. ⁶⁹, che impone al pubblico ministero l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale ogni qualvolta ve ne siano i presupposti e l'art. 21 Cost. ⁷⁰ che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero e dunque il diritto di cronaca che ricomprende certamente anche la cronaca giudiziaria. «Sono proprio queste esigenze antitetiche a entrare in conflitto ogniqualvolta si procede a un'intercettazione, provocando un *vulnus* alla riservatezza dei singoli individui tanto più grave quando i fatti captati, e poi resi pubblici, risultano estranei all'oggetto del processo o addirittura coinvolgono terze persone» ⁷¹.

Queste le ragioni che da sempre hanno fatto della materia il bersaglio di accese dispute, a seconda che prevalgano le esigenze di sicurezza e accertamento dei crimini o quelle di garanzie degli individui.

D'altronde «la storia delle intercettazioni è un movimento a pendolo; ciclicamente, una di queste esigenze prevarica l'altra»⁷².

L'utilizzo di tale mezzo investigativo risale agli anni a cavallo tra il XIX e il XX secolo, negli Stati Uniti. Proprio nel periodo del proibizionismo, infatti, queste furono fondamentali per indagare sul traffico illecito di sostanze stupefacenti e alcoliche. E non è un caso che le prime cause in cui si vide l'utilizzo delle intercettazioni furono proprio quelle che portarono la giurisprudenza americana ad un mutamento nell'interpretazione del IV Emendamento della Costituzione, e dunque al riconoscimento del diritto alla

_

⁷² A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p.2.

⁶⁹ Art. 112 Cost. "Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale."

⁷⁰ Art. 21 Cost., commi 1 e 2: "Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure."

o censure."

71 S. Lorusso, L'arte di ascoltare e l'investigazione penale tra esigenze di giustizia e tutela della privatezza, in Diritto penale e processo, fasc. 11/2011, 1398.

privacy⁷³. Per quanto riguarda il percorso italiano, il primo caso documentato di intercettazioni risale al 1903⁷⁴, durante il secondo governo Giolitti, e costituisce un evento del tutto casuale: il Presidente del Consiglio telefona alla moglie, allora residente a Genova, per comunicarle che l'indomani si sarebbe discusso in merito all'approvazione di un decreto avente rilievo finanziario, e così consigliarla sull'investimento in alcuni titoli che sarebbero stati per gli stessi vantaggiosi, proprio in ragione di quel decreto. Esattamente quella che oggi definiremmo un'operazione di insider trading. Il centralinista che fortuitamente ascoltò la telefonata, capendo che la stessa aveva un contenuto alquanto inusuale, ne appuntò gli estremi e vi aggiunse un breve riassunto. Egli si rivolse poi al Capo di Gabinetto del Primo Ministro, con l'effetto di ottenere un rinvio della discussione del decreto. Questa è la vicenda che portò all'istituzione presso la Polizia di Stato di un apposito reparto, il "servizio d'intercettazione", che fu molto utilizzato dai governi Giolitti e Nitti per spiare le più importanti personalità dell'epoca in campo politico, economico, giornalistico e perfino religioso⁷⁵.

Mentre il codice del 1865 ignorava totalmente l'argomento, per ovvie ragioni cronologiche legate allo sviluppo della tecnica, quello del 1913, agli artt. 170 e 238, proponeva una disciplina del tutto essenziale e scarna. Non fu certo l'avvento al potere di Mussolini ad apportare modifiche maggiormente garantiste alla disciplina legislativa delle intercettazioni. Durante il ventennio fascista venne infatti emanato il Codice Rocco (articoli 226 e 339) che, riprendendo l'insufficiente disciplina delineata dal codice precedente, perfettamente si adattava alle esigenze di controllo del Regime. Uno dei casi emblematici fu quello che avvenne nel 1924, a seguito del delitto Matteotti: furono messi sotto controllo i telefoni di tutti i giornali, ed in particolare del

⁷³ Il riferimento è ai casi Olmstead vs. United States, U.S. Supreme Court, 277 U.S. 438, 1928, e Charles Katz vs. U.S., 389 US 347, 1967, analizzati nel capitolo I

⁷⁴ GUSPINI, L' orecchio del regime – Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo, Brescia 1973, pp. 18-19.

⁷⁵ GUSPINI, L' orecchio del regime – Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo, Brescia 1973, pp. 19-21 e 23-24.

Corriere della Sera, per controllare il flusso di notizie e furono intercettate anche le linee telefoniche dei politici d'opposizione, così da conoscere preventivamente le opinioni degli stessi sulla vicenda⁷⁶. La svolta garantista si ebbe con l'emanazione della Carta Costituzionale, nel 1948, all'interno della quale l'art. 15 imponeva grossi limiti all'operato della polizia, riconoscendo una riserva di giurisdizione al giudice. Il legislatore esercitò la riserva di legge riconosciutagli dallo stesso articolo emanando la l. n. 517 del 1955: fu così inserito all'interno dell'art. 226 c.p.p. un quarto comma, il quale imponeva all'autorità giudiziaria un obbligo di motivazione dei decreti di concessione dell'intercettazione, in conformità con quanto richiesto dal secondo comma dell'art. 15 della Costituzione. Quasi vent'anni dopo il legislatore intervenne nuovamente con la l. n. 98 del 1974, che dettò una normativa più specifica circa le modalità, i presupposti e i termini da rispettare per l'espletamento delle operazioni e le relative sanzioni, al fine di contrastare così le intercettazioni abusive. Netta inversione di tendenza si ebbe con la legislazione d'emergenza degli anni successivi, i cosiddetti "anni di piombo", in cui ci fu uno sviluppo esponenziale del terrorismo d'eversione e della criminalità organizzata. Emblema del deficit di garantismo che caratterizzò quest'epoca fu la l. n. 191 del 1978: essa prevedeva istituti quali la proroga ad libitum, l'utilizzazione dell'intercettazione in procedimenti diversi da quelli per cui era stata autorizzata, e l'intercettazione preventiva.

È questo il tortuoso percorso che ha condotto il legislatore all'emanazione del codice di procedura penale del 1988, entrato in vigore l'anno successivo, dove la disciplina delle intercettazioni risente fortemente del profondo mutamento dell'ordinamento penalprocessualistico, dovuto al passaggio da un sistema di tipo inquisitorio ad un sistema di tipo accusatorio, con tutte le garanzie che per l'imputato ne discendono: il principio del contraddittorio, la presunzione d'innocenza e l'onere della prova in capo all'accusa.

⁷⁶ GUSPINI, L' orecchio del regime - Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo, Brescia 1973, pp. 45-50.

Proprio in ragione dei variegati interessi che permeano la materia delle intercettazioni, la stessa è da sempre oggetto di continui interventi del legislatore.

Dopo questa breve digressione storica, utile ai fini della comprensione delle logiche che ne muovono i mutamenti, s'intende dunque indagare gli aspetti fondamentali dell'istituto, soffermandosi principalmente su quelli più problematici e sulle recenti riforme.

2. Definizione e tipologie

Il codice di procedura penale non definisce le intercettazioni, delineandone piuttosto solo gli aspetti operativi. Secondo parte della dottrina la lacuna tradisce «la difficoltà incontrata dal legislatore nell'affrontare il tema»⁷⁷ e ad essa ha sopperito nel tempo l'opera giurisprudenziale e dottrinale. In merito, infatti, si sono pronunciate la Corte Costituzionale⁷⁸ e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷⁹. La dottrina ne ha tuttavia enucleato una definizione esaustiva: «può ritenersi intercettazione processuale quell'operazione di occulta pesa di conoscenza del contenuto di una conversazione tra presenti o di una comunicazione *inter absentes*, anche informatica o telematica, purché a carattere riservato e non realizzata per iscritto, effettuata a scopo investigativo dagli organi inquirenti sotto il controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, ed eseguita mediante strumenti tecnici idonei alla captazione e registrazione in tempo reale del dato comunicativo»⁸⁰. Come si evince dal testo riportato tre sono le caratteristiche fondamentali di un'intercettazione:

⁷⁷ C. Marinelli, Intercettazioni processuali e altri mezzi di ricerca della prova, Giappichelli Editore, Torino 2007, P.6.

⁷⁸ Corte Cost., 11 marzo 1993, n. 81.

⁷⁹ Cass. pen., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 6, D'Amuri e Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio ed altro.

⁸⁰C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e altri mezzi di ricerca della prova*, Giappicchelli Editore, Torino 2007, P.6.

- La segretezza delle comunicazioni. I soggetti, dunque, devono interloquire tra loro con lo scopo di escludere terzi dal contenuto della conversazione e al contempo devono adottare modalità tali da permettere tale esclusione. Per questo motivo non potrebbe ritenersi rilevante la captazione di una conversazione che, sebbene diretta a persona determinata, avvenga con modalità poco discrete o plateali oppure la captazione di onde radiofoniche.
- La clandestinità e terzietà del soggetto captante. Mentre parte della dottrina⁸¹ sostiene la necessità dell'estraneità di tutti i soggetti intercettati, alcuni autori⁸² ritengono che la conoscenza da parte di un soggetto non sia idonea ad escludere detto requisito. In particolare quest'ultimo orientamento sembra da preferire, dal momento che il diritto alla segretezza è un diritto soggettivo e pertanto non può essere escluso in capo al titolare per sola volontà di uno dei soggetti partecipanti alla conversazione.
- L'utilizzo di strumenti per la captazione del suono. Il soggetto terzo che effettua l'intercettazione deve usare strumenti idonei a superare le basilari cautele utilizzate dai soggetti che interloquiscono per salvaguardare la segretezza della conversazione. La maggior parte della dottrina⁸³ ritiene inoltre che non costituisca intercettazione l'operazione di un agente che ascolti ad orecchio nudo la conversazione e dunque esclusivamente utilizzando le proprie capacità percettive sensoriali, potendo invece quest'ultimo essere escusso come testimone. Altra parte della dottrina si è invece soffermata sulla necessità che lo strumento utilizzato per la captazione del suono sia «in grado di fissare l'evento comunicazione, onde consentirne una prova storica diretta»⁸⁴. Bisogna notare inoltre che

⁸¹ G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 7.

⁸² P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 13.

⁸³ A. Giarda, G. Spangher, *Codice Procedura Penale Commentato*, IV ed., Ipsoa, Milano, 2010, p. 2565.

⁸⁴ C. Parodi, Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali, Giappichelli, Torino, 2002, p. 25.

l'articolo 268 co.3° c.p.p. richiede per le operazioni intercettive l'utilizzo degli impianti istallati presso la Procura della Repubblica, senza però specificarne la tipologia e così consentendo lo sfruttamento anche delle tecnologie più recenti.

Le intercettazioni possono avere ad oggetto:

- a) "conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione" ⁸⁵. Trattasi di una formula aperta che ha da un lato «lo scopo di ricomprendere, seguendo l'incalzare del progresso tecnologico, nuovi mezzi di comunicazione, sempre più sofisticati ed aggiornati; dall'altro di estendere le garanzie che vanno riconosciute alle persone sottoposte all'indagine o comunque toccate dallo strumento di captazione» ⁸⁶.
- b) Comunicazioni o conversazioni tra presenti. Anche conosciute come intercettazioni ambientali, queste consistono nella captazione della conversazione tra persone contestualmente presenti, e quindi prescinde da particolari mezzi di diffusione del segnale.
- c) "flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi" R7. Questa ipotesi è stata introdotta con l'articolo 11 della legge n. 547 del 1993 con l'intenzione di estendere la possibilità di effettuare tali intercettazioni, oltre che per i reati indicati all'articolo 266 c.p.p., anche per quelli "commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche".

3. Introduzione alla riforma Orlando

L'11 gennaio 2018 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante le disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1,

⁸⁵ Art. 266 del codice di procedura penale.

⁸⁶ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 10.

⁸⁷ Art. 226*bis* c.p.p.

commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Ai sensi dell'art. 9, in materia di disposizioni transitorie, le modifiche introdotte dagli artt. 2, 3, 4, 5 e 7, ossia tutte le novità introdotte in tema di riservatezza e la disciplina del captatore informatico, saranno applicate ad intercettazioni autorizzate con provvedimenti emessi a partire centottantesimo giorno successivo all'entrata in vigore del provvedimento. Per le novità inerenti alla facoltà di pubblicazione del testo nelle ordinanze cautelari sarà invece necessario aspettare dodici mesi dalla data di entrata in vigore. Infine, per il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente e le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione decorrerà l'ordinario periodo di *vacatio legis*.

Come emerge dall'elaborato, quella delle intercettazioni è una materia estremamente complessa, nella quale, più che in altre, è fortemente avvertita la necessità dell'intervento del legislatore.

Dette modifiche sono rivendicate non solo dagli operatori del diritto, ma anche dall'opinione pubblica, essendo quello delle intercettazioni un tema che coinvolge anche i diritti fondamentali. D'altronde sono effettivamente sconcertanti i dati forniti dal Ministero della Giustizia, direzione generale di statistica e analisi organizzativa: ogni anno vengono emessi circa 55.000 decreti autorizzativi. Ogni decreto, inoltre, può disporre l'intercettazione in capo a più soggetti⁸⁸. Tenendo poi conto di tutti coloro con cui il soggetto intercettato entra in contatto si arriva davvero a cifre incredibili: nell'arco di dieci anni si è stimato che siano stati intercettati circa trenta milioni di italiani, uno su due⁸⁹.

Nonostante ciò la nuova riforma non si muove lungo la linea della riduzione a monte del numero delle intercettazioni effettuate, quanto invece cerca di

⁸⁸ A. Camon, Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando, in Archivio Penale, fasc. 2/2017, p. 1.

89 Nessun segreto (ricerca condotta nel 2005), in www.eurispes.eu.

intervenire *ex post* sulla diffusione delle stesse. Dall'introduzione del codice Vassalli, infatti, il numero dei reati per cui è ammesso il ricorso all'intercettazione è sempre stato ampliato e non può essere certo la giurisprudenza a porre un freno a tale pratica. Il Consiglio Superiore della Magistratura, d'altronde, ritiene "semplicistica" l'idea che le offese alla *privacy* derivino dall'alto numero di intercettazioni disposte, affermando che «non è infatti la raccolta del dato – si dice – a rappresentare un *vulnus* al diritto alla riservatezza dei dati personali, ma l'eventuale profilo patologico della violazione delle corrette regole di gestione, nella sua duplice direzione della divulgazione non autorizzata, o comunque non giustificata da esigenze investigative o processuali, e della distruzione, perdita o modifica del dato»⁹⁰. Lo scopo della riforma Orlando è proprio quello di modificare la disciplina al fine di tutelare la riservatezza dei soggetti occasionalmente coinvolti nel procedimento e di evitare la diffusione delle conversazioni irrilevanti, senza però ridurre l'efficacia del mezzo di ricerca della prova, estremamente

La legge delega prende le mosse dalle linee-guida adottate dalle varie procure della Repubblica e poi cristallizzate nella delibera sulla Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni adottata dal Consiglio Superiore della Magistratura il 29 luglio 2016. La riforma è stata fortemente criticata in dottrina, prima ancora che per le soluzioni date ai singoli problemi, per avere, si è detto, recepito acriticamente la prassi giurisprudenziale. Un autore ha sostenuto che «in realtà, è da un po' di tempo che, nel nostro Paese, si verifica questo singolare corto circuito, per cui la Costituzione stabilisce che il giudice è "soggetto soltanto alla legge", ma spesso la legge viene suggerita proprio dal giudice, il quale poi, applicandola, talvolta addirittura la stravolge» ⁹¹. Il riferimento era rivolto in particolare al «micidiale" virus *trojan*

funzionale alle esigenze di giustizia.

-

⁹⁰ C.S.M., Delibera n. 285/VV/2016. Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni

⁹¹ L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2018, p. 294.

horse, "sdoganato" dalle Sezioni unite "Scurato" del 2016, in violazione della "riserva di legge", e poi legittimato dalla riforma come ordinario strumento di intercettazione»⁹².

Altra parte della dottrina ha invece particolarmente apprezzato gli spunti tratti dalla prassi applicativa, ritenendo che quella che in apparenza potrebbe sembrare una "delega in bianco" per l'ampiezza e la genericità di alcuni concetti, sia in realtà «pregna di contenuti, ove si integrino i criteri direttivi dettagliate previsioni delle predette fonti»⁹³ di giurisprudenziale. Trattandosi di codificazioni di prassi già applicate de iure condito, si tratterebbe di «una sperimentazione già effettuata in concreto anziché lavorare nel mondo delle idee escogitando regole che potrebbero scontrarsi con la realtà applicativa»⁹⁴.

Il d.lgs. che ha attuato la delega in materia di intercettazioni è intervenuto introducendo cinque modifiche principali che saranno oggetto di analisi all'interno dei successivi paragrafi dell'elaborato. Le modifiche introdotte riguardano: un divieto di trascrizione, anche sommaria, delle conversazioni irrilevanti ai fini del procedimento e di quelle tra difensore e assistito; l'abolizione dell'udienza di stralcio e l'introduzione di una procedura di delle registrazioni; la modifica della disciplina di deposito dei verbali acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari; l'istituzione di un apposito archivio riservato presso l'ufficio del pubblico ministero; la disciplina del captatore informatico.

Peraltro la riforma Orlando non si è limitata ad apportare modifiche esclusivamente al codice di rito, intervenendo invece anche in materia penale con l'introduzione del nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente. Il nuovo art. 617-septies è stato introdotto nel codice penale all'interno del capo III, dedicato ai delitti contro la libertà individuale, nella

⁹² Ibidem

⁹³ C. Conti, La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 3/2017, p. 80. 94 ibidem

sezione dei delitti contro l'inviolabilità dei segreti. Il delitto punisce a querela di parte, "chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione". La pena prevista è la reclusione fino a quattro anni. È prevista inoltre una causa di non punibilità nel caso in cui "la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriv[i] in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca".

La riforma ha invece mancato d'intervenire su argomenti su cui da tempo dottrina e giurisprudenza auspicavano una presa di posizione del legislatore. «Un'altra occasione mancata» per l'introduzione di una disciplina delle riprese video di comportamenti non comunicativi nei luoghi di domicilio, di intercettazioni relative a comunicazioni intrattenute attraverso nuove tecnologie, come VoIP, Skype, WhatsApp, dell'utilizzo del GPS e dell'impiego dei droni per le riprese audiovisive.

4. I presupposti

Nel rispetto della riserva assoluta di giurisdizione imposta dall'articolo 15 della Costituzione, le intercettazioni possono essere disposte solo con atto motivato dell'autorità giudiziaria su richiesta del pubblico ministero. Quest'ultimo rappresenta dunque il *dominus* del procedimento poiché, in assenza di una sua iniziativa, l'intercettazione non può essere disposta. La difesa non è infatti autonomamente legittimata a presentare la richiesta all'organo giudiziario. Nondimeno l'autorizzazione dell'attività di captazione è riservata al giudice poiché, dato l'altissimo grado di insidiosità del mezzo,

⁹⁵ L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2018, p. 295.

solo il presidio giurisdizionale può assicurare che l'operazione si svolga con il rispetto delle adeguate garanzie. È proprio questo il motivo per il quale egli deve corredare ogni decreto di autorizzazione, convalida e proroga con articolata motivazione. La Corte Costituzionale ha da subito affermato che «la richiesta di provvedimenti autorizzativi della intercettazione va valutata con cautela scrupolosa»; «del corretto uso del potere attribuitogli il giudice deve dare concreta dimostrazione con una adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo»⁹⁶. La motivazione, richiesta a pena di inutilizzabilità *ex* art. 271 co. 1 c.p.p.⁹⁷, deve incentrarsi soprattutto sulla presenza dei "gravi indizi" di uno dei reati che ne legittimano il ricorso, sanciti dagli articoli 226 e 226-bis c.p.p. e dall'«assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini»⁹⁸.

Una delle pratiche che ha causato più problematiche con riguardo alla motivazione del decreto autorizzativo è quella consistente nel mero rinvio alla richiesta del pubblico ministero per la dimostrazione dei gravi indizi di reato e della assoluta necessità investigativa. La giurisprudenza di legittimità era divisa in merito all'ammissibilità della motivazione per relationem: alcune sentenze ammettevano la possibilità di riferirsi agli atti della polizia giudiziaria e alla richiesta del pubblico ministero, richiedendo semplicemente che «l'atto richiamato fosse conosciuto o conoscibile dall'interessato» 99. Altro orientamento della Corte sosteneva invece l'indispensabilità di motivare ogni legge¹⁰⁰. richiesto dalla Ouesto singolo presupposto panorama giurisprudenziale ambivalente ha comportato la necessità di un intervento del Supremo Collegio a Sezioni Unite, il quale ha sancito i limiti di ammissibilità dell'istituto: è necessario che il provvedimento «faccia riferimento, recettizio o quale semplice rinvio, ad un legittimo atto del procedimento, la cui

⁹⁶ Sent. Corte Cost., 6 aprile 1973, n.34.

⁹⁷ Il vizio dell'inutilizzabilità non è neanche sanabile in sede successiva poiché, come sottolineato dalle Sezioni Unite, l'ordinamento prevede solo la sanatoria degli atti nulli ex artt. 183 e 184 c.p.p e non anche di quelli inutilizzabili.

⁹⁸ Cass. pen., Sez. VI, 15 gennaio 2004, Matarelli.

⁹⁹ Cass. pen., Sez. V, 9 marzo 2000, n. 776, Coppola.

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. III, 26 giugno 1997, Bormolini e altri.

motivazione sia congrua, adeguata rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione», «fornisca la dimostrazione che il decidente ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia ritenute coerenti con la propria decisione» e che «l'atto di riferimento, sia comunque conosciuto o ostensibile dall'interessato, allegato trascritto nel provvedimento non 0 autorizzativo» 101. Come emerge dal principio di diritto, per evitare la cassazione dell'atto, è necessario che dalla motivazione si debba poter risalire percorso valutativo che ha condotto il giudice ammettere l'intercettazione.

In accordo con la riserva assoluta di legge che l'articolo 15 della Costituzione pone in materia, il legislatore ha previsto dettagliati presupposti la cui presenza cumulativa è necessaria per legittimare il ricorso all'intercettazione. I due requisiti probatori devono essere riferiti ad uno dei reati previsti dagli artt. 266 e 666-bis c.p.p. 102,103 e consistono nella "presenza di "gravi indizi di reato" e nella "assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini."

Per quanto riguarda il primo dei due presupposti, nonostante la *littera legis* dell'articolo 267 c.p.p utilizzi il plurale "indizi", è ritenuto sufficiente anche

¹⁰¹ Cass. pen., Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera.

Art. 266 c.p.p co. 1 "L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:

a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4;

b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4;

c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;

d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;

e) delitti di contrabbando;

f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono;

f-bis) delitti previsti dall'articolo 600ter, terzo comma, del codice penale;

f-ter) delitti previsti dagli articoli 444, 473, 474, 515, 516 e 517quater del codice penale;

f-quater) delitto previsto dall'articolo 612 bis del codice penale."

Articolo 226-bis c.p.p. "Nei procedimenti relativi ai reat i indicati nell'articolo 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi."

un solo indizio, con l'ovvia condizione che esso sia convincente e dunque tale da far ritenere probabile la commissione del reato¹⁰⁴. Il requisito si riferisce alla «specificità e determinatezza della vicenda criminale in relazione alla quale è richiesta l'autorizzazione a intercettare»¹⁰⁵. La motivazione del decreto autorizzativo che deve argomentare sul punto ha una funzione garantista perché finalizzata ad evitare le autorizzazioni in bianco¹⁰⁶. Come ha sottolineato la Corte costituzionale¹⁰⁷, facendo la norma espresso riferimento agli indizi di reato, non è assolutamente necessario alcun indizio circa la colpevolezza, e dunque la riferibilità del reato al soggetto nei cui confronti è richiesta la disposizione delle intercettazioni, a differenza invece di quanto necessario per l'ordinanza di applicazione di misure cautelari.

Il secondo requisito invece, richiedendo l'assoluta necessità del mezzo di ricerca della prova per la prosecuzione delle indagini, nega la possibilità di disporre l'intercettazione quale primo atto d'indagine e dunque che essa possa fungere da strumento per l'acquisizione della notizia di reato¹⁰⁸. Le intercettazioni costituiscono dunque una *extrema ratio*, non potendo essere disposte nel caso in cui lo stesso risultato sia raggiungibile attraverso un altro tipo di prova. È necessario inoltre che le stesse siano strettamente indispensabili ai fini di quella determinata indagine, la quale non potrebbe proseguire altrimenti¹⁰⁹ e che siano in grado di apportare un reale ed effettivo contributo¹¹⁰.

¹⁰⁴ P. Balducci, Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano, 2002 p. 109

¹⁰⁵ Cass. pen., Sez. Un., 17 novembre 2004, n. 45189, Esposito.

¹⁰⁶ Cass. pen., Sez. II, 18 marzo 2005, n. 10881, Gatto ed altri.

¹⁰⁷ Cass. pen., Sez. Fer., 9 settembre 2010, n. 34244, Lombardi e Carboni.

¹⁰⁸ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 115.

A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 77; P. Balducci, Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano, 2002, p. 114.

110 P. Balducci, Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano,

¹¹⁰ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 113.

5. Le intercettazioni ambientali presso il domicilio

Le intercettazioni ambientali consistono nella captazione di un dialogo tra due o più persone contestualmente presenti nello stesso luogo che avviene dunque senza la necessità di utilizzare strumenti di trasmissione del suono, bensì a viva voce. Con l'esperimento di tale mezzo «l'individuo viene sorpreso proprio nel momento in cui è massima la sua fiducia nell'intimità e nella libertà del comunicare»¹¹¹ ed è per questo che parte della dottrina¹¹² ha ritenuto che «più che sottoporre a limiti il diritto alla privacy, lo sopprimono radicalmente: il titolare ne viene espropriato per l'intera durata del colloquio»¹¹³.

Poiché tale istituto era sconosciuto al codice previgente, c'era chi sostenne che, fatta eccezione per quelle che si svolgevano nei luoghi di domicilio e delle conversazioni coperte dal segreto (ad esempio il colloquio tra imputato e difensore), le intercettazioni ambientali dovessero considerarsi ammesse, in quanto non espressamente vietate dalla legge. Ma, fermo restando che si tratta di una materia in cui l'analogia in malam partem è innegabilmente vietata, l'estensione delle norme che il codice prevedeva per le intercettazioni incontrava anche l'ostacolo delle varie differenze che sussistono tra i due istituti. Si assistette all'epoca al fiorire di una giurisprudenza alquanto variegata e discutibile, prima tra tutte la sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Firenze del 3 maggio 1976 che sostenne non solo che il ricorso alle intercettazioni ambientali era ammissibile, ma che esse erano addirittura previste dal vecchio codice: l'espressione «trasmissione di suoni... effettuata con collegamento su filo o ad onde guidate [di cui all'art. 623-bis c.p., richiamato dall'art. 226-bis c.p.p. abrogato] non intende riferirsi soltanto al fenomeno fisico delle onde elettromagnetiche ma anche a quello delle onde

¹¹¹ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 176.

F. M. Iacovello, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in Cassazione Penale, 1992, p. 1565.

¹¹³ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 176.

acustiche o sonore che, uscite dalla bocca di un interlocutore, raggiungano l'orecchio dell'altro»¹¹⁴. Era innegabile allora la necessità di un intervento del legislatore al fine di prevedere una disciplina specifica.

L'attuale normativa prevede per la disposizione delle intercettazioni ambientali che si svolgano al di fuori dei luoghi di domicilio l'estensione della disciplina prevista dall'art. 266 co.1, e 267: è dunque necessario che si tratti di uno dei reati individuati dalla norma, che sussistano gravi indizi di reato e che vi sia l'assoluta necessità del mezzo investigativo. Se si tratta invece di conversazioni che avvengono all'interno di un domicilio il secondo comma dell'art. 266 richiede un ulteriore requisito: è necessario che vi sia "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" in quanto a venire in rilievo in questo caso, oltre all'articolo 15 della Costituzione, è anche l'articolo 14 che tutela l'inviolabilità del domicilio. Fanno eccezione a questa regola le intercettazioni che devono essere disposte in procedimenti concernenti delitti di criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. n. 152/1991 e le intercettazioni per la ricerca del latitante per i delitti previsti dagli artt. 51 co. 3-bis e 407 co. 2, lett. "a", n. 4, c.p.p.

5.1 La nozione di domicilio

A condizionare fortemente l'applicazione dell'istituto delle intercettazioni ambientali contribuisce l'ampiezza dell'interpretazione del concetto di domicilio che s'intende adottare. Anzitutto ad esso fa riferimento l'art. 14 Cost., stabilendo che "il domicilio è inviolabile". Il secondo comma prosegue introducendo in materia una riserva di legge e di giurisdizione: "Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà

¹¹⁴ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 180.

¹¹⁵ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 17.

personale". L'espresso riferimento ai mezzi di ricerca della prova enunciati nell'articolo aveva portato in passato la Corte Costituzionale¹¹⁶ a ritenere che le intercettazioni non potessero essere in nessun caso autorizzate alla legge nei luoghi di domicilio, data l'assenza del riferimento a quest'ultime all'interno del novero dei mezzi di ricerca che, su espressa previsione del legislatore, avrebbero potuto comportare limitazioni al diritto fondamentale tutelato dall'art. 14 Cost. La stessa Corte però, intervenendo nuovamente in materia, ha stabilito che l'elenco dell'articolo non può ritenersi tassativo dal momento che enuclea gli unici mezzi di ricerca della prova che, al momento in cui la Costituzione era stata redatta, erano in grado di generare frizioni con la tutela del domicilio.

Fermo restando dunque l'alto livello di tutela che la Carta Costituzionale riconosce e garantisce al domicilio, manca però all'interno della legislazione penale una espressa definizione dello stesso, non essendo contenuta neanche all'interno dell' art. 614 c.p., cui l'art. 266 c.p.p. espressamente rinvia. Francesco Carrara interpretava «il domicilio come una proiezione spaziale della persona, desumendone che la libertà domiciliare si esplica nel diritto inerente alla umana personalità che irraggia nell'ambiente destinato al di lei ricovero»¹¹⁷. Né allo scopo di enucleare un concetto preciso è sufficiente il riferimento all'art. 43 c.c. che così statuisce: "il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi". Sicuramente indicativo del rapporto di stabilità e non di mera occasionalità che deve sussistere tra la persona ed il luogo, come affermato dalla Corte di Cassazione, il concetto di domicilio in materia penale ha un'accezione più ampia consistendo in «tutti quei luoghi, siano o meno di dimora, [...] nei quali è temporaneamente garantita un'area di intimità e di riservatezza (ius excludendi alios) e che assolvono la funzione di salvaguardare la vita

¹¹⁶ Corte Cost., 26 giugno 1969, n. 104.

¹¹⁷ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. II, IV ed., Tipografia di Canovetti, Lucca, 1879.

privata»¹¹⁸. La giurisprudenza ha preso come punto di partenza per la ricerca di una nozione più concreta e definita di domicilio l'art. 614 c.p. che, nel tutelare il domicilio da intrusioni indebite, si riferisce espressamente ad "abitazione altrui", "altro luogo di privata dimora" e alle "rispettive appartenenze". In particolare l'abitazione è il luogo in cui il soggetto svolge la sua vita privata familiare senza necessità di un vincolo di continuità, quindi anche in via temporanea, e può consistere sia in un luogo mobile che immobile¹¹⁹. La privata dimora invece è un concetto molto più ampio di abitazione non rimanendo ancorato esclusivamente alla vita domestica, ma ricomprendendo «invero il luogo in cui una persona, che non vi risiede in modo stabile, attualmente abita e permane»¹²⁰. Le appartenenze infine sono i luoghi accessori alla privata dimora come ad esempio un garage, una cantina od un fienile.

Il concetto di "privata dimora" è stato nel tempo affrontato dalla giurisprudenza che ne ha più volte allargato le maglie: l'ufficio privato costituisce «luogo di privata dimora poiché chi ne dispone svolge in esso la sua attività lavorativa, che implica un aspetto dello svolgimento della vita individuale in cui è compreso l'intrattenimento diretto o mediante mezzi di comunicazione con le persone che il titolare ammette ad entrare nella sua sfera privata» ¹²¹. Vi rientra inoltre il negozio nelle ore di chiusura dal momento che il proprietario può ivi svolgere qualsiasi attività collaterale a quella lavorativa ¹²², il deposito, sempre nei momenti di chiusura ¹²³, lo studio notarile ¹²⁴ o di un libero professionista ¹²⁵. Non può invece essere considerato privata dimora il negozio durante le ore di svolgimento dell'attività lavorativa,

1

¹¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 15 giugno 2000, n. 7063, Viskovic; Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco.

¹¹⁹ F. Antolisei, "Manuale di diritto penale", Parte speciale, vol. I, XV ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 232.

¹²⁰ Cass. pen. Sez. Unite, 23/03/2017, n. 31345

¹²¹ Cass. pen., Sez. VI, 29 settembre 2003, n. 49533, Giliberti.

¹²² Cass. pen., Sez V, 7 dicembre 1983, n. 10531, Logiudice.

¹²³ Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 1991, n. 4962, D'Ancona.

¹²⁴ Cass. pen., Sez. I, 5 luglio 1972, Cerbone.

¹²⁵ Cass. pen., Sez. V, 27 novembre 1996, Lo Cicero.

dal momento che si tratta di un luogo accessibile ad un numero indeterminato di soggetti¹²⁶.

Più complesso è invece l'iter giurisprudenziale che ha riguardato la classificazione dell'abitacolo di un'autovettura: la Suprema Corte ha affermato dapprima l'impossibilità di qualificarlo come luogo di privata dimora poiché privo dei requisititi minimi necessari per potervi risiedere in modo stabile, specificando al contempo che non può trattarsi di "appartenenza di privata dimora", dal momento che è carente dei requisiti di accessorietà o di servizio¹²⁷, considerandola in questo senso solo un mezzo di trasporto¹²⁸. In senso opposto si è invece espressa la stessa Corte con particolare riferimento agli homeless¹²⁹ e ai nomadi che vi conducono la propria esistenza¹³⁰. Più in generale, anche in altre pronunce la Cassazione si è schierata in senso positivo alla qualificazione di tale luogo come privata dimora, sottolineando la possibilità di ogni individuo di scegliere a tal fine il luogo più confacente alle proprie esigenze¹³¹. Infine la stessa ha ritenuto non necessario il requisito dell'abitabilità di un luogo per poter essere qualificato come privata dimora¹³². Problematica è stata anche la qualificazione del bagno pubblico: un primo orientamento giurisprudenziale si è espresso in senso negativo circa la sua inclusione nel novero dei luoghi che possono costituire privata dimora, dal momento che non è possibile ravvisare nel caso di specie un rapporto di stabilità tra il luogo e il soggetto. La Corte di Cassazione ha affermato infatti che «Il luogo in questione, caratterizzato da una frequenza assolutamente temporanea degli avventori e condizionata unicamente alla soddisfazione di un bisogno personale, non può essere assimilato ai luoghi di privata dimora di cui all'articolo 614 del c.p. che presuppongono una relazione con un minimo grado di stabilità con le persone che li frequentano e un soggiorno che, per

-

¹²⁶ Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 1994, Pulito.

¹²⁷ Cass. pen., Sez. V, 5 novembre 2004, n. 43426, Bevilacqua.

¹²⁸ Cass. pen., Sez. I, 12 gennaio 2003, Cavataio.

¹²⁹ Cass. pen., Sez. IV, 22 gennaio 2003, Raffaele.

¹³⁰ Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 2001, De Palma.

¹³¹ Cass. pen., Sez. I, 5 giugno 2003, Monachella.

¹³² Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 1999, Mirabella.

quanto breve, abbia comunque una certa durata, tale da far ritenere apprezzabile l'esplicazione di vita privata che vi si svolge»¹³³. Altro orientamento si è invece soffermato sull'aspettativa di privacy che i soggetti possono ritenere gli sia garantita, statuendo che con riferimento al bagno pubblico «chi vi si reca non solo non rinuncia alla propria intimità e alla propria riservatezza, ma presuppone che gli vengano garantite, e sia pur temporaneamente, gli sia consentito opporsi all'ingresso di altre persone» 134. Sebbene parte della dottrina ha ritenuto la nozione di domicilio dell'art. 14 Cost. più ampia di quella prevista dall' art. 614 c.p., la Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che questa non può essere ampliata al punto tale da ricomprendere «tutti i luoghi, siano o meno di dimora, in cui può aver luogo il conflitto di interessi che essa regola» 135. È necessario infatti che sussista un rapporto tra la persona e il luogo, tale per cui questo sia meritevole di tutela anche quando la persona non è presente. Le Sezioni Unite hanno dapprima analizzato il bagno pubblico, escludendone la qualificazione come domicilio, e successivamente esaminato i camerini di un locale, i c.d. privés, giungendo alla medesima conclusione per l'insussistenza del requisito della "stabilità" ¹³⁶. La Cassazione si è espressa anche circa le stanze di un ospedale pubblico affermando che queste non «possono ritenersi in possesso esclusivo delle singole persone ricoverate»¹³⁷ dal momento che sono sottoposte al controllo del personale ospedaliero e dunque non compete al paziente ricoverato uno ius excludendi alios.

Escludendo che si potessero qualificare come privata dimora i locali della procura della Repubblica, è stata ritenuta ammissibile l'intercettazione ivi effettuata di soggetti previamente sottoposti ad interrogatorio e che durante lo stesso si erano avvalsi del diritto al silenzio¹³⁸. Quest'ultimo orientamento in

¹³³ Cass. pen., Sez. VI, 23 gennaio 2003, n. 3443, Mostra.

¹³⁴ Cass. pen., Sez. IV, 15 giugno 2000, n. 7063, Viskovic.

¹³⁵ Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco.

¹³⁶ ibidem

¹³⁷ Cass. pen., Sez.VI, 13 maggio 2009, n. 22836.

¹³⁸ Cass. pen., Sez. I, 10 novembre 1997, Foti.

particolare è stato particolarmente criticato dalla dottrina¹³⁹ che l'ha ritenuto un espediente per aggirare la scelta dell'imputato di esercitare il diritto al silenzio.

5.2 Lo svolgimento in corso dell'attività criminosa

Il secondo comma dell'art. 266 c.p.p. individua nello "svolgimento in corso dell'attività criminosa" l'ulteriore requisito necessario che deve essere rispettato al fine di poter legittimamente disporre le intercettazioni ambientali in luoghi di domicilio. L'attuale clausola di garanzia è succeduta a quella dell'art. 332 c.p.p. del 1930 che prevedeva una formula più ampia e che rendeva più difficoltosa l'oggettivazione dei parametri di valutazione: era infatti all'epoca sufficiente il "fondato motivo di sospettare" La disciplina dunque prevede due ordini di limiti funzionali a limitare l'utilizzabilità di un mezzo di prova così invasivo in un ambito così delicato, quale quello tutelato dall'art. 14 Cost.: il primo è un limite temporale, poiché è richiesto che il reato sia in corso di svolgimento, il secondo è un limite spaziale, poiché è necessario che si tratti del luogo in cui il delitto viene commesso 141. Evidente è la volontà del legislatore di limitare l'ammissibilità del mezzo ai casi di flagranza del reato.

Parte della dottrina ha criticato l'imposizione del rispetto del limite temporale in quanto questo non tiene conto nelle naturali tempistiche di procedura per l'emissione del decreto di autorizzazione e per la predisposizione delle apparecchiature¹⁴² ed una sua interpretazione rigorosa potrebbe comportare che l'effettività del mezzo rimanga confinata ai soli reati permanenti o a

idibem.

¹³⁹ C. Di Martino, T. Procaccianti, *Le intercettazioni telefoniche*, Cedam, Padova, 2001.

¹⁴⁰ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 96.

A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale", Giuffrè, Milano, 1996, p. 183.

consumazione prolungata¹⁴³, con esclusione dei reati istantanei¹⁴⁴. Come reazione a questo orientamento troppo restrittivo, si è paventata in dottrina la possibilità di utilizzazione di intercettazioni relative a colloqui di preparazione e progettazione del reato¹⁴⁵. Evidente, però, è il fatto che, in relazione a questi ultimi, non può certo parlarsi di "attività criminosa", non superando gli stessi ancora neanche la soglia di intensità che il nostro ordinamento richiede per la configurabilità del tentativo¹⁴⁶.

Anche il limite territoriale non è andato esente da critiche. Alcuni autori hanno infatti sostenuto che lo stesso non sia idoneo a tutelare il diritto alla riservatezza delle comunicazioni poiché «il dialogo riservato è tale [...] a prescindere dal luogo in cui avviene, e dovunque si svolga merita la medesima tutela»¹⁴⁷. Altra parte della dottrina invece giustifica ampiamente detta limitazione poiché «il domicilio, come la storia dimostra ampiamente, ha un senso come nozione giuridica autonoma proprio perché difende un interesse i cui confini esorbitano dalla protezione accordata dal diritto di proprietà; ciò che ha determinato l'allargamento dell'antico privilegio della casa è, appunto, l'interesse ad una sfera di inviolabile intimità nelle relazioni sociali: quello stesso diritto che l'intercettazione comprime»¹⁴⁸.

Attenta dottrina¹⁴⁹ ha inoltre rilevato come le preoccupazioni sull'eccessiva severità del requisito imposto dalla formula "fondato motivo di ritenere" finiscono in realtà per tradursi in argomentazioni soprattutto teoriche poiché la dizione del secondo comma dell'art. 266 c.p.p. è riferita all'atto autorizzativo

-

¹⁴³ P. L. Vigna, *Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata*, in Giust. Pen., III, 1991, p. 471; A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 185

¹⁴⁴ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 98.

¹⁴⁵ G. Fumu, Commento all'art. 266, in Commento al nuovo codice di procedura penale, (a cura di) M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 778, in A. Camon, Le intercettazioni delle comunicazioni, Giuffrè, 1996, Milano, p. 185.

¹⁴⁶ G. Conti, A. Macchia, *Il nuovo processo. Lineamenti della riforma*, Buffetti, Roma, 1990, p. 155; A. Camon, *Le intercettazioni delle comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 185.

A. Camon, Le intercettazioni delle comunicazioni, Giuffrè, Milano, 1996, p. 185.

147 F. Caprioli, Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1991, p.172.

¹⁴⁸ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 182.

¹⁴⁹ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 184.

e non all'esito dell'operazione. È sufficiente dunque che gli elementi indiziari, utilizzati nella motivazione del decreto autorizzativo, siano plausibili per legittimare l'utilizzazione dei risultati dell'attività d'intercettazione, «anche se risultasse *ex post* che la flagranza mancava, o che il reato era si in corso di compimento ma in un luogo diverso da quello sotto controllo, oppure (per chi richiede il tentativo) che non si assurgeva ancora a quel livello di idoneità ed univoca direzione degli atti richiesto dall'art. 56 c.p.»¹⁵⁰. Anche la giurisprudenza ha affermato che si deve procedere sulla base di un giudizio *ex ante*, dunque è sufficiente che si abbia una consistente probabilità dello svolgimento dell'attività criminosa e, anche se in un momento successivo questa non dovesse risultare effettivamente sussistente, questo non pregiudicherebbe la legittimità dei risultati così ottenuti. Infine è sicuramente riconducibile all'attività criminosa quella svolta per ottenere il profitto del reato¹⁵¹.

5.3 Modalità esecutive: il silenzio del codice e l'accesso ai luoghi di domicilio per la collocazione di microspie

L'art. 266 dedicato alle intercettazioni ambientali, nulla statuisce in merito alle modalità esecutive. Una simile lacuna nelle modalità esecutive dei colloqui telefonici non sembra suscitare particolari problemi dal momento che l'intercettazione avviene comunicando all'ente gestore del servizio telefonico il numero che si intende sottoporre al controllo al fine di installare le necessarie derivazioni, così dirottando il segnale verso le Procure e registrando la conversazione con appositi apparecchi. Non così invece per le intercettazioni ambientali, che possono essere svolte attraverso molteplici modalità (ad es. radiospie, microspie, potenti microfoni) e possono generare frizioni con la tutela del domicilio, costituzionalmente sancita dall'art. 14

-

¹⁵⁰ ibidem

¹⁵¹ Cass. pen.. Sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 3093, Perre; Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 1997, n. 4533, Avantaggiato.

Cost. Sono queste le ragioni che hanno spinto parte della dottrina ha ritenere che la riserva di legge imposta in materia dalla Carta Costituzionale non sembra essere stata rispettata: «è lasciato all'autorità giudiziaria il *clou* delle operazioni. Inoltre la scelta del mezzo più idoneo non spetta al giudice delle indagini preliminari, che darebbe maggiori garanzie per quanto concerne il contemperamento delle esigenze di efficienza investigativa con quelle di tutela del domicilio e della persona: la formula «autorità giudiziaria» viene qui intesa, poco ragionevolmente, come pubblico ministero»¹⁵².

Dall'analisi della prassi applicativa concernente i rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria il rischio del mancato rispetto delle garanzie costituzionali non viene di certo dissipato. Infatti, se da una parte è vero che il pubblico ministero deve indicare le modalità esecutive nel decreto, è altrettanto vero che essendovi una varietà di strumenti utilizzabili, dovrà essere impiegato quello di volta in volta più confacente all'esigenze del caso, a seconda dell'intensità delle emissioni sonore, della struttura dei luoghi etc., ed è evidente che si tratta di una valutazione che può essere svolta con più prontezza dalla polizia giudiziaria, non potendo all'evidenza tali aspetti essere stabiliti interamente *ex ante* dal magistrato¹⁵³. «Si deve ritenere, quindi, che l'onere del pubblico ministero di indicare le «modalità» delle operazioni sia [...] soddisfatto col disporre l'intercettazione mediante l'impiego di idonee apparecchiature tecniche all'uopo predisposte»¹⁵⁴.

La modalità più utilizzata per l'esecuzione delle intercettazioni *inter* praesentes è sicuramente l'introduzione nel domicilio altrui all'insaputa del soggetto o traendolo in inganno per la collocazione delle microspie. L'evidente compressione della tutela del domicilio ha portato parte della dottrina a sostenere l'illegittimità di tali espedienti. Fu sostenuto infatti che detta prassi introducesse nell'ordinamento una inammissibile disparità di trattamento, sanzionabile *ex* art. 3 Cost., in rapporto all'art. 18 ord. pen. che

¹⁵² A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 190.

¹⁵³ ihidem

¹⁵⁴ Trib. Milano, 13 giugno 1991, Panaia ed altri.

vieta il controllo delle comunicazioni dei soggetti sottoposti a detenzione in un istituto carcerario. Ma è stato al contempo rilevata l'infondatezza di tale tesi: intanto l'arti 18 ord. pen. sembra vietare esclusivamente le intercettazioni non ritualmente disposte, e poi il carcere non può essere considerato il "domicilio dei detenuti" dal momento che si tratta di un luogo demaniale che non garantisce uno ius excludenti alios 155 (cfr. cap. II § 4.1).

Diverso invece l'approccio giurisprudenziale al problema: la Cassazione ha statuito che la collocazione di microspie all'interno di una privata dimora costituisce una modalità esecutiva dell'intercettazione tra presenti e pertanto non necessita di specifica autorizzazione, ma è implicitamente ammessa dal decreto che dispone l'intercettazione 156. «Lo stesso organo di legittimità riconosce pacificamente che l'operatività dell'intercettazione inter praesentes è realizzabile proprio grazie all'introduzione, necessariamente clandestina, in luoghi di privata dimora al fine di procedere all'installazione di microspie, vale a dire ponendo in essere una limitazione alla segretezza del domicilio che trova, comunque, giustificazione in superiori esigenze di giustizia» 157 158. Le indefettibili esigenze di giustizia sono ritenute idonee dalla Suprema Corte a ritenere legittimo il provvedimento che autorizza l'introduzione clandestina per la collocazione delle microspie, in quanto quest'ultimo è legato da uno stretto nesso funzionale con l'attività di captazione¹⁵⁹.

È stata inoltre dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 14 Cost., dell'art 266 comma 2 c.p.p. nella parte in cui quest'ultimo non preveda uno specifico obbligo di indicare nel decreto che ammette l'intercettazione ambientale le modalità attraverso le quali questa deve essere eseguita. La compressione della tutela fornita dall'art. 14 Cost. è infatti, secondo la Corte, giustificata da un bilanciamento di

¹⁵⁵ A. Camon, "Le intercettazioni nel processo penale", Giuffrè, Milano, 1996, p. 190.

¹⁵⁶ Cass Sez. I, 9 dicembre 2003, n. 24539, Rigato, in CED Cass., 230097

¹⁵⁷ Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1997, n. 1729, Pacini Battaglia, in Cass. pen., 1997, 930

¹⁵⁸ G. Pezzi, Presupposti e modalità esecutive delle intercettazioni ambientali, in Diritto penale e processo, 6/2009, p.688. ¹⁵⁹ Cass., Sez. VI, 20.02.1991, n. 5762, Morabito, in Cass. pen., 1992, 1564.

interessi con l'art. 112 Cost. che tutela l'interesse pubblico all'accertamento dei gravi reati. La Cassazione, con più specifico riferimento alle modalità esecutive dell'intercettazione ambientale ha statuito che il mancato riconoscimento al giudice del potere autorizzativo di introduzione nei luoghi tutelati dall'art. 614 c.p. per l'inserimento di strumenti necessari per l'esperimento del mezzo di prova in questione, pregiudicherebbe in pratica l'attuazione dell'istituto in esame che trova la sua ragione in più alte esigenze di giustizia 160. È stato inoltre ribadito dalla giurisprudenza di merito che detta diritto costituzionale compressione del troverebbe «garanzia nella motivazione del provvedimento che autorizza e convalida l'intercettazione e che fissa le modalità e la durata delle operazioni» 161. Infine la Corte ha ritenuto legittima anche la strumentalizzazione di un provvedimento di perquisizione al fine di predisporre gli strumenti tecnici per lo svolgimento delle captazioni¹⁶².

Concludendo sul punto, la dottrina si è invece posta in prospettiva più garantista, rilevando l'esistenza di «modi costituzionalmente corretti di eseguire le intercettazioni ambientali» ¹⁶³, ad es. i microfoni direzionali, gli apparecchi idonei a registrare attraverso le parteti di un appartamento limitrofo o ancora microspie introdotte nel domicilio attraverso la spedizione di plichi. Il mancato adempimento della riserva di legge rinforzata di cui all'art.14 Cost. non potrebbe in questa prospettiva essere superato da una prevalenza delle esigenze di giustizia.

6. Il procedimento

Il passaggio da un codice inquisitorio ad uno di ispirazione fortemente accusatoria ha determinato la perdita in capo al pubblico ministero, del potere

¹⁶⁰ Cass. Sez. IV, 28 settembre 2005, n. 47331, Cornetto, in CED Cass., 232777.

¹⁶¹ Cass. Sez. I, 22 maggio 2000, n. 3272, Delle Grottaglie, in CED Cass., 216282.

¹⁶² Cass., Sez. IV, 28 settembre 2005, n. 47331, Cornetto.

¹⁶³ A. Camon, "Le intercettazioni nel processo penale", Giuffrè, Milano, 1996, p. 198.

riconosciutogli dall'art. 226-ter abrogato di disporre autonomamente le intercettazioni, coerentemente col ruolo di parte che gli è riconosciuto. Nel nuovo sistema, infatti, gli istituti gravemente limitativi di libertà individuali sono riservati all'approvazione del giudice. L'ambiguo riferimento dei relatori del codice all'intercettazione come "atto del pubblico ministero" è dunque da intendersi nel senso che a quest'ultimo spetta un iniziale controllo circa la necessità del mezzo investigativo e successivamente la determinazione delle modalità di attuazione e di durata. Inoltre al pubblico ministero è riconosciuto un monopolio sulla richiesta di intercettazioni dal momento che analogo potere non è previsto per la difesa. Quest'ultima potrà tutt'al più presentare una richiesta ex art. 346 c.p.p., alla quale però non corrisponde un relativo obbligo in capo all'accusa di risposta. Questo motivo ha portato parte della dottrina a sostenere che tale sistema violi il principio di parità delle parti in ogni stato e grado del processo e il diritto di difesa di cui all'art. 24 co. 2 Cost. 165.

Il provvedimento del giudice che ammette l'intercettazione deve essere adeguatamente motivato circa i profili inerenti ai presupposti di ammissibilità richiesto dalla legge (cfr. cap. II § 4.1). al contrario l'atto che nega l'ammissibilità del mezzo richiesto è un decreto non motivato e non appellabile 166, ferma restando la possibilità per il pubblico ministero di rinnovare l'istanza. È stata dichiarata manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 267 c.p.p. in rapporto agli articoli 100 co. 2. e 112 Cost. nella parte in cui non preveda la possibilità per il pubblico ministero di appellare il decreto che non ammette l'intercettazione in presenza dei presupposti di legge, affermando che l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale non implica la necessaria impugnabilità di provvedimenti

¹⁶⁴ Relazione al progetto preliminare, GU n.250 del24/10/1998, p. 69.

L. Filippi, "L'intercettazione di comunicazioni", Giuffrè, Milano, 1997, p. 102.

ulteriori rispetto a quelli per cui l'impugnabilità è sempre prevista ex art 111 co. 7 Cost. 167 168.

Al procedimento ordinario, basato sulla domanda del pubblico ministero e conseguente decreto motivato dell'autorità giudiziaria, si accompagna il procedimento previsto per i casi d'urgenza. L'art. 267 co. 2 stabilisce che "quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato". Tale formulazione si è sostituita a quella più rigorosa del progetto preliminare che riferiva la dannosità del ritardo non alle indagini, ma all'acquisizione della prova¹⁶⁹.

Nel procedimento particolare in esame il difficile bilanciamento di interessi costituzionalmente tutelati è ricercato attraverso la speditezza dell'iter: il decreto del pubblico ministero deve essere comunicato immediatamente e comunque non oltre ventiquattr'ore al giudice per la convalida. Quest'ultima deve inoltre avvenire entro e non oltre quarantott'ore dal provvedimento urgente. Dalla mancata tempestività della convalida deriva un immediato effetto risolutivo del decreto del pubblico ministero: le attività di intercettazione devono immediatamente cessare e i risultati ottenuti fino a quel momento sono inutilizzabili. La circostanza che si tratta di un effetto automatico sembrerebbe far ritenere che in caso di diniego il giudice sia autorizzato a non rispondere. La dottrina 170 ha invece sottolineato la necessità che il giudice emetta un provvedimento motivato, anche se tardivo, e questo perché da un lato il pubblico ministero ha interesse ha conoscere le ragioni del diniego, e dall'altro perché questa è funzionale all'individuazione di eventuali responsabilità disciplinari o penali del magistrato inquirente che è ricorso alla procedura d'urgenza senza che ve ne fossero i presupposti.

¹⁶⁷ Art. 111 co. 7 Cost.: "Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge".

⁸ Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 2008.

¹⁶⁹ A. Camon, "Le intercettazioni nel processo penale", Giuffrè, Milano, 1996, p. 100.

¹⁷⁰ G. Gatti, "Il controllo del gip sull'attività di indagine del pm: incidenti probatori, intercettazioni telefoniche, misure cautelari reali", in Quad. C.S.M., 1995, p. 228.

Anche nel caso in cui il giudice non conceda la convalida per mancanza del requisito del grave pregiudizio alle indagini, egli può disporre l'intercettazione in presenza dei presupposti ordinari. Controversa in questo caso è la possibilità per il giudice di disporla autonomamente o se invece sia necessaria ulteriore richiesta del pubblico ministero.

6.1 Durata e proroga

La durata delle operazioni è fissata dall'art. 167 co. 3 in un tempo non superiore a quindici giorni, salvo proroghe. La norma non individua il dies a quo da cui deve partire l'operazione, ma si ritiene che questo sia riscontrabile nel momento in cui avviene l'effettivo controllo e non nella data del decreto, considerando dunque la reale compressione del diritto alla segretezza¹⁷¹. Alcune pronunce sottolineano infatti la possibilità per il pubblico ministero di disporre l'intercettazione anche in un momento successivo rispetto alla data del decreto «secondo esigenze coerenti al quadro investigativo» ¹⁷². Non deve però esser perso di vista il fatto che il magistrato inquirente agisce sulla base di un atto concesso dal giudice attraverso una valutazione rebus sic stantibus. «Dunque la possibilità di un ragionevole slittamento nell'esecuzione delle operazioni esiste; ma il decreto del giudice non consegna al pubblico ministero un potere eterno, che lo autorizzi a spendere l'atto autorizzativo anche anni dopo; o quanto meno, prassi simili sarebbero rischiose, perché si esporrebbero a ragionevoli eccezioni di invalidità» ¹⁷³. Sarebbe in questi casi più opportuno il rinnovamento della richiesta al giudice.

Ovviamente il termine indicato nel decreto non obbliga alla protrazione dell'intercettazione fino a scadenza dello stesso: il pubblico ministero può interromperla in qualunque momento senza alcuna necessità di intervento dell'autorità giudiziaria. Parte della dottrina ha inoltre ritenuto che, nel caso in

-

¹⁷¹ A. Camon, "Le intercettazioni nel processo penale", Giuffrè, Milano, 1996, p. 140.

¹⁷² G.i.p. Trib. Trani, 15 gennaio 1993, Cannito ed altri.

¹⁷³ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 141.

cui sia originariamente stabilito un termine inferiore a quindici giorni e sorga successivamente l'esigenza di protrarre l'operazione fino a detto termine fissato dalla legge, tale proroga possa massimo essere operata discrezionalmente dal pubblico ministero, poiché l'intervento del giudice sarebbe necessario solo per la protrazione oltre il quindicesimo giorno 174. Dall'analisi sintattica dell'art. 267 emerge però che la proroga è riferita alla durata effettivamente disposta e non al periodo di quindici giorni. Rimanendo dunque fedeli alla ratio dell'istituto si dovrebbe sostenere la necessità dell'intervento del giudice in qualunque caso di proroga, poiché questa implica una nuova ed ulteriore compressione del diritto al segreto¹⁷⁵.

Il procedimento di proroga non differisce molto dal procedimento ordinario: si sostanzia in una richiesta del pubblico ministero, che dovrà motivare circa la permanenza dei presupposti iniziali, e in una valutazione dell'autorità giudiziaria, stante l'impossibilità per il giudice di procedervi ex officio. Due i motivi che hanno portato nel corso del tempo ad un indebolimento delle garanzie originariamente previste per l'istituto: per un verso si è assistito alla soppressione di un termine di durata massima, che durante la vigenza del codice precedente era di due sole proroghe per periodi successivi di quindici giorni, dall'altro una minore specificità della motivazione richiesta per il provvedimento. Particolarmente critico quest'ultimo profilo, in ragione dell'importanza della funzione di garanzia svolta dalla motivazione. Dovrebbe dunque essere necessaria una motivazione circa il perdurare dei presupposti che hanno giustificato l'originaria applicazione delle intercettazioni e separatamente una valutazione relativa agli elementi da cui si deduce la necessità di proroga¹⁷⁶. «Motivare per relationem il prolungamento del controllo significa rendere sfuggente il discorso giustificativo del giudice: se presupposto della proroga è la permanenza delle ragioni che fondavano il

¹⁷⁴ G. Fumu, Commento all'art. 267, in Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da M. Chiavario, p. 789.

¹⁷⁵ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 142.

¹⁷⁶ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 138.

decreto originario, allora ciò che l'autorità giudiziaria deve dimostrare è proprio la perdurante attualità di tali requisiti: i motivi, cioè, che li rendono ancora validi, nonostante il tempo trascorso o le modifiche del quadro probatorio nel frattempo sopraggiunte; un richiamo al provvedimento anteriore non dice nulla al riguardo»¹⁷⁷.

Si tratta di un istituto, quello della proroga, che incide fortemente, ancor più del provvedimento iniziale, sulla compressione della privacy del soggetto che vi è sottoposto e che dunque dovrebbe trovare nel bilanciamento d'interessi una contropartita nella funzione di garanzia svolta dal giudice, che si esplica sotto il profilo motivazionale dell'atto. «L'indebolimento della funzione di garanzia del giudice per le indagini preliminari, infatti, ha sostanzialmente svuotato di effettivo significato il meccanismo di tutela delle posizioni giuridiche soggettive messe in pericolo dalle esigenze investigative» ¹⁷⁸.

6.2 Impianti utilizzabili

Il primo periodo del co. 3 dell'art. 268 dispone che "Le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica". La Corte Costituzionale ha infatti affermato che il rispetto dell'art. 15 Cost. implica «garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche, in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione» 179. Questa la *ratio* che ha portato i compilatori del codice ad individuare negli impianti della procura della Repubblica quelli più idonei a preservare tale garanzia.

_

¹⁷⁹ Corte Cost, 1973, n. 34.

¹⁷⁷ A. Camon , *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 144.

¹⁷⁸ E. Zappalà, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Libertà e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, a cura dell'Associazione tra studiosi del processo penale, Milano, 1995, p. 57-58.

Nonostante le polemiche della dottrina precedente¹⁸⁰, il nuovo codice ha previsto la possibilità di derogare al principio sopraindicato. Così infatti recita il secondo periodo del co. 3 dell'art. 268: "quando tali impianti risultano insufficienti o inidonei ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria".

Il primo problema che ha creato la formulazione in questi termini della disciplina concerne l'applicabilità dell'obbligo dell'esclusivo utilizzo dei mezzi installati presso la procura della Repubblica e della relativa deroga, alle sole intercettazioni telefoniche o anche a quelle ambientali. Il dubbio deriva dal presupposto che quest'ultime non possono essere effettuate attraverso impianti fissi centralizzati, essendo invece necessari impianti situati fuori dalle procure. Sulla base di queste premesse, ritenendo l'art. 268 co. 3 applicabile anche alle intercettazioni ambientali, si dovrebbe concludere che queste siano ammissibili solo in presenza delle "eccezionali ragioni d'urgenza" che giustificano l'utilizzo di detti impianti. Queste le ragioni che hanno portato la giurisprudenza a consolidarsi intorno ad una risposta negativa al quesito¹⁸¹.

Sennonché i giudici di legittimità¹⁸² hanno aperto la via ad un mutamento delle posizioni previgenti. Il ragionamento della Corte si basa su un'interpretazione letterale della norma: 1'art. 268 c.p.p. fa riferimento alle stesse operazioni disciplinate dall'art. 267, che a sua volta opera un generico rinvio alle "operazioni previste dall'art. 266" senza fare alcuna distinzione circa la tipologia di intercettazione. Non si vede, dunque, perché dovrebbe ritenersi che l'art. 268 abbia voluto diversificare la disciplina delle intercettazioni ambientali sotto il profilo degli impianti utilizzabili.

¹⁸⁰ G. Illuminati, La disciplina processuale delle intercettazioni, Milano, Giuffrè, 1983, p. 328 ss.

¹⁸¹ Cass., sez. V., 24 settembre 1998, n. 10076, Burgio; sez IV, 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia; sez. VI, 13 giugno 1997, Dominante; sez. VI, 21 gennaio 1998, n. 5156, Scollo; sez. I, 8 gennaio 1998, Fornaro.

¹⁸² Cass. Sez. I, 28 settembre 1999, n. 5239, Renelli

Operando una lettura storico-sistematica, poi, la Cassazione ritiene che il problema interpretativo debba essere risolto in questo senso anche in ragione dello sviluppo normativo dell'istituto, segnato dalla citata sentenza della Corte Cost. n. 34/1973. Prescindendo da qualunque valutazione circa la funzionalità degli strumenti utilizzati, la Suprema Corte ritiene che il legislatore abbia dettato una disciplina che, sotto il profilo degli impianti utilizzabili, non si differenzi per le intercettazioni ambientali rispetto a quelle telefoniche perché è in questo assetto normativo che si sostanziano quelle "garanzie tecniche" che sono necessarie per un'interpretazione costituzionale dell'istituto.

In argomento sono infine intervenute le Sezioni Unite¹⁸³ che, oltre a cristallizzare tale orientamento, hanno dimostrato l'erroneità del presupposto che dava origine alla questione: grazie all'evoluzione tecnologica e alle moderne tecnologie, le intercettazioni ambientali possono benissimo essere compiute attraverso l'installazione di apparecchi fissi presso le procure della Repubblica¹⁸⁴. La pratica della "remotizzazione" non è da considerarsi come utilizzo di apparecchiature esterne, dal momento che è irrilevante il luogo di ascolto, registrazione e verbalizzazione dell'intercettazione¹⁸⁵.

Per quanto concerne l'interpretazione che deve essere data dei presupposti richiesti dalla legge, in una lettura storico-sistematica, la dottrina ha sostenuto che questi debbano essere interpretati restrittivamente, alla luce del fatto che la formula precedente faceva esclusivo riferimento all'urgenza, senza neanche imporre uno specifico obbligo motivazionale sotto tale profilo¹⁸⁶.

È necessaria e sufficiente, dunque, la sussistenza di almeno uno dei due presupposti alternativamente previsti: l'"insufficienza" o l'"inidoneità" degli strumenti installati presso la procura della Repubblica. Al contempo essi devono concorrere con quello delle "eccezionali ragioni d'urgenza". Circa la

¹⁸³ Cass., Sez Un., 31 ottobre 2001, n. 32, Policastro;

¹⁸⁴ Nel caso di specie, infatti, l'intercettazione era avvenuta attraverso la collocazione all'interno di un'autovettura di un cellulare collegato con l'impianto di ricezione e registrazione della procura della Repubblica.

¹⁸⁵Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2008, n. 36359, Carli.

¹⁸⁶ P. Balducci, Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano, 2002, p. 154.

sussistenza di tutti questi profili deve essere dato ampio spazio nella motivazione, pena l'inutilizzabilità delle intercettazioni ex art. 271 co. 1 c.p.p. Come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, «la motivazione non può ridursi a rango di mera formalità, riguardando un provvedimento che, pur non giurisdizionale, incide direttamente su una sfera di libertà garantita dalla Costituzione, ed è, quindi, il principale mezzo attraverso il quale il giudice può controllare la legittimità del provvedimento stesso» 187.

La dottrina¹⁸⁸ ha infine ipotizzato la necessità del protrarsi di un controllo del pubblico ministero circa la sussistenza dei presupposti che legittimano il ricorso a strumenti esterni alla procura della Repubblica, ritenendo illegittimo l'utilizzo di quest'ultimi quando le apparecchiature della procura siano tornate disponibili.

7. Modalità esecutive e procedura d'acquisizione

Una volta intervenuto il decreto del giudice che autorizza l'intercettazione, questa è disposta con decreto del pubblico ministero, che indica le modalità e la durata. La Suprema Corte ha inoltre escluso, nel caso di intercettazioni inter praesentes, l'obbligo che tale decreto indichi necessariamente anche i soggetti cui le intercettazioni sono dirette, non essendo detto requisito espressamente richiesto dalla legge¹⁸⁹. La Corte ha poi ritenuto che nel caso in cui nel decreto sia indicato un luogo diverso da quello in cui effettivamente si sono svolte e operazioni, i risultati ivi ottenuti non saranno utilizzabili. In altro caso invece la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la circostanza che l'intercettazione ambientale sia stata disposta in un'autovettura diversa da

¹⁸⁷ Cas., sez. VI, 9 settembre 1994, Bani.

¹⁸⁸ A. Camon , Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 157; P. Balducci, Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano, 2002, p. 157. ¹⁸⁹ Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2002, n. 40790, Della Rocca.

quella in cui poi effettivamente disposta, non è ostativa all'utilizzo legittimo della prova¹⁹⁰.

Le operazioni possono essere effettuate direttamente dal pubblico ministero o da un ufficiale di polizia giudiziaria. Prassi consolidata in materia, e recepita dalla riforma Orlando, è quella che vede l'espletamento delle stesse da parte della polizia giudiziaria, ed in questo senso in effetti si spiega il co. 4 dell' art. 268 c.p.p., laddove richiede che il verbale e le registrazioni siano immediatamente trasmesse al pubblico ministro¹⁹¹.

L'art. 268 co. 1 impone l'obbligo di registrazione di tutte le operazioni. A differenza del sistema previgente, in cui la prova era costituita dai brogliacci della polizia giudiziaria 192, attualmente è proprio la registrazione ad essere l'unica fonte di prova ammissibile nel processo, non essendo neanche la testimonianza consentita dei soggetti che hanno partecipato all'intercettazione. De iure condendo, un autore in dottrina aveva ipotizzato un sistema di registrazione "selettiva" ossia mirata al solo soggetto da intercettare indicato nel decreto, al fine di salvaguardare la privacy dei familiari conviventi¹⁹³. Chiare le problematiche che tale sistema porrebbe, data la difficoltà per la polizia giudiziaria di individuare a priori l'interlocutore e conseguentemente spegnere o riaccendere il registratore.

È inoltre necessario che delle operazioni sia redatto analitico verbale, il quale deve contenere l'indicazione del decreto che dispone l'intercettazione, al fin di consentire un controllo successivo sulla corrispondenza tra le modalità effettivamente utilizzate e quelle indicate nell'atto. Il verbale deve poi contenere l'indicazione del giorno e dell'ora in cui si è svolta ogni singola attività d'ascolto, e le modalità dell'operazione, anche con riferimento ad eventuali inconvenienti tecnici (ad es. pause, smagnetizzazioni, sovrapposizioni). Infine il verbale deve contenere un breve riassunto della

L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 121.

¹⁹⁰ Cass. pen., Sez. VI, 3 luglio 2003, Serra.

¹⁹² B. Bruno, D. De Gennaro, *L'iniziativa della polizia giudiziaria*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 159.

¹⁹³ J. V. Gimeno Sendra al convegno Osimo-Urbino del 10-12 marzo 1994.

conversazione, funzionale al pubblico ministero e, dopo il momento del deposito, anche al difensore, per una consultazione più rapida ed immediata rispetto alla bobina. Lo svantaggio di questo sistema consiste ovviamente nella possibilità che la polizia giudiziaria nell'annotazione del contenuto sommario tralasci informazioni che potrebbero essere rilevanti per indirizzare il pubblico ministero nella prosecuzione delle indagini. Al contempo però nulla osta al pubblico ministero l'ascolto diretto della conversazione intercettata, così da evitare l'interferenza di qualunque filtro. Il brogliaccio d'ascolto non può mai essere utilizzato come prova ai fini della sentenza dibattimentale. Non così invece per il rito abbreviato, in cui il brogliaccio può avere valore probatorio 194.

L'omissione *tout court* del verbale non genera particolari problemi interpretativi, dato l'esplicito rinvio dell'art. 271 all' art. 278 co. 1 e 3: si tratta della sanzione dell'inutilizzabilità disciplinata in quanto al regime applicabile dall'art. 191 co. 2. Nessun riferimento al co. 2 dell'art. 278, circostanza dalla quale si deduce che l'eventuale assenza del brogliaccio nel verbale non genera l'inutilizzabilità dell'intercettazione, costituendo dunque lo stesso un contenuto accessorio.

L'omessa redazione del brogliaccio, mentre è poco rilevante per l'accusa che gode di più momenti nei quali venire a conoscenza del contenuto delle intercettazioni, genera una lesione del diritto di difesa e, rendendo meno effettiva "l'assistenza dell'imputato" produce una nullità generale a regime intermedio, disciplinata dagli artt. 170 lett. c) e 180 c.p.p. La Cassazione ha infatti affermato che la difesa ha il diritto di controllare l'esattezza delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria 195.

Il nuovo codice non prevede più l'obbligo di tenere un registro pubblico in cui dovevano essere iscritte tutte le intercettazioni effettuate, una volta concluse. La *ratio* del previgente sistema era evidentemente finalizzata ad un maggiore

65

¹⁹⁴ Cass. pen., Sez. VI, 26 novembre 2002, n. 5362, Brozzu ed altri; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2013, n. 20055

¹⁹⁵ Cass. pen., Sez. VI, 3 aprile 2012, n. 15701.

controllo sull'utilizzo dei pubblici poteri¹⁹⁶. Quella dell'eliminazione consiste invece nel voler evitare che anche soggetti sottoposti ad intercettazioni che poi non sarebbero potute essere utilizzate contro alcuno, potessero entrare a conoscenza delle operazioni effettuate e dunque essere messi in allarme per eventuali ulteriori intercettazioni che si rendessero in seguito necessarie¹⁹⁷.

È rimasto invece l'obbligo di tenuta dei registri presso l'ufficio del pubblico ministero, nei quali devono essere annotati i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e l'inizio e la fine di ciascuna operazione. in precedenza questo registro doveva essere inviato al procuratore generale presso la corte al fine di consentire un controllo di quest'ultimo. Peraltro, la circostanza che attualmente si tratti di un documento che è consultabile solo dai soggetti appartenenti all'ufficio, lo rende un istituto la cui ratio è di difficile individuazione e comunque di scarsa garanzia per le parti private¹⁹⁸.

La riforma Orlando è intervenuta sul punto, inserendo, dopo il co. 2 dell'art. 268, due ulteriori commi, da leggersi in combinato disposto con l'ulteriore previsione introdotta nell'art. 267 co. 4. È stato così introdotto uno specifico divieto di trascrizione per determinate categorie di atti, il quale non è però seguito dalla previsione di un'analoga sanzione processuale.

La prima tipologia di conversazioni per cui è prescritto il divieto di trascrizione sono quelle irrilevanti ai fini delle indagini. L'irrilevanza deve essere valutata con riferimento ad un duplice parametro soggettivo e oggettivo: il primo concerne la conversazione che sia intrattenuta con un soggetto chiaramente estraneo ai fini delle indagini, il secondo invece è relativo al contenuto della conversazione. A ben vedere, però, l'irrilevanza soggettiva non può essere considerata come categoria autonoma in grado di

¹⁹⁶ Anche in altri ordinamenti è infatti previsto un simile sistema di controllo, ad es. negli Stati Uniti l'Omnibus Crime Control and Safe Streets Act impone al giudice l'obbligo di comunicare, una volta che l'intercettazione sia conclusa all'interessato dell'avvenuta operazione , indicando anche la durata della stessa.

¹⁹⁷ Consiglio giudiziario presso la Corte d'Appello di Roma, in *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, a cura di G. Conso-V. Grevi.

¹⁹⁸ A. Camon, "Le intercettazioni nel processo penale", Giuffrè, Milano, 1996, p. 171.

qualificare le conversazioni come del tutto irrilevanti ai fini delle indagini, essendo tale valutazione necessariamente basata sull'oggetto del colloquio. L'irrilevanza soggettiva potrà allora rilevare autonomamente solo in casi particolare, come ad es. nel caso in cui vi sia un errore nel numero dell'utenza intercettata e, pertanto, il soggetto sia necessariamente estraneo alle indagini. Negli altri casi sarà comunque necessaria una valutazione del contenuto della conversazione intercettata, potendo gli interlocutori sempre riferire dettagli rilevanti per la polizia giudiziaria.

Il secondo insieme di conversazione per cui è previsto il divieto di trascrizione è quello che riguarda i dati sensibili, così come individuati dall'art. 4, comma 1, lett. d), decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, allorché questi non siano rilevanti ai fini delle indagini. Si tratta, in realtà, di colloqui la cui trascrizione sarebbe già proibita perché rientranti nella categoria precedente, data l'irrilevanza degli stessi, ma che impone una maggiore attenzione in ragione della natura sensibile dei dati personali.

Infine, la terza categoria è stata prevista attraverso l'introduzione di un periodo alla fine del co. 7 dell'art 103 e concerne le conversazioni tra difensore e assistito. Vigeva già per le stesse un divieto di intercettazione e, conseguentemente, l'inutilizzabilità in giudizio dei colloqui carpiti, ma la riforma è intervenuta rinforzando la tutela: è previsto il divieto di trascrizione, anche sommaria, dei colloqui casualmente intercettati.

Dei dialoghi registrati sottoposti a divieto di trascrizione, tranne nel caso in cui si tratti di conversazione di cui è vietata la captazione perché rientrante ella terza categoria anzidetta, la polizia giudiziaria annota esclusivamente la data, l'ora e l'utenza intercettata, tralasciando completamente il contenuto della conversazione.

Nel caso in cui insorga un dubbio circa la rilevanza o meno ai fini delle indagini di una determinata conversazione, l'ufficiale di polizia giudiziaria provvede ad informare il pubblico ministero con apposita annotazione. Quest'ultima si risolve necessariamente in una trascrizione, anche sommaria,

della conversazione per la quale si interroga il pubblico ministero circa la sussistenza del divieto di trascrizione. Singolare, pertanto, la lacuna legislativa circa il luogo di conservazione di tali annotazioni. Al fine di non frustrare le intenzioni della riforma, bisogna dunque ritenere che queste vadano conservate nell'archivio riservato presso il pubblico ministero, ulteriore novità della riforma di cui si dirà oltre.

Che la disposizione in esame sia riferita ai soli casi di dubbio appare evidente, oltre che da esigenze di economia processuale, anche dalla relazione illustrativa del decreto legislativo trasmesso alle Camere per i relativi pareri. Quest'interpretazione è stata soggetta a critiche dal momento che, si è detto, lascerebbe un troppo ampio margine di discrezionalità agli operatori di polizia giudiziaria, che di fatto avrebbero un potere di selezione delle conversazioni in tuti i casi in cui non venga interpellato il pubblico ministero. L'obiezione però non tiene conto del fatto che già nel sistema attuale molto ampia è la discrezionalità della polizia giudiziaria poiché sarebbe impossibile prevedere che il pubblico ministero proceda ad ogni singolo ascolto, essendo il magistrato inquirente spesso impegnato sul fronte di diverse indagini contemporaneamente.

La decisione dei casi dubbi, trasmessi al magistrato attraverso l'annotazione di cui all'art. 267 co. 4, spetta pertanto al pubblico ministero. Quest'ultimo può recuperare le conversazioni giudicate come potenzialmente irrilevanti dalla polizia giudiziaria, con decreto motivato, operando una valutazione che concerne la rilevanza per le indagini e, nel caso più delicato in cui vengano in rilievo dati sensibili, anche la necessità.

L'art. 268 co. 4, nella sua versione precedente alla riforma Orlando, disciplinava il deposito nella segreteria del giudice del verbale, delle registrazioni e dei relativi decreti, che doveva essere effettuato dal pubblico ministero nel termine di 5 giorni dalla conclusione dell'operazione. Nel caso in cui la durata originaria fosse stata prolungata attraverso il decreto di proroga, il termine per il deposito decorreva dal completamento dell'intera

operazione¹⁹⁹. L'obbligo di deposito era chiaramente riferito alle trascrizioni delle intercettazioni poiché, non essendo "fascicolabili", i nastri con le registrazioni erano invece conservati presso la segreteria del pubblico ministero *ex* art. 269 c.p.p., ove venivano custoditi fino al passaggio in giudicato della sentenza²⁰⁰.

In dottrina si era sostenuta la non necessità di deposito delle intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini, e dunque che non forniscano prove ne a carico ne a favore dell'indagato. Le motivazioni che sono state addotte a tale interpretazione risiedono nel principio di economia processuale, ritenendo infatti inutile l'istaurazione di «una procedura finalizzata unicamente all'esercizio del diritto di difesa»²⁰¹. Ma una simile lettura si pone in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte Costituzionale: «nessun atto inerente alle indagini espletate fino all'udienza preliminare [può] essere sottratto alla piena conoscenza delle parti»²⁰², affermando così la supremazia del principio del contraddittorio.

Bisogna dunque ritenere che l'obbligo di deposito concerna qualunque intercettazione effettuata, così da salvaguardare i diritti difensivi²⁰³.

La disciplina precedente le modifiche introdotte recentemente dal d.lgs. n. 216 del 2017 prevedeva che, una volta effettuato il deposito e avvisate le parti, per effetto del combinato disposto degli artt. 329 co. 1 e 114 co. 1 e 7 c.p.p., le intercettazioni non fossero più coperte dal segreto, consentendone pertanto la pubblicazione. Si tratta di uno dei nodi cruciali dell'istituto delle intercettazioni, in cui sono molteplici gli interessi che vengono in rilievo: da un lato si ha una frizione tra il segreto degli atti d'indagine, funzionale ad esigenze investigative, e il diritto di difesa dell'indagato, dall'altro abbiamo il

¹⁹⁹ Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 1992, Gerace.

²⁰⁰ Cass. pen., Sez. Fer., 10 agosto 2000, Zavettieri.

A. Spataro, "Le intercettazioni telefoniche problemi operativi e processuali", in Quad. C.S.M., 1994, n. 69, p. 144.

²⁰² Corte Cost., 5 aprile 1991, n. 145.

G. Fumu, Intercettazioni, archiviazione e distruzione della documentazione tra norma e prassi e giurisprudenza costituzionale, in Legis. Pen., 1995, p. 497; A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 208.

diritto di cronaca che stride con la tutela della privacy del soggetto a cui le intercettazioni si rivolgono. Un bilanciamento in questo senso era ricercato dal co. 5 dell'art. 268, il quale prevedeva che il giudice potesse autorizzare il pubblico ministero a differire il momento del deposito, non oltre la chiusura delle indagini preliminari, quando da questo può derivare un grave pregiudizio per le indagini. Anche se si tratta di un potere che è generalmente attribuito al pubblico ministero, qui la segretazione è affidata al controllo dell'autorità giudiziaria, in ragione degli interessi difensivi che verrebbero così sacrificati. Spetta inoltre al giudice l'indicazione del termine entro il quale gli atti dovranno essere sottoposti a discovery, non essendo riscontrabile in capo all'accusa il potere di proporre un'alternativa secca vincolando il giudice.

Ci si è inoltre interrogati sul significato da attribuire alla formula "fino alla chiusura delle indagini preliminari": se questa è interpretata come formula "aperta" allora un'eventuale proroga del termine di conclusione delle indagini preliminari comporterebbe automaticamente anche una proroga della dilazione del deposito²⁰⁴; se al contrario questa fosse da interpretarsi come formula "sintetica" la suddetta proroga delle indagini non esimerebbe il pubblico ministero dal deposito entro il termine originariamente fissato dal giudice, salva la possibilità di rinnovare l'istanza di differimento al giudice²⁰⁵. Quest'ultima costituisce sicuramente l'interpretazione più garantista.

Poiché la norma nulla afferma in merito, sembrerebbe non necessaria la motivazione dell'atto che richiede il differimento e di quello che lo concede. Per quanto riguarda il primo però è facile sostenere l'onere di motivazione circa le esigenze investigative che giustificherebbero la deroga alla procedura ordinaria, dal momento che il controllo del giudice su tale presupposto si sostanzia in un controllo effettivo e non solamente formale.

Più difficile la questione che riguarda l'atto con cui viene concesso il differimento. Non è infatti prevista la sindacabilità dell'atto sprovvisto di

G.i.p., Trib. Paola, 28 novembre 1990, Marafioti ed altri.
 A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 209.

motivazione o con motivazione carente. Non è inoltre previsto neanche un obbligo di deposito di tale atto, sottraendo così al difensore la possibilità di esercitare un controllo, anche se *ex post*, sull'atto che ha compresso l'esercizio del diritto di difesa. Ecco perché la dottrina ha sostenuto che si tratti di «un'evidente lacuna normativa, [fortemente disarmonica] in un sistema garantista come quello tendenzialmente delineato dal codice»²⁰⁶.

Per quanto riguarda il deposito, rimane infine da considerare il caso in cui si verifichi un'omissione o un ritardo, ovviamente non autorizzato, dello stesso. Non si tratta sicuramente di una situazione sanzionata con l'inutilizzabilità, essendo richiamati dall'art 271 solo i commi 1 e 3 dell'art. 268. La dottrina²⁰⁷ ha sostenuto che, stante la grave lesione dei diritti difensivi, soprattutto se inquadrata nel più ampio sistema che si basa sull'inchiesta parallela del difensore, tale situazione dovrebbe comportare una nullità a regime intermedio, *ex* artt. 178 lettera c) e 180 c.p.p. D'altro avviso la Cassazione che invece vi ravvisa una mera irregolarità²⁰⁸.

7.1 Avviso alle parti e diritto di difesa

Il primo periodo del co. 6 dell'art. 268 c.p.p. *ante* riforma Orlando disponeva che "Ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche". Trattasi dell'inizio del procedimento che era previsto dal codice per contemperare gli ampi poteri che la disciplina delle intercettazioni riserva al pubblico ministero, con il rispetto del principio del contraddittorio, sancito dall'art. 111 Cost.

²⁰⁶ P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 161-162.

A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 212.

²⁰⁸ Cass. pen., Sez. VI, 17 giugno 1993, Chianale.

Le Sezioni Unite hanno stabilito che l'avviso può essere dato in ogni modo, fermo restando che, qualora non si abbia la conoscenza effettiva dello stesso, si applicheranno le regole previste per le notifiche²⁰⁹.

La dottrina ha inoltre rilevato che il deposito dell'intercettazione è un adempimento esecutivo che avviene nella maggior parte dei casi nella fase delle indagini preliminari, e dunque può accadere, come in effetti spesso accade, che il soggetto non sia a conoscenza del procedimento a suo carico e dunque non abbia provveduto alla nomina di un rappresentante legale di fiducia cui destinare l'avviso di deposito. È pertanto necessario prendere atto che il deposito «costituisce parte integrante della procedura per la scelta delle conversazioni da acquisire, nell'ambito della quale il difensore si erge a vero protagonista ed esercita diritti che comprendono ed oltrepassano la mera assistenza»²¹⁰. Deve di conseguenza essere considerato un atto cui il difensore ha diritto d'assistere e che quindi necessita dell'invio dell'informazione di garanzia con invito a nominare un difensore.

Come per il deposito, anche l'omissione o il ritardo dell'avviso comportano una nullità generale a regime intermedio.

La disciplina codicistica prevedeva che l'accesso difensivo alle registrazioni possa avvenire esclusivamente nel momento successivo al deposito. La Corte Costituzionale²¹¹, interrogata circa la legittimità costituzionale della norma in riferimento agli artt. 3, 24 co. 2 e 111 co. 1 e 3 della Carta, ne ha statuito la parziale illegittimità nella parte in cui questa non preveda la possibilità di accesso difensivo a registrazioni di conversazioni telefoniche non ancora depositate, quando vi sia stata notificazione o esecuzione di un'ordinanza che dispone una misura cautelare personale che si basa su conversazioni intercettate non ancora depositate. Il giudice delle leggi ha statuito da un lato il diritto incondizionato della difesa ad accedere ai documenti che fondano la

⁻

²⁰⁹ Cass. pen., Sez. Un., 12 ottobre 1993, Morteo.

A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 215.

²¹¹ Corte cost. 10 ottobre 2008, n. 336, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 915, con nota di L. Milani, Sul diritto del difensore all'ascolto e alla copia delle conversazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare (tra salvaguardia delle garanzie difensive e tutela della riservatezza.

misura cautelare, al fine di poter valutare la correttezza delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria e l'efficacia probatoria, dall'altro che tale diritto non può essere compresso in ragione dell'esigenza di segretezza delle indagini, poiché quest'ultima è scemata con la richiesta del pubblico ministero di applicazione di misura cautelare corredata dalle trascrizioni delle registrazioni. La ratio della decisione della corte risiede nel principio di parità delle parti e nella non ragionevole lesione, in questo caso, del diritto di difesa. Viene specificato poi che le esigenze difensive non possono essere soddisfatte "brogliacci d'ascolto", attraverso l'allegazione dei essendo giurisprudenza e dottrina da sempre concordi sul non riconoscere agli stessi valore probatorio. La Corte ha ritenuto che «l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate senza contraddittorio dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, c.p.p.), anche sommarie»²¹².

Come rilevato in dottrina, «davvero non si riesce a comprendere perché mai all'obbligo *a posteriori* di provvedere da parte del pubblico ministero nei confronti dell'imputato e del suo difensore dopo l'applicazione della misura cautelare non debba anche *a priori* corrispondere un dovere incondizionato di allegazione, oltre che dei brogliacci di ascolto, anche dei *files* audio in sede di domanda del provvedimento *de libertate*, tenuto conto che questi sono gli autentici elementi, sui quali la richiesta si fonda, e sono gli unici che permettono al gip di disporre di un quadro conoscitivo completo per prevenire - non per cercare di porre rimedi successivi, molto spesso troppo tardivi - a possibili errori di giudizio»²¹³.

La Corte, vincolata ad un diverso tema, non risolve i dubbi di legittimità costituzionale che la norma presenta se analizzata da questa diversa angolazione, basata sul presupposto che, «sia per una elementare regola di

-

²¹² Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, cit., 913.

²¹³ G. Pierro, *Ancora incertezze sull'accesso difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare*, in Diritto penale e processo, 4/1012, p. 457.

epistemologia giudiziaria, sia per le inaccettabili conseguenze cui altrimenti si va incontro, l'orizzonte conoscitivo del giudice che decide sulla libertà personale deve essere pari o superiore a quello della parte istante»²¹⁴.

Sempre più frequentemente si verifica il fenomeno per cui a dare attuazione alle sentenze additive di principio non è il legislatore, che sarebbe in realtà l'organo deputato a ripristinare la legalità sostanziale e processuale, ma la Corte di Cassazione, attraverso la creazione di norme nuove, di autentica matrice giurisprudenziale. Ed è proprio per cercare di mettere ordine tra i vari orientamenti delle diverse sezioni della Corte, susseguiti alla sentenza della Consulta, che è intervenuto il Supremo Collegio a Sezioni Unite²¹⁵, che, con la sentenza "Lasala", ha elaborato un vero e proprio paradigma di rito incidentale così strutturato: al difensore è riconosciuto un diritto d'accesso e di estrazione di copia che deve essere esercitato attraverso una richiesta, da effettuarsi tempestivamente, dopo la notifica o l'esecuzione del provvedimento che dispone la misura cautelare personale. Tale diritto non è sottoposto a limitazioni temporali e concerne esclusivamente le registrazioni utilizzate per i provvedimento d'applicazione della misura privativa della libertà. Non è necessario che il difensore motivi la sua richiesta. Al contempo è previsto un obbligo in capo al pubblico ministero procedente di deliberare in merito all'istanza, in un tempo congruo all'esercizio del diritto di difesa. A quest'ultimo dunque compete la selezione delle registrazioni rilevanti e il rilascio di copia delle stesse. Nel caso in cui egli non ritenga di poter accogliere il provvedimento, deve emettere un atto congruamente motivato circa le ragioni del diniego. Quando non siano state soddisfatte le esigenze della difesa, e sempre che sia stato impugnato l'atto che dispone la misura cautelare personale, può essere operato un controllo circa l'inerzia del pubblico ministero o le ragioni del suo diniego in sede di riesame o di appello cautelare. Fermo restando uno specifico onere di allegazione a sostegno delle

-

²¹⁴ G. Giostra, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 1258.

²¹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 22 aprile 2010, n. 20300, Lasala.

violazioni lamentate, il tribunale del riesame può disporre ex officio l'acquisizione delle registrazioni in contestazione, compatibilmente col rispetto dei termini di cui all'art. 309 co. 9.

Passando ad esaminare le patologie che possono affliggere il provvedimento, le Sezioni Unite affermano che queste non possono avere nessun riflesso, né sotto il profilo della nullità né sotto il profilo dell'inefficacia, sull'atto che dispone la misura cautelare. L'inosservanza del procedimento volto a garantire il diritto di accesso difensivo non concerne in alcun modo i risultati probatori, e dunque non può integrare un'ipotesi di inutilizzabilità, non essendo prevista tale ipotesi nell'art. 271. Essa invece è relativa ad una ingiusta compressione del diritto di difesa e pertanto da ricondurre nel novero delle nullità a regime intermedio ex art. 178 co. 1 lett. c) c.p.p.

Se il tribunale del riesame dovesse accertare l'effettiva presenza del vizio inerente all'acquisizione della prova prospettato dalla difesa, le intercettazioni non potrebbero essere utilizzate per fondare l'ordinanza che dispone la misura cautelare. Laddove non vi siano ulteriori elementi a carico dell'indagato, l'ordinanza cautelare dovrà essere annullata, ferma restando la possibilità per il pubblico ministero di richiedere nuovamente al giudice l'applicazione della misura cautelare, corredando però questa volta la richiesta con l'allegazione delle registrazioni delle intercettazioni utilizzate.

Ma gli interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione a Sezioni Unite non sono bastati a sopire tutti i dubbi relativi al diritto d'accesso difensivo alle registrazioni. Tale diritto è infatti stato definito "incondizionato" dalla Corte di Cassazione²¹⁶ in una pronuncia del 2014 e ridimensionato in un'altra dell'anno successivo²¹⁷, nella quale il giudice di legittimità ha anche specificato che l'obbligo del pubblico ministero di consentire tempestivamente al difensore l'accesso alle registrazioni sussiste solo laddove la richiesta sia finalizzata alla proposizione dell'istanza di riesame.

²¹⁶ Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 2014, n. 37366.

²¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 28 maggio 2015, n. 24866, Palma; Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 2012, n.

Da tale complesso e articolato panorama giurisprudenziale non può che mergere l'esigenza di un intervento legislativo, unico antidoto capace di neutralizzare l'arbitrio del giudice²¹⁸.

7.2 Acquisizione, stralcio e trascrizione

Il meccanismo previsto dal legislatore per la procedura di acquisizione e di stralcio, parzialmente modificato dalla riforma Orlando, si ispira al generale principio sancito dall'art. 190 c.p.p., che riconosce alle parti il diritto alla prova, non solo con riferimento alla sua ammissione, ma anche all'*iter* d'assunzione. Lo scopo della procedura era quello di selezionare il materiale relativo alle intercettazioni che fosse rilevante e utilizzabile ai fini del procedimento penale in corso.

L'udienza di stralcio è temporalmente collocata all'interno della fase delle indagini preliminari, ed in particolare al termine del periodo fissato dal pubblico ministero per prendere visione ed estrarre copia dei documenti depositati, termine che a sua volta deve essere fissato entro cinque giorni dalla conclusione dell'ascolto. La scelta di collocarla nella fase prodromica al dibattimento si pone in antitesi con l'impostazione tendenziale del codice, ispirato al principio della formazione delle prove in sede dibattimentale, ma si giustifica nell'ottica della salvaguardia di alcuni interessi fondamentali: da un lato vi è il diritto alla *privacy* dei soggetti intercettati che sarebbe inutilmente pregiudicato dalla divulgazione in giudizio di colloqui, o parte degli stessi, che non siano effettivamente inerenti all'oggetto dell'accusa. «Lo stralcio, per quest'aspetto, è un rimedio preventivo alla lesione che altrimenti deriverebbe dal principio di pubblicità del dibattimento»²¹⁹; dall'altro lato, l'eliminazione delle intercettazioni inutilizzabili in una fase precedente a quella del giudizio è funzionale a preservare la verginità del giudice del dibattimento dalla

²

²¹⁸ G. Pierro, *Ancora incertezze sull'accesso difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare*, in Diritto penale e processo, 4/1012, p. 479.

A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 220.

conoscenza di fonti spurie, che non potrebbero essere poi utilizzate per fondare la decisione. «Se il giudice non può usare, meglio addirittura che non sappia»²²⁰.

Questo ragionamento, che dal punto di vista teorico appare perfettamente lineare, pone però due rilevanti problemi nella pratica. Il primo è relativo alla circostanza che la selezione dei colloqui rilevanti avvenga, come di fatti può accadere con tale sistema, già prima del momento in cui viene esercitata l'azione penale e dunque la formulazione dell'imputazione, con il peculiare effetto che le parti dovranno indicare le registrazioni pertinenti ad un *thema* probandum non ancora stabilmente fissato.

Il secondo problema, invece, è dato dal fatto che il giudice può concedere al pubblico ministero una proroga del periodo dei cinque giorni dalla conclusione delle operazioni per il deposito delle stesse, fino al termine delle indagini preliminari. In questo caso, infatti, il primo momento in cui la difesa potrà prendere conoscenza delle registrazioni coincide con il deposito del fascicolo di cui all'art. 416 co. 2. Le parti necessiteranno poi di tempo per esaminare le intercettazioni così da procedere all'udienza camerale di stralcio, che difficilmente potrà tenersi prima dell'inizio dell'udienza preliminare. Ma una volta aperta quest'ultima, il regime probatorio applicabile sarà quello tassativamente indicato dall'art. 442, il quale fa esclusivo riferimento a documenti ed escussioni. Di conseguenza, come rilevato anche dal Consiglio Superiore per la Magistratura²²¹, sovente accade che il primo momento utile per la procedura di selezione del materiale intercettato sia proprio l'udienza dibattimentale.

De iure condito, una soluzione a tale ultimo rilievo può essere intravista nella sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 392 e 393 «nella parte in cui non consentono che, nei casi previsti dalla prima delle due disposizioni, l'incidente probatorio possa

-

²²⁰ ibidem

²²¹ Delibera C.S.M., *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, 29 luglio 2016.

essere richiesto ed eseguito anche nella fase dell'udienza preliminare»²²². Difficile una immediata trasposizione di tale principio all'istituto che qui rileva, ma una lettura estensiva di tale sentenza potrebbe condurre al riconoscimento, già nel diritto vivente, della possibilità di ammettere anche in udienza preliminare una trascrizione disposta dal giudice²²³.

La procedura d'acquisizione si sostanzia in un'udienza in camera di consiglio a cui le parti hanno diritto di partecipare e di essere avvisate almeno ventiquattr'ore prima. Un eventuale ritardo od omissione di tale comunicazione comporterà una nullità generale a regime intermedio, sanzionabile *ex* art. 178 lettera c).

Accusa e difesa devono indicare, in contraddittorio tra loro, le parti delle registrazioni rilevanti di cui richiedono la trascrizione. Nessun potere di assunzione *ex officio* è attribuito, in questo contesto, al giudice. L' art. 268, infatti, non contiene disposizione analoghe a quelle degli artt. 506 e 507 che disciplinano i poteri istruttori del giudice, dunque, nel caso in cui vi sia inerzia del pubblico ministero o del difensore circa l'indicazione di una parte della conversazione che potrebbe essere rilevante, il giudice non potrà comunque acquisirla di sua iniziativa, dovendo piuttosto procedere allo stralcio della stessa.

A non poter essere trascritti sono dunque i dialoghi inutilizzabili, quelli manifestamente infondati e quelli non indicati dalle parti.

Una volta operata la selezione del materiale si procede a norma dell'art. 268 co. 7: "Il giudice dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie".

²²² Corte Cost., 10 marzo 1994, n. 77;

²²³ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 224.

È stato sostenuto in dottrina²²⁴ che tale attività non possa comunque essere considerata una vera e propria perizia, essendo carente dell'aspetto valutativo. Tale impostazione non è però condivisibile, dal momento che l'attività di trascrizione non è meramente meccanica, ma, al contrario, implica l'interpretazione di molteplici fattori, come ad esempio il tono della conversazione, le pause, espressioni dialettali o straniere. La forma della perizia è prescritta dalla norma obbligatoriamente, in quanto offre maggiori garanzie di attendibilità. Una eventuale trascrizione che non fosse avvenuta in forma peritale interferirebbe con la corretta formazione della prova in dibattimento.

La trascrizione deve avvenire in apposita udienza fissata dal giudice, nel contraddittorio tra le parti. Ai sensi dell'art. 268 co. 8, ante riforma, i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e far trasporre su nastro magnetico le registrazioni. La mancata trascrizione durante la fase delle indagini preliminari, quando le parti non ne abbiano fatto richiesta, non comporta né inutilizzabilità né nullità delle intercettazioni²²⁵.

Così effettuate, le trascrizioni saranno inserite direttamente nel fascicolo del dibattimento poiché si tratta di atti non ripetibili ex art. 431 co. 1 lettera c)²²⁶. In tale fascicolo confluiranno anche le registrazioni e non invece i brogliacci d'ascolto.

Le trascrizioni potranno così diventare rilevanti ai fini della decisione in seguito a lettura o specifica indicazione ex art. 511 co. 5 c.p.p.

Ex art. 269 "i verbali e le intercettazioni sono conservati integralmente presso l'ufficio del pubblico ministero che ha disposto l'intercettazione". Tale obbligo riguardava dunque sia gli atti acquisiti al fascicolo del dibattimento, sia quelli scartati durante la procedura di stralcio, e si protraeva fino al passaggio in giudicato della sentenza. Un'eccezione a questa regola è prevista dal co. 2 dello stesso articolo, che individua una procedura di distruzione

²²⁴ G. Illuminati. *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 134.

²²⁵ Cass. pen., Sez. II, 26 febbraio 2013, n. 13463, Lagano ed altri.

²²⁶ G. Conso, V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 395.

anticipata dei brani irrilevanti a tutela della riservatezza degli interessati. Il nuovo codice colmava così la lacuna di quello precedente, in attuazione del dettato della Corte Costituzionale che si era espressa circa la necessità dell'introduzione di «un compiuto sistema [...] per l'eliminazione del materiale non pertinente»²²⁷. La distruzione segue ad un duplice accertamento da parte del giudice: l'irrilevanza del materiale e la legittimazione del soggetto che avanza la richiesta.

Circa il primo presupposto, si tratta di una valutazione alquanto delicata ed affatto semplice, dal momento che alcuni brani potrebbero sembrare irrilevanti in un primo momento e acquistare importanza successivamente, alla luce di ulteriori scoperte o di una più approfondita analisi. Tale rimedio dunque presenta certamente dei rischi, ecco perché la dottrina²²⁸ si è espressa in merito richiedendone ai magistrati un uso prudente. Proprio tali rischi giustificano la procedura scelta per l'espletamento di tale operazione, si tratta cioè di un'udienza in camera di consiglio, a norma dell'art. 127 c.p.p., che garantisce il contradditorio delle parti. Dell'udienza deve essere data comunicazione alle parti almeno dieci giorni prima. Il lasso di tempo intercorrente tra la fissazione della data dell'udienza e l'udienza stessa si rivela funzionale al pubblico ministero, il quale deve accertare che i brani in oggetto siano irrilevanti anche ai fini di altri procedimenti pendenti²²⁹.

Per quanto riguarda il secondo presupposto, ossia la legittimazione del soggetto che avanza l'istanza, la norma fa riferimento agli "interessati". Si tratta di tutti coloro che possono vantare "un'aspirazione alla *privacy*". È stato sostenuto in dottrina²³¹ che, data la *ratio* della norma, sia preferibile optare per un'interpretazione elastica del testo, riconoscendo così anche al

_

²³¹ ibidem

²²⁷ Corte Cost, 1973, n. 34.

²²⁸ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 245.

L'udienza in camera di consiglio e il contraddittorio tra le parti è invece stata ritenuta un'inutile appesantimento della procedura da G.i.p. pret. Torino, 28 aprile 1994, Stefani, il quale ha contestualmente sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 269 co. 2 per contrasto con gli artt. 3 e 76 Cost.

A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, p. 246.

pubblico ministero la legittimazione, senza la necessità di individuare uno specifico interesse. Un altro autore ²³² si è espresso in senso contrario, negando la legittimazione al magistrato inquirente. In materia si è espressa anche la Corte Costituzionale, la quale, sebbene incidentalmente, ha affermato che il riconoscimento della legittimazione in capo al pubblico ministero «non solo non è contrario alla Costituzione, ma [...] è l'unico compatibile con la salvaguardia dei principi costituzionali» ²³³. Gli "interessati", dunque, possono essere anche soggetti diversi dalle parti, anche se tale circostanza pone il problema di carattere pratico che difficilmente persone estranee al procedimento verranno a conoscenza di intercettazioni che li riguardano.

La norma non stabilisce un termine entro il quale debba essere avanzata l'istanza, dunque essa può essere presentata in qualunque momento del procedimento. Sulla richiesta decide il giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione, anche se questa è stata ammessa in un momento successivo alle indagini preliminari²³⁴. Della distruzione è necessario redigere apposito verbale.

Il co. 3 dell'art. 27 c.p.p. attribuisce al giudice il potere di disporre in ogni stato e grado del processo la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili che non costituiscano corpo del reato.

Così delineata la procedura di acquisizione, stralcio e distruzione delle intercettazioni prima dell'intervento riformatore del legislatore, è necessario esaminare la prassi applicativa che ne era derivata. Gli uffici giudiziari avevano, infatti, finito per disapplicare completamente nella pratica l'udienza di stralcio. Come in precedenza esaminato, lo scopo di tale disciplina è quello di operare un vaglio sulle intercettazioni ammissibili e rilevanti già nella fase delle indagini preliminari, così da evitare l'approdo di quelle irrilevanti all'udienza dibattimentale pubblica.

²³² G. Fumu, *Intercettazioni, archiviazione e distruzione della documentazione tra norma e prassi e giurisprudenza*, in Leg. Pen. , 1995, p. 495.

²³³ Corte Cost., 1994, n. 463. ²³⁴ L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 167.

Saltando l'udienza di stralcio, l'assunzione delle intercettazioni avviene direttamente in fase dibattimentale. Per questa ragione il tribunale di Roma, con ordinanza del 10 aprile 2012, aveva espresso le sue perplessità circa la legittimità costituzionale dell'art. 224 c.p.p., con riferimento agli artt. 2 e 15 Cost., nella parte in cui tale norma prevede la possibilità per il giudice del dibattimento di disporre la perizia necessaria per procedere alla trascrizione delle comunicazioni e conversazioni intercettate. Il giudice rinveniva, infatti, proprio nella possibilità di ammettere la perizia in sede dibattimentale. una lesione del diritto alla riservatezza dei soggetti intercettati.

In realtà non sembra essere la possibilità dell'utilizzo dello strumento peritale per la trascrizione delle intercettazioni da parte del giudice del dibattimento a provocare la divulgazione dei materiali sensibili e dunque a indebolire la tutela della riservatezza²³⁵. Il tema è stato affrontato ancora più nel dettaglio in dottrina²³⁶, affermando che «indubbiamente i fattori che hanno inciso sulla scomparsa dell'udienza di stralcio sono molteplici. In primo luogo, l'art. 271 c.p.p. non sanziona con l'inutilizzabilità l'inosservanza della sequenza deposito-stralcio trascrizione; inoltre, il potere del giudice è troppo blando, essendo limitato alla rilevazione della manifesta irrilevanza; infine, la quantità di captazioni effettuate (spesso enorme) contribuisce a rendere vana l'effettività di una selezione. Tuttavia, il fattore che, più degli altri, potrebbe aver determinato l'abbandono di questo istituto sembra proprio l'assenza di un concreto vantaggio derivante dalla sua attivazione». Infatti, nel momento in cui è intervenuto il deposito e le parti dovrebbero attivare la procedura ex art. 268 c.p.p. ante riforma, il segreto d'indagine è già caduto e le conversazioni sono già divulgabili. Alla difesa allora converrà attendere il dibattimento, piuttosto che richiedere la procedura di stralcio durante la fase delle indagini preliminari, così che l'imputazione sia già cristallizzata e il difensore abbia

²³⁵ F. Alonzi, *Dubbi di costituzionalità sulla disciplina della trascrizione delle intercettazioni in dibattimento*, in Diritto penale e processo, 9/2012, p. 1102.

²³⁶ A. Cabiale, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in Diritto penale e processo, 1/2014, p. 109.

avuto più tempo a disposizione per analizzare tutte le registrazioni. Le ragioni della disapplicazione dell'istituto risiedono pertanto nello scollamento tra le esigenze che si intendono tutelare e le garanzie offerte dalla disciplina dell'istituto.

Le criticità di questo sistema sono state messe in luce anche dalla Corte Costituzionale²³⁷, chiamata a decidere circa il conflitto d'attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo. La vicenda fattuale riguardava la "trattativa Stato-mafia", durante la quale le numerosissime intercettazioni disposte avevano carpito anche quattro conversazioni aventi come protagonisti uno degli indagati e il Presidente della Repubblica. La Procura di Palermo, che riteneva tali intercettazioni irrilevanti, intendeva sottoporle a procedura di deposito, stralcio ed eventuale distruzione anticipata, così come da disciplina codicistica. Di diverso avviso la Presidenza della Repubblica, la quale riteneva che, essendo vietate dalla legge, quelle intercettazioni dovevano immediatamente essere distrutte, a prescindere dalla procedura che avrebbe potuto rivelarne il contenuto, investendo la Consulta della questione. Quest'ultima, partendo da un'analisi dei poteri e della figura stessa del Presidente della Repubblica, conclude che qualunque intercettazione che dovesse coinvolgerlo sarebbe viziata da inutilizzabilità. Circa la procedura applicabile per la distruzione, la Corte si è riferita all'art. 271, evidenziando la struttura "aperta" della norma: il dettato dell'articolo non impone né esclude la fissazione di un'apposita udienza in camera di consiglio, dal momento che, ritiene la Consulta, si tratta di una procedura che deve essere adattata ai diversi casi di inutilizzabilità delle intercettazioni. Alcuni tipi di inutilizzabilità, infatti, sono dovuti esclusivamente all'inosservanza di «regole procedurali che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate», sono dunque «comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse

²³⁷ C. Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, in Cass. pen., 2013, 1319

stata seguita la procedura»²³⁸. In questi casi può dunque essere fissata l'udienza camerale in contraddittorio tra le parti. Quella in esame, al contrario, rientra all'interno delle inutilizzabilità relative a «ragioni di ordine sostanziale», che trovano giustificazione nella necessità di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. «L'accesso delle altre parti del giudizio, con il rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare»²³⁹.

La Corte ha dunque affermato che le intercettazioni in questione dovevano essere distrutte *ex* art 271 co. 3, senza la procedura di deposito e stralcio che le avrebbe esposte a pubblicità. Tale decisione della Corte è stato definita «non impeccabile»²⁴⁰: quando l'art. 268 co. 6, nel disciplinare la procedura di stralcio, stabilisce che il giudice delle indagini preliminari procede anche d'ufficio all'eliminazione delle intercettazioni vietate dalla legge, riferisce all'evidenza tale procedura a tutte le intercettazioni viziate, senza escluderne alcuna. Potrebbe inoltre ritenersi che il mancato riferimento al contraddittorio nell'art. 271 co. 3 sia dovuto proprio al presupposto che questo si ritenga in realtà già avvenuto nell'udienza di stralcio. Infine, le uniche intercettazioni espressamente sottratte alla procedura *de qua* sono quelle relative alle "comunicazioni di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza o ai servizi di informazione per la sicurezza" di cui all'art. 270 c.p.p., il che dovrebbe condurre a ritenere tutte le altre implicitamente sottoposte alla disciplina codicistica²⁴¹.

Ciò che emerge dall'analisi di questa vicenda giudiziaria è, dunque, che l'unico modo per sottrarre l'intercettazione alla divulgazione *extra* procedimentale è stato quello di disapplicare l'*iter* previsto dal codice per il deposito e lo stralcio.

²³⁸ Così, C. Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, cit., 1346.

²³⁹ C. Cost., 15 gennaio 2013, n. 1, cit., 1346.

²⁴⁰ A. Cabiale, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in Diritto penale e processo, 1/2014, p. 116.

²⁴¹ *Ibidem.*

Sono queste le problematiche che hanno condotto il legislatore a rivisitare la materia, abrogando i commi 5, 6, 7 e 8 dell'art. 268, e con essi il desueto istituto dell'udienza di stralcio. La materia è disciplinata dal novellato co. 4 dell'art. 268 e dai neo introdotti artt. 268-bis, 268-ter e 268-quater.

Attualmente, dunque, è previsto che, subito dopo la scadenza del termine indicato nel decreto d'autorizzazione o in quello di proroga, la polizia giudiziaria consegni al pubblico ministero le registrazioni ed i verbali per la loro conservazione nell'apposito archivio riservato, introdotto dal nuovo art. 269. È stata dunque abrogata la disposizione che prevedeva detti materiali confluissero direttamente nel fascicolo del pubblico ministero.

Il pubblico ministero può differire il trasferimento del materiale in questione nel caso in cui ve ne sia esigenza per la particolare complessità dell'indagine, da valutare sia in relazione all'oggetto del provvedimento che al numero dei soggetti coinvolti. La polizia giudiziaria potrebbe infatti avere necessità di riascoltare le registrazioni di operazioni già terminate al fine di meglio valutare la rilevanza delle conversazioni oggetto di operazioni ancora in corso. Il provvedimento del pubblico ministero non è motivato, ma deve disporre le misure da adottare per garantire la riservatezza degli atti di cui è autorizzato il differimento della trasmissione.

Nel momento in cui gli atti pervengono alla segreteria del pubblico ministero, a quest'ultimo compete il deposito delle annotazioni, dei verbali, delle registrazioni e dei decreti che le hanno disposte, autorizzate, prorogate o convalidate. Il deposito deve avvenire entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, ferma restando la possibilità per il pubblico ministero, già prevista dal sistema abrogato, di richiedere al giudice delle indagini preliminari la possibilità di ritardare il deposito entro e non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

È in questa sede che il magistrato inquirente procede alla formazione dell'elenco dei brani che ritiene rilevanti ai fini di prova, elenco che sarà materialmente redatto sulla bozza di quello compilato dalla polizia giudiziaria

che ha proceduto all'ascolto. Tale elenco è funzionale alla successiva richiesta che deve essere avanzata dal pubblico ministero al giudice per inserire i brani ritenuti rilevanti all'interno del fascicolo delle indagini. Una delle più importanti novità della riforma consiste proprio in questo meccanismo, volto ad evitare l'approdo integrale di tutte le registrazioni al fascicolo del pubblico ministero, e consentendovi, invece, solo quello delle conversazioni effettivamente rilevanti per il procedimento. Detto elenco è depositato con il resto del materiale.

Come in precedenza, il deposito è finalizzato all'esercizio di difesa. Prescrive infatti il co. 2 dell'art. 268-bis che "ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso della facoltà di esaminare gli atti, prendere visione dell'elenco di cui al comma 1[trattasi dell'elenco in cui il pubblico ministero individua le registrazioni rilevanti a fini probatori], nonché di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche".

La nuova procedura di acquisizione al fascicolo delle indagini, inserita al posto di quella di stralcio, è disciplinata dagli artt. 268-bis e 268-ter. Entro cinque giorni dal deposito, il pubblico ministero deve presentare al giudice la richiesta di acquisizione delle registrazioni indicate nell'elenco formato ai sensi dell'art. 268-bis co. 2, e ne dà contestuale avviso alla difesa. Questa procedura può avvenire tanto nella fase delle indagini preliminari, quanto, e più spesso, alla fine di tale fase, laddove il giudice abbia autorizzato la posticipazione del deposito entro e non oltre la chiusura delle indagini. D'altronde è stato rilevato in dottrina come si tratti di un'attività, quella di indicazione delle conversazioni rilevanti a fini probatori, che presuppone una valutazione «di tutte le risultanze d'indagine nel loro complesso e dunque richiede una pressoché definitiva stabilità del plesso probatorio acquisito» 242.

Con la notifica ai difensori dell'avvenuto deposito della richiesta di acquisizione del pubblico ministero si instaura un procedimento a

_

²⁴² D. Peretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2018, p. 199.

contraddittorio cartolare. I difensori, infatti, nel termine di dieci giorni, prorogabili per altri dieci in ragione della complessità dell'indagine e del numero delle intercettazioni, possono compilare una richiesta in cui indicano le intercettazioni che ritengono rilevanti ai fini del provvedimento, non già indicate dal pubblico ministero, e l'esclusione di quelle indicate dal pubblico ministero perché ritenute inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione anche sommaria ex art 268 comma 2-bis. Detta richiesta è depositata, unitamente agli atti allegati, presso la segreteria del pubblico ministero, il quale ne cura l'immediata trasmissione al giudice.

Il giudice decide nel termine di cinque giorni dalla presentazione della richiesta con provvedimento emesso de plano in camera di consiglio, sulla base del solo contraddittorio cartolare. Con atto motivato, dunque, l'organo l'ammissibilità delle giudiziario statuisce circa acquisizioni delle conversazioni e comunicazioni richieste dalle parti, escludendo quelle manifestamente irrilevanti e ordinando anche d'ufficio lo stralcio di quelle inutilizzabili. Il giudizio di manifesta irrilevanza sarà necessariamente meno rigoroso di quello di rilevanza prescritto dall' art. 268 comma 2-bis e 2-ter, e atterrà, stanti i poteri officiosi del giudice, esclusivamente le conversazioni o comunicazioni su cui non si è instaurato il contraddittorio, ossia quelle di cui la difesa non ha chiesto l'esclusione²⁴³.

Nel caso in cui il giudice ne ravvisi la necessità, la decisione è emessa in esito ad un'udienza da tenersi il quinto giorno successivo al termine fissato dal comma 1 dell'art. 268-quater. È necessario che ne sia dato tempestivo avviso al pubblico ministero e ai difensori. La possibilità dell'instaurazione dell'udienza partecipata sembra lasciata alla completa discrezionalità del giudice, dal momento che il giudizio di necessità, cui si riferisce la norma, appare di difficile perimetrazione.

²⁴³ D. Peretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2018, p. 202.

Gli atti e i verbali di cui il giudice dispone l'acquisizione sono inseriti nel fascicolo delle indagini e, se non ancora trascritti, il giudice ne ordina la trascrizione a cura del pubblico ministero. Gli atti non acquisiti invece sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato *ex* art. 269.

L'art. 268-ter co. 1 prescrive una disciplina particolare per l'acquisizione di conversazioni o comunicazioni utilizzate durante la fase delle indagini preliminari per fondare una richiesta di applicazione di misura cautelare. In questo caso infatti l'acquisizione al fascicolo delle indagini non avviene per mano del giudice, ma è effettuata direttamente dal pubblico ministero. L'intervento del giudice avviene, in questo caso, in una fase preliminare, ed in particolare quando il pubblico ministero, in base al novellato art. 291, gli tramette oltre la richiesta di applicazione di misura cautelare, anche i verbali di cui all'art. 268 co. 2, limitatamente alle conversazioni e comunicazioni rilevanti. Il giudice si troverà così oltre che a dover operare il consueto vaglio dei presupposti cautelari, anche a selezionare in via officiosa le conversazioni rilevanti, applicando in via anticipata la procedura ordinaria esaminata in precedenza.

Proprio in questa procedura emerge una delle più importanti lacune lasciate dalla riforma: nulla è detto circa le facoltà dei difensori. La dottrina, nella specie, si è chiesta in che modo la difesa possa intervenire sull'acquisizione di conversazioni avvenuta sulla base di una decisione del giudice *de plano*, su sola indicazione unilaterale del pubblico ministero²⁴⁴. Sicuramente, in base al novellato art. 293, la difesa "ha diritto di esame e copia dei verbali delle conversazioni e comunicazioni intercettate. Ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni". Il diritto di copia è da intendersi riconosciuto limitatamente ai

²⁴⁴ D. Peretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2018, p. 206.

brani utilizzati per disporre la misura cautelare, essendo comunque fermamente riconosciuto il diritto di ascoltare tutte le altre conversazioni.

La dottrina ha ritenuto che il procedimento particolare *de quo* non sia esclusivo ma possa concorrere con l'attivazione del procedimento ordinario da parte della difesa: è questo l'unico modo per garantire a quest'ultima la possibilità di richiedere al giudice l'esclusione di conversazioni introdotte nel fascicolo delle indagini *ex* art. 268-*ter* co. 1 e successivamente divenute irrilevanti. Nel caso in cui vi sia stato incidente cautelare, dunque, concorrono la competenza del pubblico ministero ad includere direttamente le intercettazioni utilizzate per l'ordinanza cautelare al fascicolo delle indagini, ed una competenza propria del giudice delle indagini a provvedere alle richieste della difesa, «con una procedura a posteriori che appare dai tratti ibridi»²⁴⁵.

Infine l'art. 269, così come modificato dalla riforma, introduce un archivio riservato presso la segreteria del pubblico ministero che procede alle indagini, nel quale saranno conservati integralmente i verbali, le registrazioni e ed ogni altro atto ad esse relativo. È questa la soluzione che la riforma ha dato alla difficile ricerca di un bilanciamento tra l'esigenza di conservazione integrale del materiale, almeno fino al passaggio in giudicato della sentenza, e quella di mantenere il segreto.

L'archivio è regolato dall'art. 89-bis disp. att. c.p.p.: è situato presso il pubblico ministero e sottoposto al controllo del procuratore della Repubblica, al quale è demandato il compito di impartire le previsioni necessarie al fine di regolare l'accesso all'archivio con modalità tali da garantire la riservatezza di quanto conservato. All'archivio possono accedere il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se

²⁴⁵ D. Peretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2018, p. 208.

necessario, da un interprete. Di ogni accesso sono annotati gli estremi temporali e gli atti specificatamente consultati in apposito registro.

La tutela della segretezza degli atti in questione è evidentemente funzionale sia alla riservatezza dei soggetti coinvolti che alle esigenze d'indagine. La violazione dell'obbligo del segreto può integrare i delitti di rivelazione di segreto d'ufficio, previsto dall'art. 326 c.p., rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale, di cui all'art. 379-bis c.p., e favoreggiamento personale, ex art. 378 c.p.

Per espressa previsione del co. 1-bis dell'art. 269, non sono coperti dal segreto i verbali e le registrazioni di conversazioni o comunicazioni acquisiti al fascicolo del pubblico ministero.

8. Diritti dei terzi e soggetti a tutela rafforzata. I parlamentari

L'art 68 co. 3 Cost. richiede una disciplina particolare allorché ad essere sottoposto ad intercettazioni sia un membro del Parlamento, statuendo in particolare che a tal fine è necessaria un'autorizzazione della Camera d'appartenenza. La *ratio* della norma risiede nella volontà dei costituenti di tutelare tali soggetti, in qualità di rappresentanti del popolo e per l'importanza delle funzioni da essi svolte, da eventuali atti limitativi della libertà, derivanti da abusi della magistratura, che potrebbero interferire con l'autonomia di cui godono.

Attuazione alla normativa costituzionale è stata data attraverso la l. 20 giugno 2003 n. 140, anche nota come Lodo Maccanico-Schifani, che disciplina il regime applicabile a seconda che si tratti di intercettazioni dirette, indirette o casuali. Per quanto riguarda le prime due, si tratta di captazioni mirate al membro del parlamento che si differenziano tra loro a seconda che sia intercettata direttamente la linea telefonica del parlamentare o un'utenza di un diverso soggetto. Ha sostenuto la Corte Costituzionale che nel caso in cui

l'atto di indagine «è volto, in concreto, ad accedere nella sfera delle comunicazioni del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima, a prescindere dal fatto che il procedimento riguardi terzi o che le utenze sottoposte a controllo appartengano a terzi»²⁴⁶, poiché ad essere tutelato non è la linea telefonica, bensì il contenuto della conversazione. L'intercettazione è detta invece casuale allorquando il parlamentare è intercettato in qualità di interlocutore del soggetto cui in realtà erano dirette le attività di captazione.

Mentre nel caso delle intercettazioni dirette e indirette è necessario che l'autorità procedente richieda un'autorizzazione preventiva alla Camera d'appartenenza, per le intercettazioni casuali bisogna distinguere: se l'autorità giudiziaria le ritiene irrilevanti ne può disporre in camera di consiglio la distruzione totale o parziale; se, al contrario, intenda utilizzarle dovrà richiedere un autorizzazione ex post alla Camera di appartenenza e, nel caso in cui questa non sia concessa, distruggere le registrazioni.

La disciplina delle intercettazioni che coinvolgono parlamentari è stata più volte soggetta a moniti della Corte Costituzionale, volti ad evitare un'applicazione estensiva delle garanzie previste per tali soggetti. In particolare, la Consulta ha escluso dapprima che dette previsioni fossero applicabili anche al nuncius²⁴⁷, ossia il portavoce del parlamentare che riferisca circa quanto detto da quest'ultimo, e poi che la normativa fosse da intendere come riferita anche a soggetti diventati parlamentari solo in un momento successivo a quello in cui è avvenuta l'intercettazione²⁴⁸.

Una tappa fondamentale della storia giurisprudenziale della materia è stata segnata dalla sentenza della Corte Costituzionale²⁴⁹ n. 309 del 2007. In quest'ultima, infatti, la Corte, dapprima enuclea i criteri necessari per distinguere le intercettazioni dirette e indirette da quelle casuali, poi dichiara l'incostituzionalità dei co. 2, 5 e 6 dell'art. 6 della 1. 140 del 2003, per

²⁴⁶ Corte Cost., 19 novembre 2007, n. 390.

²⁴⁷ Corte cost., sent. 21 aprile 2005, n. 163. ²⁴⁸ Corte cost., ord. 23 novembre 2007, n. 389

²⁴⁹ Corte Cost. 19 novembre 2007, n. 390.

contrasto con gli artt. 3 e 68 co.3 Cost., nella parte in cui estendono lo specifico regime previsto per le intercettazioni casuali di parlamentari anche al al caso in cui queste debbano essere usate nei confronti di altri soggetti. Questo comporta per un verso che non sarà necessaria la richiesta alla Camera di appartenenza del parlamentare per l'utilizzo delle intercettazioni nei confronti di altri soggetti, per un altro, che anche laddove si volessero utilizzare le intercettazioni nei confronti del parlamentare ma la Camera non abbia acconsentito, non vi sarà immediata distruzione del materiale captato, poiché questo potrà comunque essere utilizzato nei confronti dell'interlocutore del parlamentare.

Con ulteriori sentenze la Consulta è ritornata sull'argomento, specificando che nel caso in cui dovesse intervenire, nel corso dell'atto di indagine, un mutamento di obbiettivi nell'autorità giudiziaria circa il soggetto da sottoporre all'operazione, questo renderebbe l'intercettazione diretta o indiretta, poiché mirata al parlamentare e pertanto priva del requisito della casualità²⁵⁰. In altra pronuncia la Corte si è soffermata sulla necessità di motivare adeguatamente circa la casualità dell'intercettazione, così da evitare che l'obbligo di richiesta preventiva alla Camera d'appartenenza possa agevolmente essere aggirato, esemplificando alcuni fattori che a tal fine devono essere specificamente valutati, tra cui i «rapporti intercorrenti tra parlamentare e terzo sottoposto a intercettazione, avuto riguardo al tipo di attività criminosa oggetto di indagine», il «numero delle conversazioni intercorse tra il terzo e il parlamentare» e l'«arco di tempo durante il quale tale attività di captazione è avvenuta, anche rispetto ad eventuali proroghe delle autorizzazioni e al momento in cui sono sorti indizi a carico del parlamentare»²⁵¹.

L'autorizzazione concessa dalla Camera d'appartenenza è un atto ad personam, concesso sulla base di un controllo che l'organo opera circa la sussistenza, completezza e logicità della motivazione della richiesta

²⁵⁰ Corte cost., sent. 25 marzo 2010, n. 113. ²⁵¹ Corte cost., sent. 25 marzo 2010, n. 114.

dell'autorità procedente. La stessa può essere invece negata sulla base della sussistenza di un *fumus persecutionis*.

La dottrina ha sottolineato come tale particolare disciplina prevista per i parlamentari privi in realtà il mezzo investigativo della sua caratteristica più importante: l'elemento sorpresa. Il soggetto può infatti essere messo al corrente dell'attività di captazione che si sta svolgendo nei suoi confronti così da permettergli di controllare e curare attentamente le sue conversazioni. Se è indubbio che sicuramente tale circostanza può avere effetti sull'efficacia del mezzo di ricerca della prova in questione, è altrettanto vero che lo sviluppo delle nuove tecnologie oggi utilizzabili consente un controllo a largo spettro, tale da non far ritenere che lo strumento sia del tutto inutile, nonostante il soggetto sia consapevole del suo utilizzo²⁵².

8.1 Il Presidente della Repubblica

L'art. 90 Cost. prevede che il Presidente della Repubblica non possa essere perseguito per i reati commessi durante lo svolgimento delle sue funzioni, anche una volta che la sua carica sia cessata. Egli può, invece, essere chiamato a rispondere per alto tradimento e attentato alla Costituzione. Il contenuto di tali due fattispecie non è esplicitato né dalla legge di rango costituzionale, né da quella penale. Si ritiene tuttavia che l'alto tradimento consista in una condotta che, anche in collusione con altri Stati, miri alla sovversione dell'ordine costituzionale, mentre l'attentato alla Costituzione si realizza con una violazione dolosa delle norme costituzionali, tale da mettere a rischio le basi dell'ordinamento democratico. Quando il Presidente della Repubblica è ritenuto colpevole di tali reati, egli può essere messo in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune, mentre la fase propriamente giurisdizionale è riservata alla Corte Costituzionale.

²⁵² A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 125.

La legge di attuazione della norma costituzionale, l. 5 giugno 1989 n. 219, specifica all'art. 7 che tale carica dello Stato può essere sottoposta ad intercettazioni esclusivamente nel caso in cui queste siano finalizzate all'accertamento dei due reati anzidetti di cui egli può rispondere e, a tal fine, è necessario che queste siano disposte dalla commissione che si forma nel procedimento di messa in stato d'accusa e solo allorquando la Corte Costituzionale abbia deliberato la sospensione dalla carica del Presidente. Nei casi d'urgenza il presidente della commissione può procedere anche prima del consenso della commissione, informando però la commissione al più presto. Quest'ultima dovrà convalidare l'atto entro dieci giorni, pena la perdita d'efficacia dell'atto e l'inutilizzabilità delle intercettazioni già acquisite.

Questioni problematiche dell'istituto sono state affrontate nella sent. della Corte Cost. n. 1 del 15 gennaio 2013, il c.d. "affare Napolitano". Il caso riguarda un procedimento penale incardinato presso il Tribunale di Palermo, inerente alla "trattativa Stato-mafia", per l'accertamento del quale la Procura di Palermo aveva sottoposto taluni soggetti ad intercettazioni. Nel controllo di due utenze dell'ex senatore Nicola Mancino, vengono captate anche quattro conversazioni con l'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano. La Procura, in risposta alla richiesta di chiarimento in merito alla sorte delle intercettazioni da parte dell'avvocato generale dello Stato, risponde che «avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato, non ne prevedeva alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge»²⁵³, specificando in seguito che «nell'ordinamento attuale nessuna norma prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della quando, di intercettazione telefonica registrazione, nel corso una legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non

-

²⁵³ Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*).

poteva essere disposta alcuna intercettazione» e che in tali casi «alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della irrilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con la autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, sentite le parti. Ciò è quanto prevedono le più elementari norme dell'ordinamento»²⁵⁴. Sono queste e dichiarazioni che hanno spinto il Presidente Napolitano a sollevare davanti alla Corte Costituzionale il conflitto d'attribuzione nei confronti della Procura della Repubblica di Palermo, ritenendo che quest'ultima abbia violato gli artt. 3 e 90 Cost. e la normativa d'attuazione, con riferimento all'art. 7 della 1. 5 giugno 1989, n. 219.

La Consulta analizza, per quello che qui interessa, la figura del Presidente della Repubblica, ritenendola «al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato», poiché esente da responsabilità politica e, quando agisce nell'ambito delle sue funzioni, anche da responsabilità penale, con i due soli limiti analizzati in precedenza. Essa è caratterizzata da un particolare potere di persuasione che si esplica attraverso il compimento dei c.d. atti informali finalizzati all'esercizio delle sue funzioni costituzionalmente determinate. Si tratta di atti che non possono essere determinati a monte e che si sostanziano nella maggior parte nella costruzione e nel mantenimento di una fitta rete di contatti, che si realizza attraverso comunicazioni il cui contenuto non può pertanto all'evidenza essere divulgato. Salvo dunque il caso specificatamente previsto dall'art. 7 della 1. 5 giugno 1989 n. 219, tale carica dello Stato non può mai essere sottoposta ad intercettazioni, neanche casuali, come nel caso di specie. «Il livello di tutela non si abbassa per effetto della circostanza, non prevista dagli inquirenti [...], che l'intercettazione non riguardi una utenza in uso al Capo dello Stato, ma quella di un terzo destinatario di indagini giudiziarie. [...] La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all'intercettazione [...], a quella posteriore, giacché si impone alle autorità che

²⁵⁴ Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 1.1 del *Ritenuto in fatto*).

hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il *vulnus* alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni»²⁵⁵. La Consulta, in sintesi, afferma che al Presidente della Repubblica deve esser garantita una riservatezza assoluta, proprio in ragione della sua funzione «di raccordo e di equilibrio tra poteri dello Stato»²⁵⁶, e che questa non può essere compressa neanche e soprattutto in ragione del carattere casuale dell'intercettazione²⁵⁷.

Le ragioni di una così netta differenza tra la disciplina prevista per i parlamentari e quella dettata per il Presidente della Repubblica risiede nella diversa *ratio* dei due istituti: da un lato si vuole salvaguardare il parlamentare da eccessive ed indebite ingerenze della magistratura, dall'altro la tutela assoluta delle funzioni svolte dal Presidente.

Un profilo problematico della disciplina analizzata, così come ricostruita dalla Costituzionale. ravvisa Corte si nell'impossibilità di utilizzare intercettazioni casuali del Presidente della Repubblica quando questi non sia nell'esercizio delle sue funzioni. Questa situazione infatti sarebbe preclusa dall'impossibilità a monte di procedere alla valutazione di rilevanza e quindi allo stralcio, dovendosi invece distruggere immediatamente il materiale ex art. 271 c.p.p. Non esiste infatti nel nostro ordinamento un organo deputato a operare una distinzione tra le intercettazioni che riguardano conversazioni inerenti allo svolgimento delle funzioni del Capo dello Stato e quelle in astratto non riconducibili a tali funzioni. Si viene così a creare un vulnus nelle garanzie costituzionalmente previste dagli artt. 3, 24 e 112 Cost., rispettivamente il diritto di uguaglianza, il diritto di difesa e l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. Per questo motivo la dottrina ha rilevato che «alla base della soluzione resta, si può sostenere, una questione di

²⁵⁵ Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 14 del *Considerato in diritto*).

²⁵⁶ Corte cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 10 del *Considerato in diritto*).

²⁵⁷ Per quanto riguarda i profili inerenti alla distruzione delle intercettazioni casuali nei confronti del Presidente della Repubblica trattati dalla Corte Costituzionale nella stessa sentenza, vedi § 6.2.

contemperamento di interessi costituzionali. [...] proprio a tal proposito che la corte conclude la sentenza utilizzando una formula che, nel suo porsi a chiusura del ragionamento logico-giuridico seguito, si manifesta già come una apertura, verso l'Autorità giudiziaria, se non altro nel senso, appunto, di una valutazione di interessi del massimo rango»²⁵⁸. La Corte, in tale prospettiva, sembra affermare che la propensione per l'uno o per l'altro dei vari interessi costituzionali contrapposti sia da valutare nel caso concreto. Nella vicenda in esame un vero e proprio contrasto con l'art. 3 Cost. non si verifica: «La discrezione, e quindi la riservatezza, delle comunicazioni del Presidente della Repubblica [...] non si pongono in contrasto con la generale eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma costituiscono modalità imprescindibili di esercizio della funzione di equilibrio costituzionale [...] dal cui mantenimento dipende la concreta possibilità di tutelare gli stessi diritti fondamentali, che in quell'equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare»²⁵⁹. Per quanto riguarda gli altri interessi costituzionali in gioco è dunque necessario un bilanciamento, il quale non può mai spingersi fino alla compressione totale e, dunque, all'annullamento di una garanzia costituzionale. Deve invece essere ricercato il punto di equilibrio di detti interessi, così come emerge dal quadro politico-funzionale della Carta fondamentale. La Consulta, attenendosi al petitum, non chiarisce bene quest'ultimo punto.

La dottrina²⁶⁰, interrogandosi in merito alle necessarie eccezioni alla disciplina individuata dalla Corte e auspicando un intervento del legislatore in una materia così delicata, ha prospettato *de iure condendo*, la possibilità di utilizzo delle intercettazioni che casualmente coinvolgono il Capo dello Stato, considerando l'assenza²⁶¹ nell'ordinamento italiano di un organo competente a

²⁵⁸ C. Abiakam, C. Battistoni, V. Calabrese, R. Caravella, D. Giuliano, G. Lucantoni, *Tra presupposti di legittimità, divieti d'uso e distruzione,* in *Laboratorio didattico di procedura penale*, a cura di A. Gaito, 2012/2013, p. 44.

²⁵⁹ Corte Cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1 (punto 9 del *Considerato in diritto*).

²⁶⁰ C. Abiakam, C. Battistoni, V. Calabrese, R. Caravella, D. Giuliano, G. Lucantoni, Tra presupposti di legittimità, divieti d'uso e distruzione, in Laboratorio didattico di procedura penale, a cura di A. Gaito, 2012/2013, p. 45 ss.

²⁶¹ Non si tratta in realtà di una lacuna per la Corte Costituzionale.

distinguere tra gli atti extra-funzionali e gli atti funzionali della carica, comprendendo questi ultimi anche quelli informali che costituiscono però il presupposto di funzioni costituzionalmente previste. Tale compito potrebbe in realtà essere attribuito alla stessa Corte Costituzionale per vari ordini di ragioni: intanto è proprio questo l'organo individuato dall'art. 90 Cost. per giudicare il Presidente della Repubblica in merito ai delitti di alto tradimento e attentato alla Costituzione; essendo la Corte l'unico vero interprete della Costituzione, quest'ultima è l'organo che deve accertare che i limiti investigativi imposti all'Autorità giudiziaria con riferimento ad alcuni soggetti abbiano concreta e fondata base costituzionale; infine, proprio in ragione della particolare funzione svolta dall'organo "in nessun caso il segreto di Stato è opponibile alla Corte costituzionale. La Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento", così come stabilito dall'art. 270bis co. 8 c.p.p.

8.2 I ministri e il Presidente del Consiglio dei ministri

L'ordinamento pone a tutela delle funzioni svolte dai ministri e dal Presidente del Consiglio dei ministri varie forme di tutela²⁶². Tra queste rientrano le previsioni della l. cost. n. 1 del 1989, la quale prevede la necessità di un'autorizzazione *ad acta* della Camera per poter procedere nei confronti di tali soggetti.

Con l'emendamento n. 10.4 del 12 maggio 1988 è inoltre stata prevista la necessità di autorizzazione preventiva delle intercettazioni riguardanti i ministri e il Presidente del Consiglio, "salvo che essi siano colti nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura", così come attualmente disposto dall'art. 10 co. 1 l. cost. n. 1 del

98

²⁶² C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 45.

1989. Lo stesso articolo dispone inoltre che non si applica il secondo comma dell' art. 68 Cost.

Con la riforma del 1989 è invece stato eliminato per tali cariche il procedimento speciale originariamente previsto dalla Costituzione, consistente in una messa in stato d'accusa da parte del Parlamento e in un giudizio della Corte Costituzionale. La *ratio* della modifica risiede «sia nell'intento di affidare alla magistratura ordinaria il giudizio sui reati ministeriali, che nella volontà di salvaguardare alcuni elementi di tutela differenziata della posizione dei membri del Governo»²⁶³.

Attualmente, invece, competente a giudicare in merito ai reati ministeriali di cui all'art. 96 Cost. è il tribunale ordinario, previa autorizzazione della Camera d'appartenenza. Se l'autorizzazione riguarda più soggetti appartenenti a Camere diverse o un ministro non appartiene a nessuna Camera, questa compete al Senato della Repubblica (art. 5 l. cost. n. 1 del 1989). L'atto in questione è da tenere distinto da quello previsto dall'art. 10 della stessa legge, che riguarda invece l'autorizzazione necessaria per sottoporre tali soggetti ad intercettazioni, con lo stesso procedimento previsto dall'art. 5.

8.3 I giudici della Corte Costituzionale

L'art. 3 ultimo comma della 1. cost. n. 1 del 1948 estende le garanzie previste dall'art. 68 co. 2 Cost. anche ai giudici che compongono la Corte Costituzionale, finché questi sono in carica, specificando che in tale caso l'autorizzazione a procedere ad intercettazioni è data dalla Corte Costituzionale stessa.

Il secondo comma della norma costituzionale richiamata prevedeva, nella sua versione originaria, che un membro del Parlamento non potesse essere sottoposto a procedimento penale, né "essere arrestato, o altrimenti privato

99

²⁶³ E. Malfatti, "Natura e poteri d'indagine del tribunale dei ministri in un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato", in Foro it., 1995, n. 5, p. 1425.

della libertà personale, o sottoposto a perquisizione personale o domiciliare" tranne nel caso in cui questi fosse colto nella flagranza di commettere un reato per cui è previsto come obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura.

A seguito della l. cost. n. 3 del 1993 non è più necessaria alcuna autorizzazione per l'avvio di un procedimento penale a carico di un parlamentare, mentre rimane necessaria per perquisizione personale o domiciliare, arresto o altre limitazioni della libertà, salvi i casi in cui il soggetto sia colto nell'atto di commettere un reato per il quale è previsto l'obbligo di arresto in flagranza o si debba agire in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna.

La riforma costituzionale ha dato vita ad un dibattito in dottrina in merito alla natura del rinvio operato dalla l. cost. n.1 del 1948 a favore dei giudici della Corte Costituzionale: alcuni ritengono che tale rinvio all'art. 68 co. 2 Cost. sia recettizio, il che comporterebbe un'impossibilità di estendere automaticamente la modifica che ha coinvolto la norma costituzionale anche a quella che espressamente vi rinvia. Tali autori sostengono, infatti, che la *ratio* che ha mosso la riforma era legata ad un abuso di garanzie da parte dei parlamentari, abuso che invece non si è mai verificato da parte dei giudici della Corte Costituzionale²⁶⁴. Le argomentazioni a sostegno di tale tesi si concentrano fondamentalmente sulla lettera della norma che richiama specificatamente all'articolo, invece che operare un generico riferimento alle garanzie previste per i parlamentari²⁶⁵. Un rinvio fisso sarebbe inoltre giustificato dalla particolarità delle funzioni svolte dalla Corte e dalla delicatezza del suo compito nell'ordinamento, il quale legittimerebbe l'applicazione delle garanzie maggiori previste dal testo originario della norma²⁶⁶.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la natura da attribuire al rinvio sia meramente formale, con la conseguenza che, in seguito alla riforma

_

²⁶⁴ M. Montagna, *Autorizzazione a procedere*, in Enc. dir., Milano, 2008, p. 97.

²⁶⁵ A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 51.
²⁶⁶ E. Castorina, *Appunti sulla riforma dell'art. 68 della Costituzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995, p. 83.

costituzionale del 1993, anche i giudici della Consulta sarebbero sottoponibili a procedimento penale senza necessità di alcuna autorizzazione²⁶⁷. Interpretando la norma sistematicamente, infatti, si rileva come la ratio delle previsioni a favore dei giudici della Corte Costituzionale sia, a ben vedere, identica a quella prevista per i parlamentari, così come rilevato dalla Corte Costituzionale stessa²⁶⁸. In tale prospettiva sarebbe pertanto possibile estendere analogicamente anche l'attuale 3 comma dell'art.68, il quale, come analizzato in precedenza, richiede la necessità di un'autorizzazione anche per disporre intercettazioni nei confronti di tali soggetti.

8.4 Il difensore, i consulenti tecnici e ausiliari

L'art. 103 co. 5 c.p.p. afferma testualmente che "non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite".

La *ratio* della norma si individua nell'inviolabilità del diritto di difesa e nell'intenzione di garantire al difensore la possibilità di svolgere in modo libero ed efficace il mandato professionale. Lo stesso articolo, infatti, sanziona al co. 7 il materiale ottenuto in violazione di tale disposizione con l'inutilizzabilità.

Il divieto così disposto ha una portata molto ampia, tale da ricomprendere qualsiasi tipo di intercettazione, anche quelle *inter praesentes*. Lo stesso è inoltre richiamato anche dal co. 3-bis dell'art. 295, e dunque vige anche nel caso di intercettazioni disposte per la ricerca del latitante.

L'art. 35 co. 5 disp. att. c.p.p., inoltre, prevede che il divieto di intercettazione sia riferito anche alle telefonate autorizzate tra l'imputato detenuto e il suo

²⁶⁸ Corte Cost., 12 febbraio 1969, n. 15.

101

²⁶⁷ M. Nunziata, Non occorre più alcuna previa autorizzazione per procedere contro un giudice della Corte costituzionale in carica, in Arch. nuova proc. pen., 1996, p. 679.

difensore. Un'interpretazione letterale della norma condurrebbe al riconoscimento di una garanzia inferiore rispetto a quella sancita dall'art. 103 c.p.p., poiché la normativa d'attuazione non fa esplicito riferimento anche a consulenti tecnici ed ausiliari²⁶⁹.

Un aspetto problematico della materia riguarda l'interpretazione del termine "difensore". Questo, infatti, può essere inteso in senso stretto, ossia come riferito esclusivamente al soggetto che assiste l'imputato in quel determinato procedimento in cui si richiede l'ammissione dell'intercettazione²⁷⁰, ovvero in senso più ampio, come ricomprendente tutti i soggetti aventi la qualifica di avvocato, a prescindere dal coinvolgimento nel procedimento in cui si trovino impegnati²⁷¹.

I diversi punti di vista sull'argomento hanno condotto ad una presa di posizione delle Sezioni Unite²⁷², con cui la Corte ha avallato il secondo orientamento. Tale posizione è però stata criticata dalla dottrina, poiché in questo modo verrebbe a riconoscersi in capo agli avvocati una guarentigia senza eguali nell'ordinamento²⁷³.

Altro nodo cruciale della materia è l'individuazione dell'ambito di estensione della tutela applicabile. In questo senso è stato affermato dalla Suprema Corte²⁷⁴ che detta tutela non può essere estesa al punto tale da ricomprendere tutte le conversazioni del difensore, bensì solo quelle relative alla sua funzione, in perfetta coerenza con la *ratio* che giustifica l'istituto. In altro caso²⁷⁵, la Corte si è trovata a decidere circa l'ammissibilità di un'intercettazione che riportava il colloquio di un soggetto imputato che confessava il reato ad altro soggetto, che possedeva la qualifica di difensore,

²⁶⁹ G. Conso ,V. Grevi, Compendio di procedura penale, VII ed., Cedam, Padova, 2014, p. 163.

²⁷⁰ Cass. Sez. VI, 22 ennaio 1991, Grassi, in Foro it., 1993, II, c. 378, con prevalente riferimento alla disciplina sancita dallo stesso art 103 c.p.p. per ispezioni, perquisizioni e sequestri.

Cas. Sez. VI, 27 ottobre 1992, Genna, in Cass. Pen., 1993, p. 2020; G. Frigo, Sub art. 103, in Commentario del nuovo codice di procedura penale, a cura di E. Amodio-O e O. Dominioni, vol I, Giuffrè 1989

²⁷² Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1993, Grollino.

A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 131.

²⁷⁴ Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2008, n. 38578.

²⁷⁵ Cass. pen., Sez. II, 18 giugno 2014, n. 26323

con il quale era legato da un rapporto d'amicizia. Il pubblico ministero sosteneva in merito che questa fosse ammissibile, dal momento che l'avvocato non forniva alcun parere professionale, e dunque non era tale attività riconducibile alla funzione difensiva. La Cassazione ha risolto la questione sposando la tesi dell'accusa, ritenendo in particolare che si trattasse, da un lato, di mere confidenze fatte dall'imputato e, dall' altro, di una risposta amichevole del difensore.

Il divieto di intercettazione opera anche laddove il soggetto imputato non abbia già comunicato all'autorità procedente il difensore che intende nominare *ex* art. 96 c.p.p., poiché ciò che rileva a tal fine «è la natura del colloquio e non la formalizzazione del ruolo del difensore»²⁷⁶.

Così interpretato, il divieto sancito dall'art. 103 co. 5 non potrebbe essere inteso come impossibilità *ex ante* di disporre l'intercettazione ma, al contrario, come inutilizzabilità *ex post* di quanto captato, essendo necessaria una verifica circa l'attinenza della conversazione alla funzione difensiva.

Sono ritenute invece pienamente ammissibili le intercettazioni disposte nei confronti di un soggetto che rivesta la qualifica di avvocato ma che sia inscritto nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. e dunque nel procedimento a suo carico.

La riforma Orlando è da ultimo intervenuta sull'art. 103 introducendo un ulteriore periodo al co. 7, volto ad ampliare le garanzie riconosciute al difensore e al suo imputato: stante la già espressa sanzione dell'inutilizzabilità per le conversazioni captate in violazione del presente articolo, è introdotto un divieto di trascrizione, anche sommaria, del contenuto delle comunicazioni e conversazioni comunque intercettate. Di queste ultime saranno indicati esclusivamente la data, l'ora e il dispositivo su cui è stata effettuata la registrazione.

²⁷⁶ Cass. Sez. VI, 4 luglio 2006, Spahija, in *Mass. Uff.*, 234865; Cass. Sez. VI, 4 maggio 2005, Assinnata, in *Mass. Uff.*, 232266; Cass. Sez. V, 18 febbraio 2003, Ricciotti, in *Mass. Uff.*, 224251; Cass. Sez. VI, 16 dicembre 2002, Favi, in *GI*, 2004, 1472.

9. Ipotesi particolari di intercettazioni ambientali.

La disciplina delle intercettazioni è una materia particolarmente complessa e delicata, anche in ragion del fatto che si trova a fare i conti con lo sviluppo della scienza e della tecnica che procede ad un ritmo esponenziale. I confini originari che delimitavano l'ambito d'applicazione dell'istituto sono, dunque, stati ampliati, andando a creare quello che è stato definito come «un sistema probatorio a struttura flessibile»²⁷⁷. Sono così state introdotte nelle modalità di esecuzione delle intercettazioni nuove tecnologie, sconosciute ai costituenti, così come ai compilatori del codice, ad es. microspie elettroniche minuscole, la geolocalizzazione, i c.d. "cannoni laser", che sempre più spesso faticano ad essere ricondotte all'interno della disciplina di cui all'art. 266 ss. c.p.p., finendo invece per essere ricondotte nell'ambito della prova atipica.

Sicuramente era stato messo in conto dai compilatori del codice che lo sviluppo tecnologico avrebbe avuto influenza sulla disciplina dell'istituto, proprio a questo è infatti finalizzato il riferimento alle "altre forme di telecomunicazione" contenuto dell'art. 266. Al contempo, però, d'altronde anche la giurisprudenza della Corte Europea ha ritenuto che la compressione della sfera privata degli individui possa avvenire solo in presenza di presupposti legislativi chiari e precisi e ben determinate modalità esecutive²⁷⁸.

9.1 Le videoriprese

La videoripresa consiste nella registrazione di un'immagine attraverso l'utilizzo di una telecamera posizionata in un luogo all'insaputa dei soggetti

²⁷⁷ E. Amodio, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova, un approccio comparativo,* in Riv. It. dir. e proc. pen., 1999, p. 6.

²⁷⁸ Corte Eur. 26/03/1987, Leander vs Svezia; Corte Eur. 23/09/1998, McLeod vs Regno Unito; Corte Eur. 29/03/2005 Matheron vs Francia.

ripresi²⁷⁹. Stante la totale assenza di una disciplina di tale mezzo di prova all'interno del codice, la materia è stata oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Ed è in particolare la giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha consentito di delineare i principi fondamentali che regolano la materia.

Per quanto riguarda le videoriprese eseguite nell'ambito di un procedimento penale non v'è dubbio che queste siano finalizzate ad entrare nel processo sotto forma di prova. La Corte di Cassazione ha preso posizione circa il regime di ammissibilità delle stesse, enucleando la distinzione tra comportamenti comunicativi e quelli che, invece, non sono finalizzati all'intenzionale trasmissione di messaggi, allorché le operazioni si siano svolte all'interno di luoghi di privata dimora²⁸⁰.

Fondamentale in materia l'intervento della Corte Costituzionale, la quale si trovava a vagliare la legittimità costituzionale degli artt. 189 e da 266 a 271 c.p.p. in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost. nella parte in cui «non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.p. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi»²⁸¹. In particolare, il caso riguardava un'intercettazione ambientale, autorizzata dal g.i.p., all'interno di un locale privato in cui si riteneva svolgersi l'attività criminosa, e disposta con decreto del pubblico ministero, il quale, individuando le modalità attuative, aveva ritenuto necessaria l'istallazione, oltre che di microfoni, anche di videocamere. Mentre quanto captato dai microfoni era del tutto inutile a causa dell'alto volume della musica nel locale, le registrazioni delle telecamere mostravano atti sessuali tra i clienti e le ballerine che ivi lavoravano.

La Consulta afferma che la videoripresa di comportamenti comunicativi può essere assimilata ad un'intercettazione, seguendone pertanto la disciplina. Si

²⁷⁹ Marinelli C., *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli 2013, riferim. pag. 160 ss.

²⁸⁰ Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, Greco.

²⁸¹ Corte Cost., 24 aprile 2002, n. 135.

tratta, in particolare, di un'intercettazione ambientale domiciliare e sarà dunque necessario che si possa ritenere che all'interno si stia svolgendo attività criminosa *ex* art. 266 co. 2.

Le registrazioni di comportamenti non comunicativi all'interno dei luoghi di dimora, lungi dall'esser ricompresi nella disciplina privata intercettazioni, devono invece ritenersi vietate. Ritenerle ammesse perché non espressamente vietate dalla legge, comporterebbe una violazione dell'art. 3 Cost., dal momento che tale mezzo di prova è caratterizzato da una portata invasiva pari o addirittura superiore rispetto a quella delle intercettazioni, alla quale corrisponderebbe invece un ridotto sistema di garanzie. Vi sarebbe inoltre un conflitto con l'art. 14 Cost., poiché quest'ultimo prevede che la libertà di domicilio possa essere compressa solo nei modi e nei casi stabiliti dalla legge, spettando dunque al legislatore ordinario l'introduzione di una disciplina delle videoriprese che non ecceda i limiti imposti dal suddetto articolo.

Per meglio delineare il regime applicabile in caso di intercettazione di comportamenti non comunicativi effettuate nei luoghi di privata dimora sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁸². Il caso di specie riguardava il sig. Prisco, accusato davanti al Tribunale di Perugia del reato di associazione a delinquere al fine di commettere delitti inerenti alla prostituzione e ulteriori reati scopo. Ai fini delle indagini, il pubblico ministero aveva richiesto al g.i.p. l'autorizzazione a disporre intercettazioni telefoniche e ripresa visiva. Le richieste erano state accolte dal giudice con recante come intestazione "intercettazioni di modulo prestampato conversazioni telefoniche presenti". tra L'indagato impugnava provvedimento che disponeva l'applicazione di una misura cautelare personale, adducendo tra i motivi l'illegittimità delle riprese visive su cui si fondava l'ordinanza cautelare, dal momento che queste determinavano una violazione del domicilio, garantito ex art. 14 Cost. e che non erano disciplinate

²⁸² Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco.

dalla legge ordinaria. Il ricorrente aggiungeva che anche a voler considerare dette riprese come prova atipica, queste dovrebbero essere assunte ex art. 189 c.p.p. e dunque sussisterebbe «comunque il problema del pregiudizio arrecato alla libertà morale» e «della difficoltosa riconduzione allo schema che impone una anticipata valutazione del potenziale pregiudizio rispetto alla assunzione della prova»²⁸³. La terza sezione della Corte di Cassazione rilevando un contrasto giurisprudenziale sul punto, rimetteva la questione alle Sezioni Unite. Nell'ordinanza di rimessione vengono ricordati i punti fondamentali fissati dalla sentenza della Corte Cost. n. 125 del 2002, e rilevati i diversi orientamenti di alcune pronunce della Suprema Corte: mentre alcune sono conformi all'orientamento della Consulta²⁸⁴, altre ritengono, invece, che le videoriprese debbano configurarsi come prove documentali atipiche, ammissibili all'interno dei limiti imposti dall'art. 114 Cost., la cui valutazione sarebbe rimessa al giudice caso per caso²⁸⁵.

Le Sezioni Unite intervengono così a risolvere il delicato problema, affrontando dapprima le riprese video in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Se è pacifico che queste costituiscano una fonte di prova, non è altrettanto chiaro di che prova si tratti e quale sia la disciplina applicabile.

Un primo orientamento giurisprudenziale le ricomprende all'interno dell'art. 234 c.p.p., il quale, disciplinando la prova documentale, include in tale ambito anche «fatti, persone o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo», apportando così un'innovazione rispetto al codice previgente²⁸⁶.

Altro orientamento inquadra invece le videoriprese eseguite nell'ambito dell'attività investigativa in luoghi diversi dal domicilio nel novero delle prove

²⁸³ ihidem

²⁸⁴ Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, Greco, rv. 210063; Sez. I, 29 gennaio 2003, n. 16965, Augugliaro, rv. 224240; Sez. IV, 19 gennaio 2005, n. 11181, Besnik, rv. 231047,

²⁸⁵ Sez. IV, 18 giugno 2003, n. 44484, Kazazi, rv. 226407; Sez. V, 25 marzo 1997, n. 1477, Lomuscio, rv. 208137; Sez. V, 7 maggio 2004, n. 24715, Massa, rv. 228732

²⁸⁶ In questo senso si sono pronunciate Sez. IV, 13 dicembre 1995, n. 1344, Petrangeli, rv. 204048, Sez. V, 25 marzo 1997, n. 1477, Lomuscio, rv. 208137 e Sez. VI, 10 dicembre 1997, n. 4997, Pani, rv. 210579.

atipiche, disciplinate dall'art. 189 c.p.p. Redigendo l'art 234, «il legislatore ha avuto di mira esclusivamente il documento cinematografico "precostituito" e non il frutto di una ripresa visiva costituente mezzo di ricerca della prova. In questa prospettiva le riprese visive rappresenterebbero piuttosto una prova "atipica" (art. 189 c.p.p.), da acquisire con modalità che non si pongano in conflitto con norme di legge, e qualora venissero effettuate (per fini di interesse pubblico quali quelli della prevenzione e repressione dei reati) in un luogo pubblico o aperto al pubblico non incontrerebbero alcun limite, perché la natura del luogo in cui si svolge la condotta implicherebbe una implicita rinunzia alla riservatezza»²⁸⁷. Inoltre, secondo tale orientamento, essendo prove atipiche le videoriprese in questione non necessiterebbero di alcuna autorizzazione preventiva²⁸⁸.

La Corte ha sposato tale ultima interpretazione, considerando tali riprese non come documenti, ma come documentazione dell'attività investigativa, suscettibile di entrare nel procedimento sotto forma di prova atipica, e dunque sottoposta ad una valutazione di idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti ed in quanto non pregiudichi la libertà morale della persona. È necessario che l'ammissione sia preceduta dal contraddittorio tra le parti circa le modalità d'assunzione.

La stessa sentenza delle Sezioni Unite interviene anche circa la questione, non ancora sopita, relativa all'ammissibilità di videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi effettuate nei luoghi di domicilio. Richiamando la sentenza della Corte Costituzionale²⁸⁹ in precedenza analizzata, nella parte in cui questa stabilisce che «l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe [...] essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost», il Supremo Collegio specifica che le modalità acquisitive prescritte dall'art. 189

²⁸⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 16 marzo 2000, n. 7063, Viskovic, rv. 217688

²⁸⁸ Sez. VI, 21 gennaio 2004, n. 7691, Flori, rv. 229003 e Sez. IV, 18 marzo 2004, n. 37561, Galluzzi, rv. 229137.

²⁸⁹ Corte Cost., 24 aprile 2002, n. 135.

c.p.p. non possono svolgere tale funzione essendo, per necessità, volutamente generiche e pertanto inidonee a tutelare le garanzie prescritte dall'art. 14 Cost. Viene così rilevata l'assenza, nel nostro ordinamento, di una normativa volta all'ammissione delle videoriprese domiciliari in modo conforme alle prescrizioni costituzionali.

Decisamente apprezzabile la soluzione enucleata dalla Corte nella sentenza Prisco, dal momento che, nel bilanciamento di interessi contrapposti, quali l'inviolabilità del domicilio e le esigenze investigative che non possono prescindere da un mezzo di accertamento così rilevante, la Cassazione si è ispirata a quello tra i vari orientamenti giurisprudenziali che opera un contemperamento maggiormente rigoroso.

Lungi dall'affermare che l'articolato percorso giurisprudenziale sia stato sufficiente a disciplinare l'istituto, continua invece ad essere evidente la necessità di un intervento del legislatore a regolare la materia delle riprese video in ambito domiciliare, la quale richiederebbe, ad avviso della dottrina²⁹⁰, una precettistica ancora più stringente di quella già esistente per le intercettazioni, dato il maggior grado di invasività dello strumento in questione.

La giurisprudenza successiva non ha disatteso le linee guida individuate dalla sentenza "Prisco", intervenendo piuttosto a precisarle. Una sentenza della Corte Costituzionale²⁹¹ ha infatti statuito che, nell'ambito delle videoriprese effettuate nei luoghi di domicilio, perché venga in rilievo la tutela dell'art. 14 Cost. è necessario che si tratti di un luogo che sia in concreto riservato, deve cioè non essere possibile l'osservazione di ciò che avviene all'interno senza particolari accorgimenti. Quest'impostazione è stata immediatamente accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità nel caso "Biviera", in cui si è affermato che «[...]le video – riprese si sono svolte tramite camera esterna all'edificio del quale inquadravano l'ingresso, i balconi e il cortile. Deve

²⁹⁰ M. L. Di Bitonto., "Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni", Cass.

pen., fascicolo n. 1, 2009.

291 Corte Cost., sent. 07 maggio 2008, n. 149.

quindi escludersi una intrusione, tanto nella privata dimora, quanto nel domicilio. Certamente i luoghi ripresi nel caso concreto vanno qualificati come esposti al pubblico, in quanto caratterizzati da uno spazio soggetto alla visibilità di coloro che vi si trovino. [...] Potrebbe sostanzialmente equipararsi l'impiego della videocamera ad una operazione di appostamento, eseguita nei limiti dell'autonomia investigativa, che la legge delinea per la polizia giudiziaria, senza dunque necessità alcuna di autorizzazione da parte della AG. [...]»²⁹².

9.2 L'agente segreto attrezzato per il suono

Con la formula "agente segreto attrezzato per il suono" si intende quel soggetto che, su iniziativa della polizia giudiziaria e mediante l'utilizzo di mezzi appartenenti o predisposti da quest'ultima, capta, in modo occulto, una conversazione avvenuta tra soggetti privati.

Si tratta di un tema molto delicato, che ha visto l'alternarsi di vari orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, poiché tale mezzo è altamente invasivo della sfera personale dei soggetti che vi sono sottoposti, e pertanto genera frizioni con diritti costituzionalmente garantiti, in particolare con le previsioni di cui agli artt. 2 e 15 Cost.

Una prima tendenza della giurisprudenza consisteva nell'inquadrare la registrazione captata dall'agente attrezzato per il suono nell'ambito della prova documentale, acquisita al procedimento *ex* art. 234 c.p.p. ed esperibile senza alcuna autorizzazione preventiva, in quanto consistente un una mera registrazione fonica²⁹³.

_

²⁹² Cass. Pen., sez. V, 17 luglio 2008, n. 33430, Biviera, in CED 241386.

²⁹³ Cass. Sez. I, 21 febbraio 2003, Lentini, in Guida dir. 2003, n. 23, 79; Cass. Sez. II, 17 dicembre 2002, Modelfino, in questa Rivista, 2003, 291; Cass. Sez. V, 10 giugno 2002, Arena ed altri, in Guida dir. 2002, n. 43, 86; Cass. Sez. II, 16 aprile 2002, Andriola, in Cass. pen. 2002, n. 28, 87; Cass. Sez. VI, 18 ottobre 2000, Paviglianiti, in Dir. giust. 2000, n. 9, 72; Cass. Sez. I, 14 aprile 1999, Iacovone, in CED Cass., n. 213457; Cass. Sez. IV, 11 giugno 1998, Cabrini, in Giust. pen., 1999, III, 536; Cass. Sez. I, 18 giugno 1996, Scali, in Cass. pen. 1997, 1433; Cass. Sez. VI, 10 aprile 1996, Bordon, in CED Cass., n. 205096; Cass. Sez. IV, 9 luglio 1996, Cannella, ivi n. 205799; Cass. Sez. VI, 10 luglio

Altro orientamento, invece, considerava la figura de qua come una specie particolare di intercettazione ambientale, ritenendo conseguentemente necessario il rispetto della normativa prevista per queste ultime²⁹⁴.

Un ultimo indirizzo riteneva infine che il regime applicabile dipendesse dall'ascolto differito ovvero contestuale della conversazione da parte della polizia giudiziaria, configurandosi in tale ultimo caso un'ipotesi di intercettazione ambientale²⁹⁵.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁹⁶, nella sentenza "Torcasio", hanno affrontato il problema della qualificazione della registrazione fonica di un colloquio tra un agente di polizia ed un informatore, effettuata in modo occulto, affermando che questa entra nel processo come documento e non come intercettazione dal momento che è priva di una delle caratteristiche fondamentali che caratterizzano quest'ultimo mezzo di prova, la terzietà del captante. Una tale impostazione, nella prospettiva della Corte, non lede il bene giuridico della segretezza, tutelato dall'art. 15 Cost., bensì quello della riservatezza, che, al contrario, non assurgerebbe a bene costituzionalmente tutelato e dunque sacrificabile, laddove non previsto dal legislatore, in ragione di esigenze di accertamento dell'indagine. La conversazione avvenuta tra due o più soggetti, senza l'intrusione di alcuno, entra a far parte del patrimonio conoscitivo di coloro che vi hanno legittimamente partecipato o assistito, i quali possono disporne a proprio piacimento, salvo che vi siano specifici divieti di divulgazione imposti dalla legge, come ad es. il segreto d'ufficio. La registrazione consisterebbe dunque nella legittima documentazione delle informazioni apprese lecitamente dal soggetto nel corso della conversazione, e dunque ammessa nel procedimento nelle forme dell'art. 234 c.p.p.

^{1995,} Dell'Agnello, in Guida dir. 1995, n. 41, 70; Cass. Sez. I, 22 aprile 1992, Artuso, in Cass. pen.

²⁹⁴) Cass., Sez. VI, 20 novembre 2000, Finini, in C.E.D. Cass., n. 218412; Cass., Sez. V, 11 maggio 2000, Caputo, in Cass. pen. 2001, 565.

²⁹⁵ Cass., Sez. I, 23 gennaio 2002, Aquino, in C.E.D. Cass., n. 222085; Cass., Sez. I, 13 gennaio 1999, Di Cuonzo, in C.E.D. Cass., n. 213251.

²⁹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio ed altro.

Più complesso invece il caso in cui a registrare la conversazione sia proprio un agente di polizia che partecipi o assista alla conversazione. La Corte scoraggia tale pratica ritenendo che la presenza fraudolenta del soggetto potrebbe violare la libertà morale dell'interlocutore, e dunque essere in contrasto con quanto disposto dagli artt. 188 e 189 c.p.p. I giudici hanno poi fatto riferimento all'art. 191 del codice, che annovera tra le cause di inutilizzabilità della prova l'acquisizione in violazione dei divieti imposti dalla legge. Sarà dunque così sanzionata la registrazione ad opera della polizia giudiziaria assunta in violazione degli artt. 62 e 195, che prescrivono divieti di testimonianza, dell'art 63, il quale prevede che l'assunzione di dichiarazioni indizianti avvenga nel rispetto delle garanzie difensive dell'imputato o indagato, e l'art. 203 c.p.p., inerente all'assunzione delle dichiarazioni degli informatori della polizia giudiziaria e del personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica.

Nell'articolato dibattito è intervenuta nel 2009 la Corte Costituzionale²⁹⁷, chiamata dal Tribunale di Lecce a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale degli artt. 234 e 266 e ss. c.p.p. in relazione al diritto vivente che include «tra i documenti, anziché tra le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, sottraendole così alla disciplina dettata per queste ultime o comunque non subordinandole ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, le registrazioni di conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori o dei soggetti ammessi ad assistervi, all'insaputa degli altri, di intesa con la polizia giudiziaria, eventualmente utilizzando mezzi messi a disposizione da quest'ultima, e, in ogni caso, nel contesto di un procedimento penale già avviato».

Il vaglio della Consulta si è concluso con una pronuncia di inammissibilità della questione, che sarebbe fondata sull'erroneo presupposto che la sentenza "Torcasio" del 2003 abbia dato vita ad un "diritto vivente". Nonostante questa

.

²⁹⁷ Corte. cost. sent. 4 dicembre 2009, n. 320, red. G. Frigo, in Giur. cost. 2009, 4834, con nota di L. Milani, *Ancora irrisolto il problema della riconducibilità delle captazioni operate dall' "agente attrezzato per il suono" alla disciplina delle intercettazioni nel corso delle indagini.*

pronuncia, infatti, questioni importanti sono rimaste irrisolte: non è stato affrontato il caso in cui a captare il colloquio non sia propriamente un agente di polizia ma un soggetto terzo incaricato e attrezzato dalla polizia, né i caso in cui il soggetto non si limiti a registrare la conversazione, ma questa sia contestualmente ascoltata in una postazione esterna, né infine il problema inerente alla compatibilità della registrazione fonografica effettuata dalla polizia giudiziaria con la nozione di prova documentale così come individuata dall'attuale codice. Inoltre la Corte ha rilevato, anche in seguito alla sentenza "Torcasio", la mancanza di un orientamento univoco della giurisprudenza: «per un verso [...], la Corte di Cassazione ha affermato, anche di recente, che la disciplina di garanzia in materia di intercettazioni deve reputarsi applicabile quanto meno nel caso in cui il partecipante alla conversazione non si limiti a registrarla, ma utilizzi apparecchi radiotrasmittenti mediante i quali terzi estranei - e, in particolare, la polizia giudiziaria - siano posti in grado di ascoltare il colloquio in tempo reale. In tale ipotesi, difatti, ricorrerebbe pienamente l'elemento tipico dell'intercettazione, rappresentato captazione occulta simultanea della comunicazione da parte di un estraneo²⁹⁸. [...] In altre decisioni, la Corte di Cassazione ha, peraltro, affermato, in termini più generali, che le registrazioni di colloqui effettuate, in assenza di autorizzazione del giudice, da uno degli interlocutori dotato di strumenti di captazione predisposti dalla polizia giudiziaria, debbono considerarsi comunque inutilizzabili, indipendentemente dal contemporaneo ascolto da parte della stessa, giacché, in tal modo, si verrebbe a realizzare un surrettizio aggiramento delle regole sulle intercettazioni»²⁹⁹.

Ma il passo più importante della sentenza è quello in cui la Corte Costituzionale abbraccia l'interpretazione secondo cui, affinché si abbia intercettazione, è sufficiente che anche uno solo dei soggetti che partecipano alla conversazione non sia a conoscenza della captazione occulta. Sarebbe

²⁹⁸Sent. 7 novembre 2007-12 dicembre 2007, n. 46724

²⁹⁹Sent. 6 novembre 2008-26 novembre 2008, n. 44128

pertanto necessaria, anche nel caso di specie, una preventiva autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Inoltre la Corte, in linea con quanto statuito dalle Sezioni Unite nella sentenza "Prisco", ha affermato che la registrazione da parte di un terzo su impulso dell'autorità giudiziaria e con gli strumenti da questa forniti, costituisce "documentazione dell'attività investigativa" e non invece prova documentale, difettando dei requisiti che l'art 234 c.p.p. richiede per quest'ultima.

Infine la Corte ha distinto il caso in cui vi sia un ascolto contestuale da parte della polizia giudiziaria della conversazione captata dal terzo, configurandolo come una sorta di intercettazione mascherata che pertanto necessita dell'applicazione della disciplina prevista dagli art. 266 e ss., dal caso in cui il soggetto terzo si limiti a registrare la conversazione, mettendola a disposizione della polizia solo in un momento secondario. Quest'ultima ipotesi non è stata risolta dalla Corte Costituzionale, intervenendo invece successivamente la Cassazione³⁰⁰. Nello specifico, si sarebbe trattato di una fonte di prova atipica che influisce sul bene tutelato dall'art.15 Cost., anche se in modo minore rispetto alle intercettazioni. Nel caso dell'ascolto differito, la giurisprudenza ha pertanto affermato che «ai fini della tutela dell'art. 15 Cost., è sufficiente un livello di garanzia minore rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, che può essere costituito anche da un decreto del pubblico ministero»³⁰¹, atto che consentirebbe il rispetto del necessario livello minimo di garanzie prescritte dall'art. 8 CEDU.

9.3 L'agente segreto attrezzato per l'immagine

L'agente attrezzato per l'immagine si presenta come una fattispecie ancor più complessa rispetto a quella dell'agente segreto attrezzato per il suono, poiché viene qui in rilievo una duplice lacuna normativa: da un lato vi è la completa

³⁰¹ Così Cass., Sez. II, 4 gennaio 2011, n. 7, Biffis.

³⁰⁰ Cass., sez. II, 14 ottobre 2010 – 4 gennaio 2011, Biffis; Cass. Sez. VI, 7 aprile – 21 giugno 2010, Angelini, in CED 247384 e in Giur. It., 2011, 1, 183.

assenza di una disciplina legislativa delle videoregistrazioni, dall'altro non è disciplinata la figura del soggetto privato che agisce come "longa manus" della polizia³⁰².

La disciplina applicabile dipenderà innanzitutto dall'oggetto della captazione: nel caso di riprese di comportamenti comunicativi sarà pienamente applicabile la disciplina, enucleata nel paragrafo precedente, relativa all'agente segreto attrezzato per il suono. Nel caso contrario in cui si tratti di comportamenti non comunicativi la disciplina applicabile dipenderà dal luogo in cui si svolgono le registrazioni, così come enucleato dalla sentenza Prisco³⁰³. Pertanto se l'attività avviene all'interno di luoghi di domicilio, queste non saranno utilizzabili nel procedimento, neanche in qualità di prova atipica. Per quanto riguarda i luoghi riservati, o di "quasi domicilio", le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario «un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, sia essa il pubblico ministero o il giudice»³⁰⁴. Parte della dottrina³⁰⁵ ha inoltre ritenuto, in questo caso, preferibile che tale provvedimento rimanga di pertinenza dell'autorità giudiziaria o che sia comunque sottoposto a controllo della stessa. Infine è pienamente ammissibile la registrazione effettuata in luoghi pubblici o aperti al pubblico, la quale entra nel procedimento sotto forma di prova atipica ex art. 189 c.p.p.

Fondamentale è l'intervento in materia della Corte di Strasburgo, la quale, attraverso l'opera giurisprudenziale di interpretazione dei principi contenuti nella CEDU, ha affermato il principio del *minimum standard*: come precisato nella sentenza *Iordachi c. Moldavia* del 2009, è necessario che la limitazione al diritto fondamentale sia prevista da una legge comprensibile e specifica. È peraltro pacifico che il principio di legalità, sancito dall'art. 7 CEDU, sia inteso dalla Corte stessa in un senso prettamente sostanziale, più che formale, avvicinandosi alla concezione che di questo istituto hanno i paesi di *common*

³⁰² A. Scalfati, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014.

³⁰³ Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco.

³⁰⁴ Ihidem

³⁰⁵ A. Scalfati, *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, p. 25.

law. Applicando, infatti, il principio di legalità ad ordinamenti di matrice giurisprudenziale, questo viene a sostanziarsi nella possibilità di prevedere la decisione delle Corti, e, nel caso che qui interessa, la limitazione al diritto fondamentale (predictability and foreseeability).

9.4 Intercettazioni telefoniche "a cornetta sollevata"

L'intercettazione telefonica "a cornetta sollevata" consiste nella captazione casuale di conversazioni tra un soggetto, la cui linea telefonica è stata regolarmente sottoposta a controllo e altre persone con lui presenti nello stesso luogo, perché l'apparecchio telefonico non è stato riagganciato correttamente, o perché durante una chiamata egli interloquisce anche con altre persone. In questo modo l'intercettazione telefonica consente alla polizia giudiziaria anche l'ascolto di dialoghi *inter praesentes*, trasformandola di fatto in ambientale.

Il regime giuridico applicabile in questi casi non è del tutto chiaro. Parte della giurisprudenza le ritiene perfettamente lecite ed utilizzabili³⁰⁶, altra parte, invece, ritiene che esse siano viziate, poiché si tratterebbe di intercettazioni ambientali autorizzate sulla base della sussistenza dei presupposti necessari per le intercettazioni telefoniche³⁰⁷.

In dottrina³⁰⁸ si è anche avanzata l'ipotesi che le captazioni ambientali casuali durante un'intercettazione telefonica siano utilizzabili laddove si stia procedendo per reati di criminalità organizzata, poiché per questi ultimi i presupposti richiesti per disporre le intercettazioni ambientali o quelle telefoniche coincidono.

Ma tale ultima impostazione non può essere condivisa poiché l'identità dei presupposti non può da sola essere sufficiente ad ignorare che si tratta di intercettazioni predisposte sulla base di atti autorizzativi diversi. È infatti

2

³⁰⁶ Cass. pen., Sez. V, 10 novembre 1995, n. 12591, Sibilla ed altri; Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 1995, n. 1079, Catti ed altri.

³⁰⁷ Cass. pen., Sez. I, 16 aprile 1993, n. 1625, Ferrara.

³⁰⁸ A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 239.

compito del giudice quello di bilanciare gli interessi in gioco, ben potendo disporre esclusivamente le intercettazioni telefoniche anche nel caso di reati di criminalità organizzata³⁰⁹. È dunque irrilevante per il caso in questione che si tratti di reati comuni o di criminalità organizzata.

Altra autorevole dottrina³¹⁰ ha invece sostenuto la piena utilizzabilità dei colloqui intercettati "a cornetta sollevata", dal momento che la segretezza della conversazione prescinde dall'*animus* del soggetto che la intrattiene, essendo invece legata alle cautele che sono poste in atto per mantenere il dialogo privato, cautele che mancherebbero nel caso di specie.

In accordo con la tesi precedente, la Cassazione³¹¹ ha sostenuto che non si verrebbe a creare alcuna violazione della *privacy*, poiché l'ascolto sarebbe possibile a causa di disattenzioni del soggetto intercettato e non per qualche escamotage della polizia giudiziaria che intenderebbe aggirare la disciplina delle intercettazioni ambientali.

Sempre la Suprema Corte³¹² ha sostenuto la legittimità dei colloqui così captati: questi non potrebbero ricevere la tutela garantita dall'art. 266 co. 2 c.p.p. poiché non sono presenti nel luogo cimici o microspie finalizzate alla captazione ambientale. Unica condizione necessaria per l'utilizzabilità degli stessi è pertanto la legittimità dell'atto che dispone l'intercettazione telefonica. Critica, invece, la dottrina³¹³ nei confronti dell'orientamento maggioritario della giurisprudenza, ritenendo piuttosto che dall'assenza di uno specifico provvedimento autorizzativo delle captazioni ambientali derivi una lesione della legittima aspettativa di segretezza che caratterizza le conversazioni avvenute nei luoghi di domicilio.

³⁰⁹ A. Camon, Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè,, Milano, 1996, p. 201

³¹⁰ Ihidem

³¹¹ Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2007, n. 15840, Imparato.

³¹² Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2000, Franchini.

P. Balducci, "Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria", Giuffrè, Milano, 2002, p. 20; L. Filippi, "Le intercettazioni di comunicazioni", Giuffrè, Milano, 1997, p. 203.

9.5 Le intercettazioni preventive

L'intercettazione preventiva è un istituto che si differenzia nettamente dal mezzo di ricerca della prova disciplinato dall'art. 266 ss. c.p.p. Si tratta di uno "strumento polveroso" che nasce intorno agli anni '70 a causa dell'emergenza terroristica che caratterizzò quell'epoca, la cui disciplina era prevista dall'art. 226-sexies del codice di procedura penale allora vigente: "a richiesta del Ministro dell'interno o, su sua delega, esercitata anche per il tramite del prefetto competente, a richiesta del questore, del comandante del gruppo dei Carabinieri, del comandante del gruppo della Guardia di finanza [...] il procuratore della Repubblica del luogo ove le operazioni devono essere eseguite può autorizzare l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni telefoniche quando sia necessaria per le indagini in ordine ai delitti indicati nel primo comma dell'articolo 165-ter".

Tra i soggetti legittimati alla richiesta per l'utilizzo di tale mezzo fu poi inserito anche l'Alto commissario per la lotta alla mafia nei casi di delitti concernenti la criminalità organizzata³¹⁵.

Questo «speciale strumento d'ascolto»³¹⁶, che si riteneva inizialmente essere in contrasto con l'ispirazione di matrice garantista del nuovo codice³¹⁷, fu mantenuto in vigore solamente per l'Alto commissario per la lotta alla mafia, da ultimo introdotto, e spostato nelle disposizioni attuative del codice.

Il restio e critico approccio del legislatore all'argomento cessò con le stragi terroristiche, intervenute intorno agli anni 1992-1993, alle quali seguì l'introduzione di una nuova ipotesi dell'istituto disciplinata dall'art.25-ter d.l.

³¹⁴ F. De Leo, L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive, in Cass. pen., 1998, p. 1862.

³¹⁵ Art. 1, comma 8, d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. in l. 12 ottobre 1982, n. 726.

R. Cantone, Le modifiche processuali introdotte con il "Decreto antiterrorismo" (d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005), in Cass. pen., 2005, p. 2508; L. Pistorelli, Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale, in Guida al dir., 2001, p. 90.

Mengoni, *Commento all'art. 4 del d.l. 2005*, "con l'avvento del c.p.p. vigente, la disciplina delle intercettazioni preventive appariva cancellata dal sistema, perché ritenuta tanto di dubbia legittimità costituzionale, quanto – e soprattutto – ampiamente superata dalle regole del nuovo codice e dalle sue più profonde ragioni ispiratrici".

n. 306/1992. In particolare legittimate alla richiesta erano le autorità di polizia, tra cui anche l'appena istituita Direzione investigativa antimafia, nei casi in cui si trattasse di un delitto previsto dall'art. 51 co. 3-bis c.p.p.

L'attentato alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001 ha portato il legislatore ad intervenire nuovamente, modificando l'art. 226 disp. coord. c.p.p. 318, così abrogando l'art. 25-ter. La disciplina attuale prevede che il Ministro dell'interno o, su delega, i responsabili dei servizi centrali della polizia di Stato, dell'arma dei carabinieri e del corpo della guardia di finanza, il questore o il comandante provinciale dei carabinieri e della guardia di finanza sono legittimati a richiedere l'autorizzazione per procedere ad intercettazioni di conversazioni o comunicazioni al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto che si intende intercettare ovvero, se questo non è immediatamente identificabile, del distretto in cui si sono verificate le esigenze di prevenzione, in tutti i casi in cui lo ritengano necessario per l'acquisizione di informazioni utili al fine di prevenire la consumazione dei delitti di cui agli artt. 407, comma 2, lett. a) e 51, comma 3-bis. Delle operazioni così eseguite deve essere redatto verbale da depositare nella segreteria dell'ufficio del procuratore che le ha autorizzate, quest'ultimo possa operare un controllo sulle stesse e successivamente disporne la distruzione. Queste intercettazioni non possono essere utilizzate nel processo penale "fatti salvi i fini investigativi". L'ambito di applicazione delle intercettazioni preventive è stato esteso dalla modifica del 2001 anche alle intercettazioni ambientali nei luoghi di domicilio, per le quali dunque non è necessario il "fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa".

Nel 2005 è stato introdotto³¹⁹ tra i soggetti legittimanti anche il Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale dirige le politiche informative e di sicurezza, al fine di prevenire attività terroristiche o di eversione dell'ordinamento.

⁻

³¹⁸ Art. 5 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 contenente "Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale", conv. in l.15 dicembre 2001, n. 438.

³¹⁹ art. 4 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155.

L'autorizzazione, in tale ultimo caso, viene richiesta al procuratore generale presso la Corte d'appello, nell'intento di evitare contatti diretti tra la magistratura e i servizi d'intelligence, deputati ad avanzare la richiesta su indicazione del Presidente del Consiglio.

Infine, modifiche alla materia sono state apportate dal d.l. n. 7/2015, il quale ha fatto rientrare dell'ambito dell'art. 225 disp. coord. c.p.p. anche i delitti consumati o tentati previsti dall' art. 51 co. 3-quater commessi mediante l'utilizzo di tecnologie a scopi terroristici. Tale ultima previsione mira al contrasto dei cosiddetti "lupi solitari", ossia quei soggetti che, pur non partecipando ad una stabile e strutturata organizzazione, sposano la causa fondamentalista e utilizzano strumenti informatici per organizzare attacchi.

La stessa modifica normativa ha inoltre introdotto un comma 3-bis nell'art. 226 disp. coord. che prevede un'eccezione all'obbligo di distruzione immediata di quanto captato: "in deroga a quanto previsto dal comma 3, il procuratore può autorizzare, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, la conservazione dei dati acquisiti, anche relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, quando gli stessi sono indispensabili per la prosecuzione dell'attività finalizzata alla prevenzione di delitti di cui al comma 1".

Così delineata la genesi dell'istituto, è necessario indagare la compatibilità dello stesso con il resto del sistema. Se è infatti indubbio che si tratta di uno strumento da cui non si può completamente prescindere, in ragione del fatto che la lotta al terrorismo si muove necessariamente su un terreno di prevenzione piuttosto che di sola repressione, è altrettanto vero che le garanzie costituzionali e sovranazionali non possono essere derogate: in *primis* l'art.15 Cost. che impone in materia una riserva di legge e di giurisdizione, così come l'art. 8 CEDU, che subordina le invasioni della sfera privata e familiare alla sussistenza di una previsione di legge e la ammette solo se la misura è "necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla

protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui".

Il tema era stato affrontato dalla Corte Costituzionale, in un momento antecedente l'entrata in vigore del nuovo codice, la quale aveva affermato che «nel precetto costituzionale trovano [...] protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale [...] Nel compiere la valutazione il giudice deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali» 320.

Peraltro alcuni autori hanno ritenuto non rispettata la riserva di giurisdizione, dal momento che l'autorizzazione è affidata al pubblico ministero, invece che al giudice³²¹. Altri invece hanno ritenuto che la dizione generica "autorità giudiziaria" della Carta Costituzionale, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte, sia tale da comprendere entrambe le figure³²².

De iure condendo, parte della dottrina³²³ ha ipotizzato la possibilità di attribuire il potere di autorizzazione ad un organo centralizzato che abbia ampie competenze in materia, e, nella specie, al Procuratore Nazionale antimafia e antiterrorismo. Proprio quest'ultimo sembrerebbe il soggetto più adatto per lo svolgimento di tale compito, poiché «le intercettazioni preventive cadono fuori dal procedimento [...] e la Procura nazionale antimafia è un organo giudiziario che svolge la sua azione per l'appunto prima del

³²⁰ Corte Cost., 6 aprile 1973, n. 34.

³²¹ G. Garuti, *Le intercettazioni preventive nella lotta al terrorismo internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, n. 12; Di Bitonto, *Terrorismo internazionale*, procedura penale e diritti fondamentali in Italia, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1197.

³²² C. Caruso, La liberta e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2013, p. 11.

³²³ B. Agostini, *La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo*, in Diritto penale contemporaneo, 1/2017, p. 141 ss.

procedimento, con il compito istituzionale di raccogliere e coordinare gli elementi per stimolare l'azione penale»³²⁴. Inoltre la centralizzazione di questo potere determinerebbe anche una cristallizzazione della prassi applicativa, a fronte dei tanto generici presupposti previsti dalla legge.

Un problema si pone, infatti, in riferimento al rispetto della riserva di legge: l'ampissima e vaga dizione "sussistenza di elementi investigativi che giustifichino l'attività di prevenzione" che determina i presupposti che devono essere presenti perché possa essere autorizzata l'intercettazione preventiva, rende particolarmente difficile e discrezionale il controllo affidato al pubblico ministero e impossibile la valutazione relativa al rispetto del principio di proporzionalità dello strumento in questione.

In questo senso si è posta anche una pronuncia della Corte costituzionale tedesca³²⁵, la quale, nell'affermare l'astratta compatibilità dell'istituto, ha al contempo rilevato una violazione del principio di proporzionalità. È infatti necessario che la legge determini a monte la situazione di pericolo che giustifica il ricorso a tal mezzo così invasivo della sfera dei singoli, in modo da permettere un bilanciamento degli interessi in gioco³²⁶.

È necessario inoltre che si delimitino in modo chiaro e netto i confini tra l'attività di prevenzione e quella di repressione dei reati. Proprio il controllo preventivo e successivo da parte della magistratura rende infatti, tale istituto particolarmente soggetto al rischio di abusi. Stanti dunque il divieto di utilizzo di quanto ottenuto con le intercettazioni preventive a fini probatori, rinforzato anche dal divieto di menzione degli stessi negli atti del processo e di divulgazione, l'art. 226 disp. coord. c.p.p. reca però la clausola "fatti salvi i fini investigativi", la quale è stata soggetta a molteplici interpretazioni.

-

³²⁴ De Leo, L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive, in Cass. pen., 1998, p. 1863.

Bundersverfassungsgericht, I senato, del 20/04/2016.

A. Venegoni-L. Giordano, La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici, in Dir. pen. cont., 8 maggio 2016.

La dottrina³²⁷ tende ad interpretare tale clausola come riferita alle sole investigazioni a fini preventivi, e dunque escludendo qualsiasi validità degli atti pur solo all'interno della fase delle indagini preliminari, in ossequio al principio secondo cui il procedimento penale dovrebbe rimanere impermeabile agli atti di *intelligence*. In tale prospettiva le informazioni così ottenute non possono neanche essere utilizzate come notizia di reato, fungendo invece al pubblico ministero e alla polizia come stimolo per l'attività investigativa di ricerca della notizia di reato.

Diversa la posizione della giurisprudenza che, prima della riforma del 2001, aveva ritenuto l'utilizzabilità di tali atti come notizia di reato, dal momento che «il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni preventive concerne la prova del reato, questa esposta alla pubblicità del giudizio, non la sua mera funzione di fonte della relativa notizia, rispetto alla quale, una volta ottenuta, il p.m. deve ricercare gli elementi necessari per la sua determinazione all'esercizio dell'azione penale, e perciò ricorrere a fonte diversa. La necessità di ricerca di tale diversa fonte, ancorché omologa, per sé garantisce il rispetto dell'art. 15 Costituzione, in questo secondo momento, disciplinato esclusivamente dal codice di rito»³²⁸.

Tuttavia la problematica in questione non possiede più rilevanza poiché è stata riconosciuta la possibilità di utilizzare come notizia di reato anche gli atti viziati da inutilizzabilità, come ad es. le informazioni rese da chi doveva essere sentito fin dall'inizio come indagato e al quale dunque non sono state fornite le comunicazioni di cui all'art. 64 co. 3 c.p.p. lett. c).

³²⁷T. Rafaraci, *Intercettazioni e acquisizione di tabulati telefonici*, in AA.VV, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di Kostoris-Orlandi, Giappichelli, 2006, p. 271.

³²⁸ Cass., sez. V, 27 settembre 2000, n. 11500, Buccarella; Cass., sez. V, 18 agosto 1998, Nigro.

10 Avanzamento tecnologico: nuove sfide per il diritto.

Da sempre il diritto è chiamato ad una rincorsa dello sviluppo tecnologico. I nuovi strumenti che nascono da questo avanzamento sono spesso funzionali ad esigenze processuali e, più in generale, di accertamento e di prevenzione dei reati. Ne sono un esempio lampante le novità rivoluzionarie introdotte con la prova genetica. Negli ultimi tempi si è assistito ad una accelerazione di tale fenomeno, che ha comportato un più veloce invecchiamento del diritto vigente. Il legislatore, non essendo in grado di stare al passo con le nuove tecnologie, lascia spesso ampie lacune nella disciplina dei vari istituti, le quali vengono colmate più velocemente in via giurisprudenziale. Questa osservazione sullo stato attuale del diritto impone una riflessione circa il principio di legalità. Quest'ultimo è infatti sempre più accantonato, in favore di una giurisprudenza che più volte ha avuto nell'ordinamento un vero e proprio ruolo creativo. Sebbene si tratta in un certo senso di uno sviluppo fisiologico del sistema, è importante ristabilire il ruolo fondamentale che svolge il principio di legalità, formalmente inteso, negli ordinamenti di civil law. La giurisprudenza dalla Corte di Strasburgo, infatti, ha da sempre affermato che uno dei presupposti che rende le limitazioni dei diritti riconosciuti e garantiti dalla CEDU legittime è proprio la previsione legislativa degli strumenti che sono in grado di comprimere i diritti, individuando così nel legislatore l'organo deputato al bilanciamento degli interessi in conflitto.

10.1 Il tracking satellitare mediante GPS

Il General Position System è uno strumento di "electronic surveillance" che sfrutta dei satelliti che percorrono orbite fisse intorno alla Terra e inviano segnali a stazioni riceventi, le quali, attraverso l'elaborazione di longitudine e

latitudine, sono in grado di fornire la posizione di dispositivi GPS in un determinato momento e di consentirne la tracciabilità.

Non essendo specificatamente disciplinato dalla legge, questo mezzo di prova ha posto problemi circa il suo inquadramento nei mezzi riconosciuti dall'ordinamento. In particolare la giurisprudenza ha stabilito che non si tratta di un'intercettazione. Sebbene vi sia quasi una certa somiglianza tra i mezzi utilizzati per le due operazioni, questo non è sufficiente ad assimilarli in quanto a disciplina giuridica. Il mezzo di ricerca della prova disciplinato dall'art. 266 e ss. c.p.p., infatti, presuppone che quello sottoposto a captazione sia un flusso comunicativo. Non rispecchia questa situazione il *tracking* satellitare, che si sostanzia in una «ricezione passiva, da parte del ricevente, di segnali attinenti alla posizione geografica»³²⁹.

L'attività in questione non può neanche essere assimilata al trattamento dei "dati esteriori del traffico telefonico", disciplinata dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il cui art. 132 prescrive che tali dati siano acquisiti con decreto del pubblico ministero. Si tratta difatti, in questo caso, di dati riferiti a conversazioni, mancando invece qualsiasi riferimento ad atti a contenuto comunicativo nelle operazioni di *tracking* satellitare³³⁰.

Infine, tale attività investigativa non può neanche essere assimilata alle ispezioni personali o reali, essendone diverso il presupposto che le muove. Quest'ultime sono infatti finalizzate a rilevare tracce materiali o effetti del reato, né a descrivere lo stato attuale dei luoghi o individuarne le differenze rispetto a quello preesistente³³¹.

Si tratta piuttosto di una evoluzione del normale pedinamento effettuato dalla polizia giudiziaria, la quale è legittimata dall'art. 348 alla raccolta di ogni elemento "utile alla ricostruzione del fatto e alla individuazione del colpevole". La giurisprudenza ha qualificato tale mezzo come prova atipica,

³²⁹ P. Peteroli, *Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?*, in Dir. pen. proc., 2003, p. 93.

S. Signorato, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, p. 580

P. Moscarini, *Ispezioni*, in Enc. dir., II, Agg., Giuffrè, Milano, 1998, p. 464 ss.

suscettibile di entrare nel procedimento rispettando la disciplina imposta dall'art. 189 c.p.p.

Le forme ordinarie di pedinamento vengono assunte in giudizio sotto forma di testimonianza dei soggetti che vi partecipano. La prova ottenuta con il tracking satellitare è invece registrata e visibile attraverso la rappresentazione su cartografia elettronica. La giurisprudenza ha ritenuto che, una volta escluso che si tratti di intercettazioni, non può affermarsi che si tratti di prova irripetibile, e dunque non sarà soggetta ad entrare direttamente nel fascicolo del dibattimento, ma assunta attraverso testimonianza, garantendo così il contraddittorio.

La dottrina ha fortemente criticato tale orientamento, ritenendo che per prova irripetibile debba intendersi «ogni oggetto materiale suscettibile di alterabilità o l'impossibilità materiale di compiere l'atto con modalità e tempi diversi o, quantomeno, con il rischio che il suo compimento successivo comporti (in tutto o in parte) una perdita dell'informazione o della sua genuinità» 332. Si tratterebbe del rilevamento di una situazione che sussiste solo nel momento in cui è registrata³³³, e che dunque dovrebbe entrare in dibattimento ex art. 431 co. 1 lett. b) c.p.p.

La giurisprudenza ha infine ritenuto che nel caso in cui dovesse venire a mancare il supporto informatico su cui sono registrati i dati originali, non sarebbe inficiata la validità dei rapporti e dei verbali della polizia giudiziaria concernenti tali dati³³⁴.

Circa il rilevamento satellitare è intervenuta la Corte EDU, la quale, nella sentenza Uzun c. Germania del 2 settembre 2010, ha statuito che si tratta di un mezzo di prova che è in grado di interferire con le garanzie prescritte dall'art. 8 CEDU, sebbene in modo minore rispetto alle intercettazioni, idonee a rilevare qualsiasi flusso comunicativo. Proprio in ragione di questa minore

126

³³² G. Canzio, L. Lupària, Prova scientifica e processo penale, CEDAM, 12/2017, p. 720.

³³³ S. Signorato, La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, p. 595.
³³⁴ Cass., Sez. IV, 27 novembre 2012, n. 48279.

ingerenza nella vita privata, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto compatibile lo strumento con gli interessi tutelati, poiché il diritto tedesco prevedeva un controllo giudiziario sul tracciamento.

Evidente è dunque la necessità di una tipizzazione legislativa dell'istituto nell'ordinamento italiano, risultando attualmente disponibile su sola iniziativa della polizia giudiziaria, mancando invece un qualunque controllo giurisdizionale.

10.2 Il captatore informatico

Il captatore informatico è un *malware* (abbreviazione di *"malicious software"*) che viene «occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva [...], il quale consente in ogni momento all'attaccante [...] di captare tutto il traffico dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrandone le attività, di perquisire gli *hard disk* e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare [...] tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini e i documenti visualizzati»³³⁵.

Questo può essere installato anche da remoto, attraverso un virus *trojan*, che viene inviato al dispositivo del soggetto che si intende controllare sotto forma di quello che sembra un innocuo sms, mail, aggiornamento. È necessaria dunque l'inconsapevole collaborazione del soggetto, il quale, non cosciente del pericolo, installa sul proprio dispositivo il software collegato al *device* dell'autorità che effettua il controllo.

È evidente dunque che lo strumento in questione, non avendo limiti territoriali o spaziali, possiede una capacità intrusiva mai stata possibile fino ad ora. L'installazione non solo sui *personal computer* ma anche sui cellulari, lo rende uno strumento di controllo a tutto tondo, dal momento che questi ultimi

-

³³⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 1 luglio 2016 (ud. 28 aprile 2016), n. 26889, in *Cassazione Penale*, 2016, X, 3546.

dispositivi in particolare ci accompagnano ovunque, nella vita di tutti i giorni. Il rischio di mettere in crisi i diritti fondamentali è elevatissimo: la libertà di comunicazione, il diritto alla riservatezza, la libertà di domicilio.

L'argomento è stato approcciato per la prima volta dalla giurisprudenza³³⁶ in un caso in cui il captatore informatico era stato installato in una postazione lavorativa di un soggetto operante per la pubblica amministrazione. L'operazione era stata autorizzata dal pubblico ministero ex art. 234 c.p.p., al fine di estrarre tutti i documenti presenti all'epoca sull'elaboratore elettronico, ma anche quelli che sarebbero stati creati in un momento successivo. La questione che si trovava a decidere la Corte concerneva il regime applicabile per l'acquisizione di tale mezzo di prova, ed in particolare se doveva ritenersi necessaria un'autorizzazione preventiva del giudice, essendo in presenza di un'intercettazione ex art. 266-bis. Nonostante fosse, di fatto, di un controllo occulto, permanente ed in tempo reale, la Corte ha, nel caso di specie, escluso che potesse trattarsi di intercettazioni telematiche, sulla base del fatto che quanto ottenuto con l'operazione si sostanziasse nella copia di quanto registrato nell'hard disk, e dunque un flusso di dati unidirezionale. Il mezzo di prova sarebbe stato dunque da inquadrare nel novero delle prove atipiche. Non venendo in rilievo comunicazioni, non si riscontrava una violazione dell'art. 15 Cost, e non trattandosi di luoghi di privata dimora, si escludeva anche quella dell'art. 14 Cost.

Problema più complesso è quello che concerne l'utilizzazione del captatore informatico per l'attivazione della fotocamera e del microfono del dispositivo su cui viene installato. In questo caso, infatti, si è chiaramente in presenza di intercettazioni ambientali. Quest'ultimo tipo di intercettazione ha, per i reati comuni, una diversa disciplina autorizzativa a seconda che si svolga in un luogo aperto o in un luogo di privata dimora, essendo in questo caso necessarie maggiori garanzie. Ma nel momento in cui viene richiesta dal pubblico ministero al giudice l'autorizzazione per un'intercettazione

³³⁶ Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556.

ambientale mediante captatore informatico installato su dispositivo cellulare, non si è in grado di prevedere a priori i luoghi che saranno coinvolti nella captazione, dipendendo questi dai movimenti del soggetto. Al contrario, la disciplina normativa delle intercettazioni ambientali domiciliari richiede l'indicazione precisa del luogo di privata dimora ove esse si svolgeranno, al fine di consentire un controllo più stringente, in linea con le garanzie costituzionali.

Ad individuare il complesso assetto di questo istituto sono intervenute le Sezioni unite della Corte di Cassazione che, nella sentenza "Scurato", 337, hanno sostenuto che il captatore informatico possa essere legittimamente utilizzato nei soli procedimenti aventi ad oggetto criminalità organizzata. Per questi ultimi, infatti, l'art. 13 del D.L. 152/1991 non richiede la necessaria individuazione del luogo in cui l'intercettazione si svolga, dal momento che le intercettazioni ambientali domiciliari sono ammesse senza la necessità dell'ulteriore requisito, richiesto dall'art. 266 co. 2 c.p.p., dello svolgimento in corso dell'attività criminosa. La pericolosità sociale e la particolare gravità di tali delitti giustifica un diverso bilanciamento di interessi, permettendo così l'utilizzo di tale mezzo altamente invasivo. L'impiego del captatore informatico nei reati di criminalità organizzata si giustifica inoltre alla luce delle modalità con cui spesso vengono posti in essere gli stessi: le attività delle organizzazioni criminali si svolgono in molti casi nel deep web, una rete sommersa funzionale ad es. al commercio di stupefacenti, al traffico d'armi, scambio di materiale pedopornografico, traffico d'organi, etc. È evidente, dunque, come le modalità ordinarie di ricerca della prova si rivelino sempre più inadeguate.

Per converso dunque le intercettazioni ambientali mediante captatore informatico non sono ammesse per reati comuni, poiché, l'indeterminabilità a priori del luogo in cui essere saranno svolte, non rende possibile il rispetto della diversa disciplina prevista per quelle domiciliari.

³³⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, n. 26889, in Arch. nuova proc. pen., 2017, p. 76.

Ma una simile interpretazione dell'istituto apre le porte al rischio di un abuso dello strumento da parte del pubblico ministero: attraverso la semplice qualificazione della fattispecie associativa sarebbe possibile ottenere dal giudice il decreto autorizzativo per disporre il captatore informatico, anche laddove poi, nel corso delle indagini, l'ipotesi di criminalità organizzata venga scartata ed il reato riqualificato³³⁸. La giurisprudenza maggioritaria ha infatti ritenuto che la verifica di ammissibilità deve essere effettuata in relazione ai presupposti esistenti al momento in cui è presentata la richiesta, non comportando un vizio del provvedimento autorizzativo un successivo mutamento dei presupposti in ragione delle ulteriori risultanze investigative³³⁹. Al contempo, però, per contrastare tale risvolto negativo, la giurisprudenza ha rilevato l'importanza della motivazione del decreto autorizzativo che, per consentire un controllo più stringente, necessiterebbe di una valutazione specifica circa la correttezza della qualificazione giuridica del fatto. Per questo motivo la dottrina ha sostenuto che «la compressione dei diritti inviolabili coinvolti dall'utilizzo del Trojan, imporrebbe al G.i.p. l'adozione di un modello legale di motivazione: un'autonoma valutazione sulle risultanze investigative poste a base della richiesta dell'Ufficio del p.m., e che escluderebbe, *a priori*, il ricorso alla tecnica della c.d. *relatio*»³⁴⁰.

La vera novità in materia è stata apportata dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216^{341} , con il quale il legislatore si è finalmente fatto carico del compito di disciplinare l'istituto, sulla scia di quanto sostenuto in giurisprudenza e dottrina. La novella legislativa ha aggiunto un ulteriore periodo al co. 2 dell'art. 266 c.p.p. che così statuisce: "negli stessi casi è consentita

³³⁸ L. Giordano, *Dopo le sezioni unite sul captatore informatico: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 3/2017, p. 177 ss.

³³⁹ Cass., Sez. VI, 01 marzo 2016, n. 21740, in C.E.D. Cass, n. 266922; Cass., Sez. VI, 16 maggio 1997, n.1972, in C.E.D. Cass, n. 21045.

³⁴⁰ L. Palmieri, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2018, p 62.

³⁴¹ Il captatore informatico è infatti oggetto della legge delega contenuta all'art. 1, comma 84, L. 23 giugno 2017, n. 103. c.d. Riforma Orlando.

l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile". Il captatore informatico, nonostante la sua capacita itinerante attraverso il dispositivo portatile, è stato assimilato alle statiche microspie, sia in quanto a presupposti che a regime sanzionatorio. Al contrario di quanto affermato dalle Sezioni Unite, sarà ora possibile il suo utilizzo anche per reati ordinari, fermo restando il requisito del fondato motivo di ritenere lo svolgimento in corso dell'attività criminosa nel caso in cui vengano in rilievo luoghi di cui all'art. 614 c.p. La novella è intervenuta anche sul testo dell'art. 267 c.p.p., richiedendo per l'autorizzazione dell'operazione effettuata attraverso captatore informatico uno sforzo motivazionale maggiore: saranno necessarie le specifiche indicazioni relative alle ragioni che rendono necessaria tale modalità e l'indicazione del tempo e del luogo in cui avverrà l'attivazione del microfono. L'individuazione del luogo, in particolare, viene effettuata dal giudice «secondo un verosimile progetto investigativo che implica l'individuazione anche in forma indiretta dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato, e sempre che si proceda per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater»³⁴². Quando il dispositivo viene condotto in un luogo diverso da quello autorizzato, il captante deve spegnere il microfono, indicando sempre l'orario in cui la registrazione è iniziata e si è conclusa.

Il captatore informatico può inoltre essere disposto attraverso il procedimento d'urgenza del pubblico ministero, che prevede il controllo del giudice solo in funzione di convalida *ex post*, esclusivamente per i reati di cui all'art 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.

Per quanto riguarda invece i reati di criminalità organizzata, la riforma ha recepito quanto previsto in via giurisprudenziale nella sentenza "Scurato", essendo dunque il captatore informatico utilizzabile a prescindere dal luogo.

³⁴² Cfr. pag. 10 della Relazione illustrativa al D.lgs 29 dicembre 2017, n. 216.

La riforma Orlando è anche intervenuta ad equiparare per alcuni aspetti i suddetti delitti di cui all'art 51 co. 3-bis e 3-quater c.p.p., a quelli dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione punibili con una pena non inferiore nel massimo a cinque anni. Ed in particolare a questi ultimi è stata estesa la disciplina inerente alla possibilità di disporre l'ascolto per un tempo maggiore, alle intercettazioni ambientali domiciliari anche in assenza dell'ulteriore requisito previsto dall'art. 266 co. 2 e al provvedimento d'urgenza del pubblico ministero. Per quanto riguarda il captatore informatico nei reati in questione, è stato creato una sorta di terzo binario, che prevede una disciplina diversa rispetto ai reati ordinari e a quelli di criminalità organizzata. In particolare, per questi ultimi, l'utilizzo del captatore informatico nei luoghi di privata dimora sarà possibile solo ove si possa ritenere in corso lo svolgimento dell'attività criminosa.

Al fine di contrastare la prassi della giurisprudenza maggioritaria che riteneva le intercettazioni pienamente valide ed ammissibili anche in caso di un successivo mutamento del titolo del reato, la riforma Orlando ha introdotto il nuovo comma 2-bis all'art. 271, che così statuisce: "i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato ammesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza".

Infine, la riforma non si è invece in alcun modo espressa circa l'utilizzo del *trojan* al fine di eseguire una perquisizione dell'*hard disk* da remoto. La qualificazione di tale mezzo di prova come atipica non soddisfa poiché «l'assenza di contraddittorio al momento del compimento dell'atto, e il sacrificio dei diritti coinvolti dall'utilizzo dello strumento informatico,

implicherebbe la presenza della giurisdizione per vigilare sul suo corretto utilizzo»³⁴³. È pertanto auspicabile un futuro intervento legislativo in materia.

.

³⁴³ L. Palmieri, *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni,* in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2018, p 66.

Capitolo III: Limiti alla pubblicazione degli atti processuali: bilanciamento tra libertà d'informazione, segreto istruttorio e riservatezza dei soggetti coinvolti nel procedimento

«Giustizia e stampa, che in un'ideale isola di utopia, o in una felice Città del Sole sarebbero affettuose sorelle, concordemente affaccendate nella costante ricerca della verità, allo scopo di perseguire il bene comune e il castigo dei malvagi, sono invece, nel concreto del mondo in cui viviamo, naturalmente nemiche tra di loro. Non potrebbe essere diversamente, perché il loro rapporto è di reciproco controllo, di reciproco sospetto e di reciproca sfiducia. La giustizia controlla la stampa perché la stampa è frequentemente causa, occasione, mezzo di commissione di reati, anche gravi. La stampa controlla la giustizia perché coloro i quali l'amministrano, come ogni uomo al quale sia affidato un potere, commettono errori e possono anche cedere alla tentazione della prevaricazione»³⁴⁴.

Un difficile rapporto, dunque, quello tra informazione e processo penale, in ragione delle diverse esigenze che vengono in rilievo: da un lato vi è il principio di pubblicità del processo penale, come controllo della società democratica su uno dei poteri dello Stato, e il diritto di cronaca, cui corrisponde un diritto dei cittadini ad essere informati. Sul versante opposto si trova, invece, l'esigenza di tutela dei soggetti che partecipano al processo penale e la necessità di preservare il giudice da indebite sollecitazioni e interferenze esterne.

³⁴⁴ G.C. Romano Ricciotti, *Dal processo giudiziario al processo giornalistico*, in Giustizia e informazione, Atti del XV Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1975, p. 272.

Il rapporto che lega l'informazione e il processo penale non deve, però, essere ricercato esclusivamente nell'ottica di un conflitto. A ben vedere, infatti, essi si collocano entrambi «sul piano dinamico dello scibile^{»345}. È dunque possibile individuare «un substrato comune ai due ambiti»³⁴⁶: tutte e due le attività in questione «si compongono, almeno in parte, di percorsi cognitivi diretti ad accertare fatti, in funzione - rispettivamente - di una situazione giudiziale o della diffusione di una notizia»³⁴⁷.

L'informazione, in relazione alla libertà di pensiero sancita dall'art. 21 Cost., e il processo penale, inteso come insieme di regole procedimentali volte ad assicurare l'attendibilità della decisione giudiziale, «costituiscono i più autentici fattori di emancipazione nelle società aperte, fondate sulla garanzia costituzionale dei valori di libertà ed uguaglianza. A provocare frequenti occasioni di conflitto è appunto questa sovrapposizione almeno parziale degli ambiti, che connotano stampa e giurisdizione quali strumenti di acquisizione e diffusione della consapevolezza sociale»³⁴⁸.

Il rischio di confusione dei due ambiti è molto elevato, ed è nella specie quello che avviene nel processo mass mediatico, ma è importante che gli stessi rimangano ben distinguibili. Sebbene gli scopi dell'informazione e del processo penale convergono in parte intorno alla ricerca della verità, questa avviene con modalità profondamente diverse: il processo penale, specialmente con il passaggio da un modello inquisitorio ad uno accusatorio, è finalizzato alla ricerca della verità processuale, che non sempre coincide con quella storica, poiché condizionata dalle regole procedimentali di esclusione delle prove per inutilizzabilità degli atti processuali e dal rispetto del principio del contraddittorio. Queste garanzie sono invece sconosciute al processo mass mediatico, insieme alla presunzione di innocenza e al diritto di difesa. In

³⁴⁵ F. Porcu, Pubblicità e segretezza nel processo penale. Fra indicazioni normative e profili attuativi, Tesi di dottorato in scienze giuridiche, anno accademico 2015/2016, p. 7.

³⁴⁶ ibidem

³⁴⁸ P. Spagnolo, *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 321.

quest'ultimo è ammesso qualunque tipo di informazione che sarà valutata da «un collegio guidato dal giornalista e composto dai telespettatori» 349.

1. Il principio di pubblicità del processo penale

Il principio di pubblicità è una norma cardine del sistema processuale penale, che risale all'epoca repubblicana romana. In quest'ultima, infatti, la giustizia veniva celebrata nel tribunal, «luogo tipico e topico della giustizia all'aperto»³⁵⁰, per consentire un controllo pubblico sulle udienze.

Nonostante in alcuni periodi storici si sia assistito alla negazione di tale principio, questo è stato spesso rivendicato come aspirazione al controllo dei cittadini sull'esercizio del potere giurisdizionale. Cesare Beccaria, nella sua opera "Dei delitti e delle pene", affermava che «la battaglia per il processo pubblico è stata -e in parte resta- la battaglia contro un esoterismo processuale volto non già al migliore conseguimento della giustizia, ma a sottrarre l'ingiustizia dallo sguardo della collettività»³⁵¹.

Nella nostra penisola il principio di pubblicità del procedimento penale è stato sancito dall'art. 72 dello Statuto albertino, legge fondamentale del Regno d'Italia, stabilendo che "Le udienze dei tribunali in materia civile e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi". Nonostante non vi sia espressa menzione del principio in questione nella Costituzione del '48, non si può certo negare che esso abbia valenza costituzionale, anche prescindendo dal riferimento ai vari atti sovranazionali di natura pattizia che sono stati recepiti. In primis questo è ravvisabile nell'art.

101 Cost., laddove questo afferma che "la giustizia è amministrata in nome del

popolo". Leggendo la disposizione in combinato disposto con l'art.1 Cost,

³⁵¹ G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, 1989, p. 13.

³⁴⁹ C. Conti, La verità processuale nell'era "post-Franzese": rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio, in Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco, a cura di C. Conti, Giuffrè, Milano, 2016, p. 10.

350 R. Orestano, Sulla problematica del segreto nel mondo romano, in Il segreto nella realtà giuridica

italiana, Atti del Convegno Nazionale, (Roma, 26-28 ottobre 1981), Padova, 1983, p. 122.

nella parte in cui sancisce che "la sovranità appartiene al popolo", appare dunque necessario garantire ai cittadini la possibilità di controllare effettivamente l'operato della magistratura, circostanza che non si verifica con la mera conoscibilità della sentenza. Viene poi in rilievo l'art. 111 Cost., il quale statuisce che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati". Si è osservato, infatti, che tale precetto «sarebbe stato svuotato nella sua intima essenza, qualora il cittadino non fosse stato messo in condizioni di verificare la conformità dell'iter logico seguito dal giudice rispetto allo svolgimento del processo in ogni suo stato e grado»³⁵².

Durante la vigenza del codice precedente, la rilevanza costituzionale del principio di pubblicità processuale è stata riconosciuta dalla stessa Corte Costituzionale, la quale ha al contempo ragionevolmente escluso che si tratti di un principio assoluto, potendo lo stesso essere derogato in ragione di un bilanciamento di diversi interessi³⁵³.

Dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli, la Consulta è tornata a pronunciarsi in merito al principio di pubblicità del procedimento penale, questa volta con particolare riferimento alla compatibilità dello stesso, inteso come garanzia dell'interesse pubblico al controllo della giustizia, con la possibilità per l'imputato di scegliere un rito alternativo che abbia come effetto premiale proprio l'esclusione della pubblicità. Icastica la figura elaborata dalla dottrina dell'«appannamento delle finestre di una casa –quella della giustizia- che si vorrebbe fosse di vetro»³⁵⁴. Riferendosi nella specie al patteggiamento, la Corte³⁵⁵, nel tentativo di non contraddire la sua precedente giurisprudenza che riconosceva la centralità del principio di pubblicità in qualità di controllo democratico sull'amministrazione della giustizia, ha affermato che non si tratta di un diritto disponibile del soggetto, ma allo stesso

³⁵² D. Fiasconaro, *La nuova configurazione dell'udienza preliminare: un'effettiva metamorfosi?*, in Cassazione penale, 2006, p. 1621.

³⁵³ Corte Cost. sent. n. 230/1991; Corte Cost. Sent. n. 212/1986.

³⁵⁴ G.P. Voena, *Principio di pubblicità ed udienza preliminare*, Giuffrè, 1992, p. 69.

³⁵⁵ Corte Cost. sent. n. 22 maggio-6 giugno 1991.

tempo che, essendo uno strumento incentivante alla scelta del rito in questione, è compatibile con l'ordinamento.

È evidente che il principio di pubblicità, per quanto sia posto a tutela del cittadino, essendo finalizzato ad evitare abusi da parte della magistratura del potere giurisdizionale, sia al contempo «in antitesi con il concetto di privatezza e riservatezza, consente[ndo] che ciò che concerne tutti, sia da tutti conoscibile e controllabile»³⁵⁶.

Stante la sua valenza costituzionale, il principio di pubblicità è sancito esplicitamente dall'art. 471 co. 1 c.p.p. il quale, nel prevedere che "l'udienza è pubblica a pena di nullità", ne fa la regola.

Detto principio ha una duplice accezione: la prima concerne la pubblicità interna al procedimento, che costituisce «lo stato di conoscenza procurato ai soggetti del procedimento [...] tramite l'assistenza agli atti che vi si compiono»³⁵⁷, trattandosi pertanto di una estrinsecazione del diritto di difesa. La pubblicità esterna, invece, si distingue a sua volta in pubblicità immediata, che consiste nella possibilità per qualunque soggetto di avere una conoscenza diretta di quando accade nel procedimento penale, e pubblicità mediata, concernente invece la possibilità di conoscere del procedimento attraverso il filtro dei mezzi d'informazione.

1.1 Deroghe: procedimento a porte chiuse

Come anticipato, non si tratta però di un principio assoluto, essendo invece necessario il contemperamento con altre esigenze. In particolare, per quello che interessa ai fini dell'elaborato, la pubblicità del processo penale può subire deroghe al fine di tutelare la riservatezza dei soggetti coinvolti. L'art. 472 co. 2 prevede, a tal fine, la possibilità di procedere a porte chiuse su istanza dell'interessato, allorquando si debba procedere all'assunzione di prove che

357 G.P. Voena, *Principio di pubblicità ed udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 50.

138

³⁵⁶ P. Corvi, *Il problema della pubblicità nel procedimento di prevenzione e nei riti camerali alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, p. 969.

possono compromettere la riservatezza di testimoni e delle altre parti private in relazione a fatti non oggetto d'imputazione. Il comma prosegue riconoscendo il diritto di tutela della riservatezza anche in capo al soggetto che sia assente o estraneo al processo, attribuendo, in questo caso, al giudice il potere di escludere la pubblicità, anche in mancanza di un'apposita istanza.

La possibilità che il dibattimento, o parte di esso, si svolga a porte chiuse è prevista dall'art. 472 co. 3-bis c.p.p. anche nel caso in cui proceda per delitti concernenti la pedofilia, la violenza sessuale e la tratta di persone, questa volta su richiesta della persona offesa. Sempre per gli stessi reati, si procede sempre a porte chiuse nel caso in cui sia coinvolto un minore, prevedendo la legge in questo caso una presunzione *iuris et de iure* con riguardo al pregiudizio che la pubblicità dibattimentale arrecherebbe al soggetto.

La riforma Orlando è intervenuta modificando l'art. 472 in accordo con quanto stabilito dalla Corte Cost. con sent. del 24 ottobre 2012 n. 255. È stata così introdotta un'ulteriore ipotesi in cui è necessario procedere a porte chiuse, ossia quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni di intercettazioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova siano emerse nel corso dell'istruzione dibattimentale.

2. Il segreto investigativo

Il termine segreto deriva dal latino *secretum*, participio passato del verbo *secernere*, «dove il *se* indica la separazione, l'allontanamento, la privazione e *cerno* esprime anch'esso il "separare", il "dividere", il "distinguere", sicché il proverbio ha funzione intensiva, iterativa» ³⁵⁸. Si tratta di un concetto estremamente ampio e poliedrico, capace di adattarsi a diversi ambiti dell'ordinamento, ad es. il segreto confessionale, il segreto giornalistico, il segreto professionale, il segreto di Stato. In ogni caso, questo comporta

³⁵⁸ R. Orestano, Sulla problematica del segreto nel mondo romano, in Il segreto nella realtà giuridica italiana, Atti del Convegno Nazionale, (Roma, 26-28 ottobre 1981), Padova, 1983, p. 100.

l'instaurazione di «una relazione (negativa) tra un fatto (una informazione) e la sua conoscibilità»³⁵⁹.

Il segreto, nell'ambito dell'esercizio della funzione giurisdizionale dello Stato, viene definito «il più forte scudo della tirannia»³⁶⁰, essendo legato da un rapporto inversamente proporzionale al grado di democraticità di un ordinamento. Pur essendo ben vero che i sistemi illiberali sono caratterizzati da «un progressivo appannamento dei vetri della casa della *Themis*»³⁶¹ ed una moltiplicazione delle ragioni giustificative apportate a sostegno del segreto, non si tratta però di una relazione biunivoca. il segreto d'indagine è, infatti, un istituto di cui si sente l'esigenza anche in sistemi d'impronta accusatoria, ed il nostro ordinamento ne costituisce un esempio.

Sono però enucleabili importanti differenze tra il segreto istruttorio, così appellato durante la vigenza del codice Rocco, e il segreto d'indagine, così come mutato nel codice vigente. Il segreto istruttorio si sostanzia in divieti imposti dall'ordinamento alla conoscibilità di atti o fatti inerenti al procedimento e si iscrive all'interno di un modello di tipo inquisitorio, ispirato al processo scritto romano-cattolico. Lo scopo è quello di rendere più efficiente l'acquisizione probatoria, così che la verità processuale sia il più possibile coincidente con quella storica, e viene di volta in volta giustificato con la preoccupazione, più fittizia che reale, di garantire la riservatezza dell'imputato, tutelare i testimoni o accelerare i tempi processuali. Ma il punto più rilevante consiste nella qualifica che viene riconosciuta agli atti d'indagine durante la fase coperta dal segreto. Nel sistema inquisitorio, infatti, tali atti sono in grado di assurgere al rango di prova, e dunque fondare la decisione del giudice. Nel sistema accusatorio, invece, essi sono fondamentali per orientare l'operato del pubblico ministero e dell'autorità giudiziaria nello svolgimento delle indagini, e dunque non oltre il temine i cui la pubblica accusa si sia

³⁵⁹ P. Spagnolo, *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 55.

³⁶⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Carnazzi, con prefazione di V. Grevi, Milano, 2010, p. 59.

³⁶¹ F. Porcu, *Pubblicità e segretezza nel processo penale. Fra indicazioni normative e profili attuativi, Tesi di dottorato in scienze giuridiche,* anno accademico 2015/2016, p. 90.

determinata all'esercizio dell'azione penale, ma, salvo casi eccezionali, non saranno ammessi in sede dibattimentale. Nel sistema accusatorio, nello specifico, la *ratio* è quella di preservare l'indagine da una possibile ingerenza dell'interessato, o dall'influenza dell'opinione pubblica, allorquando il segreto cada in un momento prematuro. Ma questa esigenza deve trovare un corretto bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale, quali l'esigenza di trasparenza della macchina della giustizia per garantire un controllo pubblico della stessa, e il diritto individuale dell'interessato, riconosciuto e garantito dalla art. 111 Cost. co. 3 e art. 6 par. 3 lett. a) CEDU, a venire a conoscenza dell'accusa nel più breve tempo possibile, essendo quest'ultimo il presupposto fondamentale per l'esercizio del diritto di difesa.

Possono così essere enucleati i due aspetti fondamentali del segreto d'indagine: da un lato vi e è il segreto interno che consiste nel «segreto investigativo che copre gli atti di indagine fino a quando non sono conoscibili dall'indagato e dal suo difensore (e quindi – almeno in teoria – da qualsiasi soggetto) e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari, riservando pertanto la conoscenza degli atti soltanto a coloro che svolgono le indagini o comunque vi partecipano o vi assistono»³⁶², dall'altro il segreto esterno, che si sostanzia nella «sussistenza di ulteriori limiti conoscitivi rispetto ad atti già noti o conoscibili, rispetto ai quali, cioè, il segreto c.d. interno risulta ormai caduto, e tali limiti sono posti al fine di proteggere da possibili interferenze esterne al processo una pluralità di interessi diversi e ulteriori dal segreto investigativo, che possono consistere nel libero convincimento del giudice, nella reputazione, nella presunzione di innocenza, nella riservatezza delle parti coinvolte nel procedimento»³⁶³.

L'attuale disciplina del segreto investigativo è contenuta nell'art. 329 c.p.p., rubricato "Obbligo del segreto", ed è collocato all'interno del quinto libro del codice, specificatamente riservato alle "Indagini preliminari e udienza

-

³⁶² R. Bartoli, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 3/2017, p. 60.

preliminare". Questo non può però prescindere da una lettura congiunta con l'art. 114, rubricato "divieto di pubblicazione di atti", dicitura alla quale è stato aggiunto il termine "immagini" dalla l. 16 dicembre 1999 n 469. La collocazione di quest'ultimo articolo è, non a caso, diversa dal primo e nello specifico si trova nel secondo libro dedicato agli "Atti".

L'art 329 co. 1 dispone che "gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari". Nonostante non vi sia specificazione del tipo di atti d'indagine cui i riferisce la norma, appare evidente dal limite temporale imposto dall'ultimo periodo del comma, che si tratti esclusivamente degli atti investigativi compiuti durante la fase delle indagini preliminari. Ne resta dunque esclusa l'ulteriore attività d'indagine concepita dall'ordinamento, ed in particolare quella prevista dagli artt. 419, 421-bis e 430.

Tralasciando la mancata qualificazione degli atti a cui si riferisce la disciplina, la norma presenta due ulteriori sviste del legislatore. La prima consiste nella congiunzione "e" che lega gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, essendo indubbio che l'istituto si applichi anche agli atti compiuti disgiuntamente. Sarebbe stato pertanto più corretto sostituirla con una "o" disgiuntiva, in grado di comprendere sia gli atti compiuti singolarmente dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, che quelli compiuti congiuntamente. Sebbene sia auspicabile una modifica del legislatore, si tratta comunque di un problema risolvibile attraverso un'interpretazione esegetica della norma.

Più evidente è invece la problematica inerente al riferimento al termine "imputato". L' art. 60 c.p.p., infatti, riconosce la qualità d'imputato alla "persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena

a norma dell'art. 447 coma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo". È chiaro che si tratta di situazioni che non possono ancora essersi verificate fino al momento ultimo in cui è riconosciuto il segreto d'indagine, che non può protrarsi oltre la conclusione delle indagini preliminari. In quest'ultima fase, infatti, non esiste un imputato, dal momento che l'accusa non è ancora stata formulata, ma esclusivamente un soggetto sottoposto ad indagini. Qualsiasi interpretazione volta ad attribuire all'art. 329 il suo significato letterale si porrebbe in contrasto con la *ratio* dell'istituto. È pertanto necessario il riferimento all'art. 61, il quale equipara la posizione dell'imputato a quella dell'indagato, salvo che sia diversamente stabilito. In questo senso è possibile riferire la conoscenza degli atti dell'indagine preliminare all'indagato, anche se è cosa ben diversa "estendere" la disciplina all'indagato e applicarla esclusivamente a quest'ultimo³⁶⁴.

Per quanto riguarda il profilo soggettivo, il legislatore delegante ha abbandonato l'idea di elencare tassativamente i soggetti ai quali è rivolto l'obbligo del segreto, come in precedenza previsto dagli artt. 230 e 307 del codice Rocco. All'estensione *erga omnes* del divieto non era però seguito un contestuale ampliamento della sanzione penale prevista per la violazione dell'obbligo. L'inosservanza dello stesso era infatti penalmente rilevante solo nel caso in cui si trattasse di una delle fattispecie degli artt. 326, rubricato "Rivelazione ed utilizzazione di segreti d'ufficio", 622 c.p. "Rivelazione di segreto professionale", 623 c.p., "Rivelazione di segreti scientifici o industriali". Finalmente con la l. 7 dicembre del 2000 n. 397 è stata introdotta una nuova fattispecie volta a rendere effettivo l'obbligo che il codice Vassalli non prevedeva più solo in capo al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria, ma anche ai testimoni e alle parti private. E in particolare è stato così introdotto nell'ordinamento l'art 379-bis, rubricato "Rivelazione di

-

³⁶⁴ F. Porcu, *Pubblicità e segretezza nel processo penale. Fra indicazioni normative e profili attuativi, Tesi di dottorato in scienze giuridiche*, anno accademico 2015/2016, p. 118.

³⁶⁵ G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 300, nt. 1.

segreti inerenti ad un procedimento penale", che si configura come un reato comune.

2.1 Delimitazione oggettiva

Esaurito il profilo soggettivo, si volge lo sguardo all'oggetto del divieto. Mentre la direttiva n. 71 della legge-delega prevedeva "l'obbligo del segreto su tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria", il legislatore delegato ha delimitato il campo facendo un più specifico riferimento agli "atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria". Detta formulazione, anche a prescindere dal riferimento alla legge-delega, ha generato dubbi in dottrina. In particolare, alcuni commentatori hanno sostenuto che il riferimento all'indagine sia da intendersi come relativo ad una circoscrizione temporale degli atti in questione. Rientrerebbero pertanto all'interno del divieto tutti quegli atti compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero durante la fase delle indagini preliminari. Detta interpretazione pare però non cogliere nel segno. Si tratterebbe, in quest'ottica, di una mera ripetizione superflua del riferimento temporale alle indagini preliminari già esplicitato all'interno dello stesso comma³⁶⁶.

Altra parte della dottrina ha pertanto ipotizzato una lettura diversa, basata sull'interpretazione della norma in combinato disposto con l'art. 326. Sarebbe così da considerare un atto d'indagine solo quello che sia teleologicamente finalizzato alle "determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale".

Abbracciata quest'ultima interpretazione, resta però da definire, nell'ambito della stessa, se gli atti d'indagine siano esclusivamente quelli in grado di essere identificati come fonti di prova a carico o a discarico dell'indagato ovvero, secondo un'interpretazione estensiva, tutti quegli atti che siano direttamente o indirettamente rivolti alla determinazione del pubblico

³⁶⁶ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 36.

ministero a procedere con la richiesta di rinvio a giudizio ovvero con l'archiviazione. In merito la dottrina propende per una soluzione restrittiva, escludendo dal novero degli atti d'indagine ad es. l'informazione di garanzia inviata all'indagato e alla persona offesa dal reato *ex* art. 369, la richiesta del pubblico ministero al giudice delle indagini preliminari per l'autorizzazione all'accompagnamento coattivo dell'indagato *ex* art. 376, l'arresto in flagranza *ex* art. 380-381³⁶⁷. Si tratta, peraltro, di casi in cui una vera e propria esigenza di segretezza interna al procedimento non sussiste, essendo atti di cui l'indagato viene a conoscenza immediatamente³⁶⁸.

Un riferimento più specifico merita l'informazione di garanzia, ossia quell'avviso che deve essere inviato all'indagato e alla persona offesa dal reato quando debba essere compiuto un atto cui il difensore ha diritto ad assistere, ex art. 369 c.p.p. La dottrina si è chiesta se l'atto sia da considerare segreto nel periodo che intercorre tra il deposito dell'avviso in segreteria da parte del pubblico ministro e l'effettiva ricezione da parte dell'indagato, essendo indubbio che è irrilevante ai fini della caduta del segreto ex art 329 la conoscenza dell'atto da parte della persona offesa. Si tratta in effetti di un lasso di tempo che nella prassi non è poi così breve da rendere irrilevante la questione. Inoltre, riconoscere la sussistenza del segreto dell'atto, anche per il breve tempo che dura fino alla conoscenza dello stesso da parte dell'indagato, significherebbe ascrivere allo stesso il divieto di pubblicazione integrale dell'atto che sussiste ex art. 114 anche in un momento successivo alla caduta del segreto d'indagine.

L'importanza della questione risiede nel fatto che la funzione dell'informazione di garanzia è stata di fatti travisata dall'opinione pubblica, la quale tende ad indentificarla con una vera e propria condanna, dal momento che il procedimento penale si concluderà in tempi molto lunghi e spesso non dando i mezzi d'informazione neanche il giusto rilievo al vero atto conclusivo

³⁶⁷ G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 302.

³⁶⁸ Impostazione avallata da Cass., sez IV, 20 giugno 1995, in CED Cass., 202217.

del procedimento che si dovesse risolvere in un proscioglimento, non facendo quest'ultimo più notizia.

Non sussiste in merito un orientamento dottrinale unitario. Alcuni autori hanno sostenuto che si tratti di un istituto soggetto alla disciplina del segreto e che quest'ultimo debba dunque cadere solo nel momento in cui l'indagato viene a conoscenza dell'atto poiché, sebbene si tratti di un "atto autonomo", si configura come «antecedente logico-giuridico di ogni attività il cui espletamento richiede l'intervento difensivo» 369, e «partecipa di una finalità investigativa, in quanto preludio ad una attività diretta alla ricerca e alla raccolta di elementi conoscitivi necessari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale»³⁷⁰. Sul fronte opposto altri autori³⁷¹ e la giurisprudenza hanno sostenuto che «l'aver comunicato ad un giornalista [...] i nominativi di indagati per i quali il magistrato aveva già firmato informazioni di garanzia, depositate in segreteria per la materiale spedizione a mezzo posta [...] non comporta violazione dell'obbligo del segreto per effetto della prima parte dell'art. 329 c.p.p. [...] trattandosi di atti già emessi dal P.M. e per loro stessa natura conoscibili dagli interessati anche se di fatto non ancora conosciuti»³⁷².

La rivelazione *de quo* integra comunque un'ipotesi di responsabilità disciplinare del magistrato, stante l'obbligo di correttezza e riserbo cui dovrebbe attenersi.

Tornando al più generale problema della delimitazione oggettiva dell'obbligo del segreto, sembra da preferire quello che la dottrina ha definito «approccio olistico»³⁷³, ossia un'interpretazione più ampia di "atti d'indagine" capace di comprendere tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria nell'ambito delle relative funzioni e "necessarie alle determinazioni

³⁶⁹ L. Caraceni, *Informazione di garanzia*, in Enc. dir., Agg., III, Milano, 1999, p. 707.

³⁷⁰ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 75.

³⁷¹ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 164, nt. 103.

³⁷² G.i.p. Trib. L'Aquila, 30 giugno 1993, Vitanza, in Dir. inf., 1994, p. 530.

³⁷³ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 38 ss.

inerenti all'esercizio dell'azione penale" (art. 326 c.p.p.). a differenza dell'approccio atomistico, detto orientamento non considera gli atti singolarmente, ma come «momenti di un processo unitario, all'interno del quale ciascuno di essi soltanto acquista un significato compiuto»³⁷⁴. Considerare gli atti in modo autonomo l'uno dall'altro avrebbe condotto, almeno prima dell'interpolazione appostata dalla riforma Orlando, alla conseguenza paradossale di non poter considerare atti d'indagine il ricevere la notizia di reato ex art 330 o la richiesta di autorizzazione del pubblico ministero al giudice delle indagini preliminari di disporre l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni ex art 267. Questi ultimi non costituiscono direttamente prove a carico o a discarico del soggetto sottoposto alle indagini, «qualora, invece, si consideri il singolo atto all'interno del microprocedimento al quale esso appartiene, la citata richiesta [di autorizzazione a disporre intercettazioni di conversazioni o comunicazioni] si rivelerà partecipe di una finalità investigativa, in quanto preludio ad una attività di intercettazione»³⁷⁵.

La disciplina del segreto non riguardava invece, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. del 29 dicembre 2017 n. 216, gli atti del giudice delle indagini preliminari, al quale non facevano riferimento né l'art. 329 né l'art. 326, in ossequio al principio per cui il giudice, essendo terzo ed imparziale, non gode di autonome prerogative istruttorie, riservando il compito di inquirente al pubblico ministero. Se sicuramente quest'impostazione non poneva alcun problema con riferimento agli atti per cui non sussistono esigenze di segretezza interna, essendo gli stessi conosciuti o conoscibili dall'indagato, come ad es. l'ordinanza di convalida dell'arresto o del fermo *ex* art. 391 co. 7, o per i quali è prevista la partecipazione dell'indagato, ad es. l'interrogatorio di garanzia *ex* art. 294, vi erano tuttavia situazioni più problematiche, in cui l'atto non rientrava propriamente tra quelli d'indagine,

³⁷⁴ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 39. ³⁷⁵ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 39.

ma sussisteva al contempo un'importante esigenza di segretezza dello stesso. L'esempio più lampate è costituito dal decreto del G.i.p. che autorizza il pubblico ministero a disporre l'intercettazione. Prima dell'espressa previsione legislativa, era stato sostenuto che si trattasse di un atto non coperto dal segreto³⁷⁶, benché fosse evidente che privandolo del suo carattere occulto avrebbe significato renderlo totalmente inefficace. Proprio al fine di evitare che detto mezzo di ricerca della prova fosse di fatto reso inutilizzabile, parte della dottrina aveva qualificato l'atto in questione come «preordinato al compimento di attività d'indagine richiesta dal P.M.»³⁷⁷ nonostante si tratti di un atto formalmente compiuto dal G.i.p.

Ma una lacuna ancor più grave si verificava con riguardo alla richiesta del pubblico ministero di applicazione di una misura cautelare. Difficile infatti applicare l'escamotage utilizzata dalla dottrina per giustificare la segretezza dell'atto che dispone l'intercettazione, dal momento che una finalità investigativa dell'atto è riscontrabile solo nel caso in cui la misura cautelare personale sia disposta per l'esigenza cautelare di cui all'art. 274 co. 1 lett. a), ossia "specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova", rimanendo pertanto scoperte quelle di cui alle lettere b) e c) del medesimo articolo³⁷⁸. Se non coperti dal segreto, si sarebbe trattato di atti pubblicabili *ab origine* integralmente, e dunque in grado di interferire con il principio di verginità cognitiva del giudice del dibattimento.

A risolvere il problema è intervenuto il legislatore delegato che, esercitando la delega conferitagli dalla 1. 23 giugno 2017, n. 103, ha interpolato il primo periodo dell'art. 329 inserendo a fianco degli atti compiuti dal pubblico

³⁷⁶ G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 301.

³⁷⁷ G. P. Voena, *Sub art 114 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, I, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Ipsoa, Milano, 2010, p. 1160.

³⁷⁸ Si tratta rispettivamente dell'esigenza di assicurare l'esecuzione della sentenza, prevenendo il pericolo di fuga, e di evitare l'aggravamento delle conseguenze del reato o la commissione di altri reati

ministero e dalla polizia giudiziaria, anche "le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste".

Rimangono invece certamente escluse dall'ambito applicativo del segreto investigativo le investigazioni difensive, "per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito", come dispone testualmente l'art. 327-bis c.p.p. De iure condendo è stata ipotizzata la possibilità di estendere il segreto anche a tale ultima attività, in ossequio al principio di parità delle parti proclamato all'art. 111 co. 2 Cost³⁷⁹.

Altra questione controversa relativa alla delimitazione dell'oggetto del segreto concerne l'assenza di un qualsiasi riferimento ai documenti all'interno dell'art. 329. Nella specie, ci si è chiesti se a dover rimanere segreto sia solamente il provvedimento e la notizia dell'acquisizione documentale o anche il documento stesso. Sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione 380, la quale si è trovata a giudicare il caso di una giornalista dell'ANSA che aveva pubblicato il contenuto di un'informativa dell'Agenzia delle Entrate al Procuratore della Repubblica che conteneva una lista di nomi di alcuni soggetti ed ulteriori informazioni ad essi annesse su cui era in corso un'indagine. Condannata in primo grado per la contravvenzione di cui all'art 684 c.p., la giornalista aveva proposto ricorso in Cassazione, ritenendo che la pubblicazione del suddetto documento non potesse integrare la fattispecie in esame poiché, non costituendo atto d'indagine, non era coperta dal segreto.

La Corte ha rilevato come dal mancato riferimento ai documenti nella disciplina positiva del segreto sarebbe stato possibile desumere che questi ultimi siano esclusi dalla disciplina in esame, anche in ragion del fatto che il codice previgente all'art. 164 prevedeva un divieto di pubblicazione "di qualunque documento e di ogni atto, scritto od orale", a differenza dell'attuale

³⁸⁰ Cass., sez I, 9 marzo 2011, dep. 4 aprile 2011, n. 13494, Tamberlich, in Cass. Pen., 2011, p. 3783

³⁷⁹ G. P. Voena, *Sub art 114 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, I, a cura di A. Giarda-G. Spangher, Ipsoa, Milano, 2010, p. 180 ss.

art. 114 c.p.p. che nulla statuisce in merito. Al contrario, come emerge da una lettura sistematica delle disposizioni codicistiche, la locuzione "atti processuali" deve essere considerato come ricomprendente anche i documenti. Ne costituisce un esempio l'utilizzo del termine "atti" come rubrica del titolo primo del libro secondo del c.p.p.

Stante dunque la possibilità che anche i documenti siano coperti dal segreto, la Corte si accinge a delimitare l'ambito applicativo dello stesso. Ed in particolare si ritiene possano rientrare nell'ambito dell'art. 329 solo quei documenti che «abbiano origine nell'azione diretta o nell'iniziativa del P.M. o della p.g. e dunque quando il loro momento genetico, e la strutturale ragion d'essere, sia in tali organi. Ma tale conclusione di certo non può valere ove si tratti di documenti aventi origine autonoma, privata o pubblica che sia, non processuale, generati non da iniziativa degli organi delle indagini ma da diversa fonte soggettiva e secondo linee giustificative a sé stanti»³⁸¹.

2.2 Profili temporali

L'obbligo del segreto permane "fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari" (art. 329). I compilatori del codice, in accordo con quanto previsto dalla leggedelega, hanno individuato il momento in cui spira l'esigenza di segretezza interna dell'atto con la conoscibilità dello stesso da parte del soggetto sottoposto alle indagini. Si tratta di un limite di carattere speciale, la cui rilevanza dipenderà dal regime di conoscibilità del singolo atto. Quest'ultimo è giustamente affiancato da un limite di natura oggettiva e più generale, ed in particolare si tratta del momento della chiusura delle indagini preliminari. Questo è, in effetti, l'ultimo momento in cui l'indagato può venire a conoscenza, con l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari,

-

³⁸¹ Ibidem.

del procedimento a suo carico. L'informazione di garanzia, infatti, deve essere inviata solamente nel caso in cui debba essere compiuto un atto c.d. garantito. Inoltre, nel caso in cui sussistano particolari esigenze di segretezza ai fini delle indagini e il segreto sull'atto sia già caduto a norma del co. 1 dell'art. 329, il pubblico ministero gode, *ex* co. 3 dello stesso articolo, di un potere di segretazione.

Delineati così i profili generali dell'aspetto temporale dell'istituto, è necessario indagare il regime di conoscibilità dei singoli atti al fine di capire qual è il primo momento utile per la caduta del segreto. Bisogna intanto sottolineare che l'utilizzo del verbo "potere" autorizza a sostenere che sia sufficiente la mera conoscibilità dell'atto e non anche la conoscenza effettiva dello stesso. In particolare, la dottrina ha enucleato una tripartizione per categorie di atti³⁸². Il primo gruppo ricomprende tutti quegli atti per cui la presenza dell'indagato è necessaria affinché l'atto stesso venga ad esistenza. Non vi è dunque differenza tra il momento in cui l'atto viene geneticamente creato e quello in cui il soggetto ne prende conoscenza. Alcuni autori hanno pertanto ipotizzato una «distinzione tra l'area oggettiva del segreto investigativo, da un lato, e la sua estensione temporale, dall'altro»³⁸³, al fine di poter immaginare che vi sia un momento in cui il segreto si costituisce, anche se lo stesso si estingue subito dopo, così da rendere tali atti assoggettabili al regime previsto dall'art. 114 co. 2.

Il secondo insieme, invece, ricomprende tutti quegli atti a cui il difensore ha diritto di assistere, sia nel caso in cui gli debba essere dato preavviso, trattasi nella specie dei c.d. atti garantiti, come ad es. gli accertamenti tecnici garantiti disposti dal p.m. ex art. 360, sia quegli atti cui il difensore non ha diritto al preavviso come ad es. perquisizioni e sequestri ex artt. 352-356 e 365 c.p.p. In questi casi si pone il problema di equiparare la conoscibilità dell'atto da parte del difensore a quella del soggetto sottoposto alle indagini, così che la prima

³⁸² F. Molinari, *Il segreto investigativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 182 ss.

³⁸³ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 44.

possa essere rilevante ai fini della caduta del segreto. La dottrina nella specie ha sostenuto che la conoscibilità della tipologia di atti in questione deve essere riferita «alla difesa nel suo complesso e non al solo imputato»³⁸⁴, in ossequio al principio esplicitato dall'art. 99 co. 1 che statuisce che "al difensore competono le facoltà e i diritti che la legge riconosce all'imputato, a meno che essi siano riservati personalmente a quest'ultimo".

La terza categoria, infine, si compone di tutti quegli atti a cui né l'indagato né il suo difensore hanno diritto di assistere, ad es: gli accertamenti tecnici ripetibili ex art. 359 e l'individuazione di cose ex art. 354 c.p.p. Per questi ultimi, dunque, il segreto cade con la chiusura delle indagini preliminari. Vi sono peraltro ipotesi in cui atti rientranti in quest'ultimo insieme sono sottoposti ad un regime di discovery anticipata. È il caso in cui il procedimento sia interpolato da un incidente cautelare. A seguito dell'intervento riformatore della 1. 8 agosto 1995 n. 332, che ha previsto la possibilità per il difensore di prendere cognizione degli atti che supportano la misura cautelare in un momento antecedente a quello del procedimento di riesame, della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 293 co. 3 nella parte in cui non prevede anche la possibilità di estrarre copia di detti atti, e dell'ulteriore intervento della Consulta che sanzionava, questa volta, l'art 268 nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il difensore di far trasporre su nastro magnetico le parti delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni utilizzate a supporto della misura cautelare anche se non ancora depositate, è attualmente prevista la possibilità di conoscere anticipatamente, rispetto al momento in cui dovrebbe cadere il segreto, e di estrarre copia di tutti quegli atti che il P.M. presenta al giudice con la richiesta di applicazione di una misura cautelare. Si tratta nella specie, ai sensi dell'art. 291, di tutti "gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate". Stante l'esplicito riferimento a tutti gli elementi a discarico dell'imputato, è

³⁸⁴ G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 308.

evidente che il pubblico ministero gode di un ampio potere di selezione del materiale da sottoporre all'attenzione del giudice e dunque su cui far cadere il segreto anticipatamente.

Un'ulteriore ipotesi di *discovery* anticipata si verifica laddove venga disposto l'incidente probatorio. In questo caso la disciplina dell'istituto ha dovuto conciliare due distinti interessi necessariamente alternativi tra loro: da un lato, il segreto investigativo, dall'altro l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, e nella specie la possibilità di ricorrere all'esame incrociato. In questo senso, infatti, deve essere letto l'art. 398 co. 3 laddove, accanto alla notifica all'indagato, alla persona offesa e ai difensori del giorno, dell'ora e del luogo in cui avverrà l'udienza disposta per l'incidente probatorio, prevede che gli stessi "nei due giorni precedenti l'udienza possono prendere cognizione ed estrarre copia delle dichiarazioni già rese dalla persona da esaminare".

Come previsto dalla Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, il «segreto cessa in ogni caso all'atto della chiusura delle indagini, a prescindere dal relativo epilogo, e quindi anche nel caso di archiviazione»³⁸⁵.

Peraltro, nel caso in cui l'indagine culmini nella richiesta di archiviazione che il pubblico ministero deve presentare al giudice, la dottrina³⁸⁶ ha sostenuto che il segreto cada già a partire da quest'ultima, senza alcuna necessità di attendere l'accoglimento della richiesta da parte del g.i.p. Si tratta in effetti dell'interpretazione più coerente con la previsione della possibilità per la persona offesa dal reato di prendere visione, al momento del deposito della richiesta, di tutti gli atti che compongono il fascicolo del pubblico ministero e della richiesta stessa. Se è ben vero, infatti, che l'art. 329 ricollega la caduta del segreto alla conoscibilità dell'atto da parte dell'indagato, una siffatta interpretazione applicata all'istituto dell'archiviazione condurrebbe a ritenere

³⁸⁵ Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, in Gazz. Uff., 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p.186.

D. Cenci, *La "fuga" di notizie processuali tra norma e prassi*, nota a G.i.p. Trib. Perugia, decr. 2 dicembre 2993, Catalani, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1634.

che la persona offesa dal reato abbia la piena conoscibilità di atti su cui dovrebbe vigere ancora il segreto.

L'individuazione dei profili temporali dell'istituto diviene più complessa in due casi particolari, ossia quando si procede nei confronti di una pluralità di soggetti e nei procedimenti contro ignoti. Nel caso in cui vi siano più soggetti sottoposti alle indagini, interpretando la norma con riferimento alla sua *ratio*, è sicuramente vero che l'esigenza di segretezza può permanere nonostante uno o più indagati, ma comunque non tutti, possano conoscere l'atto. È peraltro chiaro che un'interpretazione volta a ritenere che il segreto cada esclusivamente nel momento in cui tutti gli indagati vengano a conoscenza dell'atto amplierebbe eccessivamente i confini dell'istituto. Le esigenze di segretezza sono infatti ben tutelate dal co. 3 lett. a) dell'art. 329, il quale prevede la possibilità per il pubblico ministero di segretare singoli atti, e dunque con una valutazione basata sul singolo caso, «quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone»³⁸⁷.

La giurisprudenza sembra implicitamente sposare tale orientamento, avendo ritenuto legittima la rivelazione da parte del difensore al proprio cliente di informazioni acquisite all'esito di un interrogatorio di altro indagato, non previamente sottoposto a segretazione con decreto emesso dal pubblico ministero *ex* art. 329 co. 3 c.p.p.³⁸⁸

Per quanto riguarda il procedimento contro ignoti, non essendovi il soggetto cui dovrebbe essere riferita la conoscibilità dell'atto, il segreto perdura fino alla richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del reato. Siffatta interpretazione però appare problematica soprattutto in riferimento al fatto che, per determinati procedimenti, la fase delle indagini preliminari può durare fino a due anni. In questi casi, infatti, stante il divieto di pubblicazione anche del solo contenuto che si protrae per tutta la durata del segreto, l'istituto de quo si rivela in contrasto con il diritto ad essere informati e la possibilità di

³⁸⁷ G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 308 ss.

esercitare un controllo sull'operato della magistratura da parte dell'opinione pubblica.

Nel caso in cui nel corso dell'indagine si abbia una riqualificazione soggettiva del reato, ovviamente, il problema verrebbe meno essendo possibile l'applicazione del regime di conoscibilità dei singoli atti.

2.3 Deroghe: segretazione e desegretazione

Il primo comma dell'art. 329, che enuclea la cornice oggettiva e temporale del segreto, è certamente funzionale ad esigenze di certezza del diritto, non essendo possibile lasciare al pubblico ministero una discrezionalità tale da poter autonomamente valutare, in ogni caso, la necessità di applicazione dell'istituto. Al contempo, questo sistema presenta lo svantaggio di essere più difficilmente adattabile alle esigenze contingenti del caso concreto, così da scongiurare il rischio dell'utilizzo dell'istituto anche in procedimenti in cui il segreto non è necessario e viceversa. È questa la *ratio* che ha spinto il legislatore all'adozione di un sistema "misto". La rigidità dei parametri fissati dal primo comma dell'articolo è, infatti, controbilanciata dal potere discrezionale riconosciuto dai successivi due commi al pubblico ministero di derogare agli stessi, così conferendo la necessaria flessibilità all'istituto.

A giustificare la disapplicazione della regola generale in favore di quella derogatoria è la necessità a fini investigativi. È evidente che sia la regola che l'eccezione sono finalizzate alla tutela dello stesso interesse, mancando, nella specie, un bilanciamento con esigenze diverse. «Il consueto ricorso allo schema regola-eccezione non corrisponde, dunque, alla volontà di contemperare interessi diversi e in conflitto, bensì di meglio garantire un medesimo bene, attraverso la possibilità di superare i limiti di una regola generale ed astratta sulla base della peculiarità del singolo caso concreto,

apprezzabili dall'autorità giudiziaria che opera nella speciew³⁸⁹. I redattori del codice non hanno, infatti, inteso prendere in considerazione i diritti del singolo. Soprattutto con riferimento alla caduta anticipata del segreto, è possibile che si verifichi una lesione del diritto alla riservatezza del soggetto sottoposto alle indagini, laddove il magistrato inquirente faccia un uso troppo discrezionale dell'istituto. Alcuni autori hanno in proposito ritenuto preferibile che una simile decisione sia adottata da «un organo giurisdizionale o, quanto meno, [che sia riservata] al procuratore generale, così da rendere possibile una valutazione più attenta su tutte le possibili implicazioni dell'atto di desegretazione»³⁹⁰.

La prima delle due deroghe alla disciplina del segreto degli atti d'indagine è quella disciplinata dal secondo comma dell'art. 329, alla quale ci si riferisce comunemente come "desegretazione". Si tratta, invero, di un termine che, per quanto dotato di una notevole efficacia espressiva, è al contempo tecnicamente improprio per qualificare l'istituto in esame. In effetti, la norma non si riferisce propriamente alla caduta del segreto, bensì alla prematura pubblicazione dell'atto, in deroga al regime previsto dall'art. 114 c.p.p. La desegretazione è, dunque, soltanto un effetto indiretto della pubblicazione anticipata dell'atto. La deroga in questione può riguardare sia atti ancora coperti dal segreto e dunque che non sarebbero stati pubblicabili, anche parzialmente o per riassunto, ai sensi del co. 1° dell'art. 114, sia quelli per cui il segreto è già caduto ma su cui perdurerebbe altrimenti un divieto di pubblicazione testuale fino a che non siano concluse le indagini preliminari o al termine dell'udienza preliminare *ex* art. 114 co. 2.

Nonostante l'impronta di matrice garantista del codice, che condurrebbe a ritenere particolarmente importante la motivazione dell'atto del pubblico ministero che dispone la desegretazione, stante l'ampio potere discrezionale riconosciuto al magistrato inquirente, la centralità della stessa è fortemente

³⁸⁹ G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 50.

ridimensionata a causa dell'ampiezza del presupposto giustificativo dell'istituto "necessario per la prosecuzione dell'indagine", ma soprattutto dell'assenza di un qualunque mezzo per sindacarne la legittimità. Inoltre, ritenendo, a ragione, detto atto sottoposto alla disciplina del segreto prevista dal 1° comma dell'art. 329 in ragione del nesso teleologico e funzionale che lo lega alle esigenze investigative, la motivazione del provvedimento in esame resterebbe comunque sprovvista della possibilità di essere sottoposta ad un controllo in un tempo utile da parte dell'interessato.

Il terzo comma dell'art. 329 prevede, nel caso in cui il segreto sia caduto a norma dell'art. 329 co. 1, due distinte ipotesi di "segretazione" (per cui, tra l'altro tale termine è utilizzato propriamente solo in relazione alla prima, per le ragioni sovraesposte). La lett. a) della norma in esame richiede, accanto alla sussistenza della più generale "necessità per la prosecuzione delle indagini", gli ulteriori presupposti, tra loro alternativi, del consenso dell'imputato ovvero del pericolo che la caduta del segreto possa essere d'ostacolo ad indagini riguardanti altre persone.

Il presupposto del consenso dell'imputato è stato particolarmente criticato in dottrina in ragion del fatto che si tratta di un atto del pubblico ministero che deve rispondere del più generale requisito di essere necessario per esigenze investigative. In quest'ottica non si spiega la subordinazione al consenso del soggetto sottoposto alle indagini. «Non si comprende, infatti, da un lato, quale interesse avrebbe mai l'imputato (*scil.* "indagato") a "consentire" che gli venga negata l'informazione proprio su atti di cui egli, in concreto, è già venuto a conoscenza o che, *ex lege*, gli devono essere comunicati perché attinenti al contraddittorio e della cui esistenza è, comunque, reso edotto quanto meno perché possa esprimere il suo "consenso" alla "segretazione" e, dall'altro lato, sotto il profilo del "segreto esterno", perché si debba concordare con costui sul divieto di pubblicazione, quando è risaputo che la

pubblicità degli atti d'indagine assai raramente, almeno durante la fase investigativa, giova all'indagato»³⁹¹.

Per quanto riguarda, invece, il secondo dei due presupposi di cui alla lett. a) del comma in esame, il profilo problematico concerne la necessità o meno che, oltre alla specifica valutazione concernete il pericolo dell'ostacolo alle indagini riguardanti altre persone, sia valutata autonomamente la sussistenza del più ampio presupposto della necessità ai fini delle indagini. Nella specie la dottrina si è espressa in senso negativo, ritenendo quest'ultimo assorbito dal primo. «Si tratterebbe, dunque, di una forma di superfetazione normativa» ³⁹². La lett. b) del terzo comma dell'art 329, stante il presupposto della necessità ai fini delle indagini, prevede che, quando sia già caduto il segreto *ex* art 329 co 1, il pubblico ministero possa disporre "il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni". Come in precedenza anticipato, è evidente la poca adattabilità de termine segretazione all'operazione in questione, essendo la stessa riferita ad un divieto di pubblicazione.

Stante che nel caso in cui dovesse essere disposta la segretazione ai sensi della lett a) del comma 3° dell'art. in esame questa implicherebbe anche un divieto di pubblicazione, la *ratio* della specifica previsione della lett. b) risiede nella possibilità di vietare la pubblicazione anche di atti non più coperti dal segreto che sarebbero invece contenutisticamente pubblicabili, ferma invece, comunque, l'impossibilità di pubblicazione integrale degli stessi sancita dall'art. 114.

Anche in questo caso si ripropongono le perplessità sulla necessità della motivazione dell'atto e, al tempo stesso, il rischio che questa sia fine a se stessa, già esaminate in relazione alla precedente ipotesi di segretazione.

-

³⁹¹ L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 782.

³⁹² F. Porcu, *Pubblicità e segretezza nel processo penale. Fra indicazioni normative e profili attuativi*, Tesi di dottorato in scienze giuridiche, anno accademico 2015/2016, p. 118.

Inoltre, la norma non prevede un termine massimo entro il quale il pubblico ministero può esercitare la propria discrezionalità con il decreto in questione, fermo restando il limite della conclusione delle indagini preliminari. La circostanza è aggravata dal fatto che, così come ritenuto dalla Suprema Corte, è escluso qualsiasi intervento giurisdizionale nella procedura *de qua*. Nel caso di specie la Corte ha qualificato come abnorme un decreto del giudice che ordinava al pubblico ministero a disporre la segretazione di determinati atti del procedimento, in ragion del fatto che una simile possibilità non è contemplata da alcuna norma dell'ordinamento.

Infine, resta da rilevare che la disciplina in questione si pone in una prospettiva meno garantista di quella della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, la cui direttiva n. 71 prevedeva la necessità di pubblicazione del decreto che dispone la segretazione, e non la sola conoscibilità dello stesso, con riferimento ovviamente ad un periodo successivo a quello in cui si erano verificate le esigenze di segretezza, così da non compromettere le indagini e, al tempo stesso, garantire in un momento successivo l'integrale conoscibilità dell'atto che aveva consentito la deroga al diritto di informare e di essere informati.

3. Il diritto di cronaca

Non vi è alcun riferimento esplicito alla libertà d'informazione all'interno della Carta fondamentale del nostro ordinamento, eppure non vi è dubbio che la stessa abbia rilevanza costituzionale, sia nella sua accezione attiva di libertà d'informare, quanto in quella passiva di diritto ad essere informati. Come, infatti, sottolineato dalla Consulta «la Costituzione, all'art. 21, riconosce e garantisce a tutti la libertà di manifestare il proprio pensiero con qualsiasi mezzo di diffusione e che tale libertà ricomprende tanto il diritto di informare, quanto il diritto ad essere informati». Detta libertà si inscrive «tra i valori primari, assistiti dalla clausola di inviolabilità (art. 2 della Costituzione), i

quali, in ragione del loro contenuto, in linea generale si traducono direttamente e immediatamente in diritti soggettivi dell'individuo, di carattere assoluto»³⁹³. La Corte Costituzionale è più volte intervenuta sul tema, definendo la libertà d'informazione come «ordine dell'ordinamento democratico»³⁹⁴ e «pietra angolare dell'ordinamento democratico»³⁹⁵, costituendo la stessa un presupposto fondamentale della democrazia.

Il rango costituzionale della libertà in questione fa sì che, da un lato, una compressione della stessa possa essere giustificata solo con riguardo ad ulteriori interessi costituzionalmente coperti e, dall'altro, che questa non sia immediatamente recessiva laddove fosse in conflitto con altri interessi costituzionali, necessitando invece di un'attenta e ponderata tecnica di bilanciamento. Peraltro, il Giudice delle Leggi ha affermato che «la tutela del buon costume non costituisce l'unico limite alla libertà di manifestazione del pensiero, sussistendo invece altri limiti – impliciti– dipendenti dalla necessità di tutelare beni diversi, che siano parimenti garantiti dalla Costituzione»³⁹⁶. Restringendo il campo al rapporto tra informazione e processo penale, a giustificare una deroga al diritto in esame sono le superiori esigenze di giustizia, anch'esse di rilevanza costituzionale³⁹⁷.

La libertà di espressione, oltre alla sua indubbia rilevanza costituzionale, entra nel nostro ordinamento anche attraverso il diritto sovranazionale, essendo sancita dall'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo³⁹⁸,

-

³⁹³Corte Cost., ud. Pub. 3 novembre 1992, dec. 24 marzo 1993, dep. 26 marzo 1993, n. 112, in Giur. Cost., 1993, p. 956.

³⁹⁴ Corte Cost., 10 luglio 1968, n. 98

³⁹⁵ Corte Cost., ud. pub. 12 marzo 1969, dec. 2 aprile 1969, dep. 17 aprile 1969, n. 84, in Giur. Cost., 1969, p. 1157.

³⁹⁶ Corte Cost., ud. pub. 21 novembre 1973, dec. 24 gennaio 1974, dep. 30 gennaio 1974, n.20, in Giur. Cost., 1974, p. 73.

³⁹⁷ Corte Cost., ud. pub. 17 novembre 1965, dec. 3 marzo 1966, dep. 10 marzo 1966, n. 18, in Giut. Cost., 1966, p. 188, con commento di V. Barosio, *Il divieto di pubblicare atti o documenti relativi ad un'istruzione penale e la sua compatibilità con gli artt. 3 e 21 Cost.*

³⁹⁸ Art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere".

dall'art. 19 del Patto nazionale sui diritti civili e politici³⁹⁹, dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁰⁰ e dall'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁰¹.

La libertà d'informazione, come già accennato, nonostante il suo rango costituzionale, può subire limitazioni in ragioni di ulteriori esigenze. Quest'ultime possono idealmente essere suddivise in due macro categorie: da un lato troviamo gli interessi di natura collettiva che concernono l'esigenza di mantenere una corretta ed efficiente amministrazione della giustizia e, più in generale, la sicurezza dello stato; dall'altro lato troviamo invece gli interessi individuali dei soggetti alla tutela dei c.d. "diritti della personalità", ossia il diritto all'onore, alla *privacy*, alla presunzione di non colpevolezza, etc. Mentre gli interessi rientranti nel primo gruppo sono tutelati attraverso un istituto di natura processuale, quale il divieto di pubblicazione sancito dall' art. 114 c.p.p., quelli rientranti nel secondo «sono fonte anche di un altro genere di

-

³⁹⁹ Art. 19 del Patto nazionale sui diritti civili e politici: "1. Ogni individuo ha diritto a non essere molestato per le proprie opinioni. 2. Ogni individuo ha il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo di sua scelta 3. L'esercizio delle libertà previste al paragrafo 2 del presente articolo comporta doveri e responsabilità speciali può essere pertanto sottoposto a talune restrizioni che però devono essere espressamente stabilite dalla legge ed necessarie: a) al rispetto dei diritti o della reputazione altrui; b) alla salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità o della morale pubbliche".

⁴⁰⁰ Art. 11 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "1. Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

⁴⁰¹ Art 10 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive.

2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure

^{2.} L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario".

limiti alla divulgazione, suscettibili di restringere l'area delle notizie pubblicabili al di là di quanto stabilito dal legislatore processuale»⁴⁰².

3.1 Divieto di pubblicazione di atti ed immagini

Il divieto di pubblicazione di atti ed immagini, sancito dall'art. 114 c.p.p., fa espresso riferimento al segreto d'indagine, istituto regolato dall'art. 329. Tra i due non esiste però un rapporto biunivoco: se, infatti, ogni qual volta sussiste il segreto, l'atto non è al contempo pubblicabile, poiché altrimenti si priverebbe l'istituto di efficacia, non ogni qual volta l'atto non è pubblicabile, questo è al contempo segreto.

Il primo comma dell'art. 114 così recita: "E' vietata la pubblicazione, anche parziale o per riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto". Si tratta pertanto di un divieto di pubblicazione assoluto di tutti quegli atti coperti dal segreto ex art. 329, divieto di pubblicazione che si estende non solo all'atto integrale, ma anche al contenuto dello stesso. È evidente la volontà del legislatore di evitare qualsiasi interpretazione che potesse far fuoriuscire informazioni coperte dal segreto al di fuori del divieto in questione. Nel caso in cui l'indagato dovesse venire a conoscenza di un atto coperto dal segreto non già nelle forme prescritte dal codice per il regime di conoscibilità dell'atto o, in alternativa, al termine delle indagini preliminari, bensì attraverso la diffusione mediatica dello stesso, sarebbero integrate le seguenti fattispecie di reato: alternativamente quella prevista dall'art. 326 c.p. (Rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio) ovvero dall'art. 379-bis c.p. (Rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale), a seconda che la rivelazione sia fatta dal pubblico ministero o agente o ufficiale di polizia giudiziaria, ovvero da un soggetto che abbia appreso le informazioni "per aver partecipato o assistito ad un atto del procedimento stesso". Sarebbe integrata inoltre la

162

⁴⁰² G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 8.

fattispecie contravvenzionale sanzionata dall'art. 684 c.p. (Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale).

I commi 2, 3 e 7 dell'art. 114 enucleano, invece, un divieto di pubblicazione relativo: è vietata la pubblicazione degli atti non più coperti dal segreto fino al termine delle indagini preliminari, ovvero fino alla conclusone dell'udienza preliminare. Laddove si proceda al dibattimento il fascicolo del pubblico ministero è pubblicabile solo dopo la sentenza in grado d'appello. Il co. 3 dell'articolo in esame è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dal Giudice delle Leggi⁴⁰³ nella parte in cui non consentiva la possibilità di pubblicare il fascicolo del dibattimento anche in un momento precedente la sentenza di primo grado. Pertanto, attualmente, tutti gli atti facenti parte del fascicolo del dibattimento ab origine o che vi sono trasmigrati da quello del pubblico ministero sono sottoposti al regime della piena pubblicabilità. Infine il co. 7 dell'articolo in questione afferma che "è sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto". Nonostante l'utilizzo del termine "sempre", è chiaro che non saranno pubblicabili gli atti per cui è già caduto il segreto ma che sono stati oggetto del provvedimento del pubblico ministero di cui all'art. 329 co. 3 lett. b).

Si tratta di un divieto relativo perché gli atti risultano non pubblicabili nella loro integralità, restando invece estraneo dal divieto in questione il contenuto degli stessi. Si tratta di una distinzione, quella tra atto e contenuto, che è stata spesso criticata dalla dottrina in ragion del fatto che una vera e propria linea di demarcazione tra i due concetti, netta a tal punto da poterli distinguere senza dubbi, non appare tracciabile.

In particolare, un autore ha sostenuto la legittimità della pubblicazione di «notizie relative alle indagini, purché esse non pretendano di appoggiarsi su basi documentali provenienti da fonti ufficiali»⁴⁰⁴. Altra e più restrittiva interpretazione ha invece condotto alcuni autori a sostenere che ad essere

163

⁴⁰³ Corte Cost., c.c 8 febbraio 1995, dep. 24 febbraio 1995, n. 59, in Giur. cost., 1995, pp. 503 ss.

pubblicabile sia solo il contenuto identificativo dell'atto, ad es. nel caso in cui sia disposta una perquisizione o un ispezione, sarebbe pubblicabile solamente la notizia dell'avvenuta attività, non potendosi invece riferire a quanto con essa riscontrato⁴⁰⁵.

Neanche la giurisprudenza è stata in grado di circoscrivere e conferire ai concetti in esame una cornice più definita, ritenendo che il "divieto di pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari" (art. 114 co. 2), deve essere interpretato come relativo ad una attività di pubblicazione che, per il numero degli atti coinvolti, o per l'entità o la natura dei brani riportati, abbia efficacia ostensiva superiore a quella che potrebbe conseguire alla pubblicazione del contenuto degli atti stessi. Spetta al giudice di merito valutar l'ampiezza, il significato, la rilevanza dei passi testualmente riferiti in rapporto alla globalità degli atti, al fine di stabilire se la pubblicazione attuata, rapportata allo scopo perseguito dalla norma, diretta «ad evitare una distorsione delle regole dibattimentali", realizzata "ove il giudice formasse il suo convincimento sulla base di atti che dovrebbero essere ignoti" [...] abbia valenza superiore rispetto alla consentita pubblicazione del contenuto di atti, individuando il reato previsto dall'art. 684 c.p. solo in caso di risposta affermativa a tale quesito» 406. La ratio che giustifica il sistema risiede nella volontà di evitare che la fuoriuscita di notizie relative al procedimento metta in crisi il meccanismo del doppio fascicolo, rendendo conoscibili al giudice dell'udienza preliminare o del dibattimento anche elementi probatori che non sono utilizzabili ai ini della decisione. Si intende pertanto salvaguardare la verginità mentale del giudice. Ma proprio la lettura teleologica della norma è quella più idonea a mostrarne i limiti: si è seriamente dubitato del fatto che la possibilità di pubblicare il contenuto dell'atto, e dunque la conoscibilità di quest'ultimo da parte del

⁴⁰⁵ L. Carli, Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale, Giuffrè, Milano, 2005, p. 777.

⁴⁰⁶ Cass., Sez. I, 10 ottobre 1995, dep. 4novembre 1995, n. 10948, Di Fiori ed altri, in Cass. Pen., 1996, p. 1186.

giudice, sia di per sé in grado di prevenire indebite influenze nel suo giudizio. Al contrario, siffatto sistema, oltre a non preservare la verginità del giudice che risulta comunque influenzabile dal contenuto dell'atto, vi aggiunge il rischio che deriva dalla frapposizione di un filtro tra la notizia e il soggetto che la riceve, il filtro del giornalista. «Sarebbe stato più opportuno che il legislatore prevedesse la possibilità di pubblicare l'atto, perché il suo contenuto è filtrato dal giornalista, che può conferire allo stesso un'interpretazione che potrebbe anche non collimare con quello che è l'atto stesso» ⁴⁰⁷.

La riforma Orlando interviene ad interpolare il secondo comma dell'art. 114, introducendo alla fine dello stesso la seguente frase: "fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292". Viene in questo modo esclusa dall'ordinario regime del segreto esterno, delineato dall'articolo, l'ordinanza applicativa di una misura cautelare, la quale risulta pubblicabile appena caduto il segreto. Si tratta dell'unica modifica per la quale è previsto un periodo di vacatio legis più ampio, nello specifico, di dodici mesi. Lo scopo della modifica risiede proprio nella volontà del legislatore di eliminare alla radice la possibilità di fuga di notizie e distorsione delle stesse, in relazione all'ordinanza cautelare, provvedimento che possiede una fortissima risonanza provvedimento mediatica, talvolta ancor più che il conclusivo dell'accertamento giudiziario. Si vuole dunque garantire un'informazione autentica, priva di qualsiasi schermo. Al contempo, però, non puo' essere taciuto l'elevatissimo rischio che attraverso la pubblicazione dell'ordinanza cautelare fuoriescano dal procedimento molte informazioni, poco rilevanti per lo stesso, ma altamente lesive della *privacy* dei soggetti coinvolti. Detta novità «e non adeguatamente controbilanciata da effettive regole disciplinari o reputazionali, finisce col legittimare pratiche distorsive del corso della

⁴⁰⁷A. Manna, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: 'gli arresti giurisprudenziali'*, in Cass. Pen., fasc. 11/2003, p. 3616.

giustizia e, alla lunga, deleterie per la tenuta del sistema giudiziario»⁴⁰⁸. Per controbilanciare tale sistema, il legislatore ha contestualmente modificato anche gli artt. 291 e 292 c.p.p., introducendo un doppio giudizio di pertinenza che deve essere soddisfatto perché il testo delle intercettazioni di conversazioni comunicazioni possa essere trascritto all'interno dell'ordinanza in questione. In particolare il testo della captazione deve risultare necessario ai fini cautelari e comunque solo limitatamente ai brani essenziali. La dottrina 409 ha, però, immediatamente riposto scarsa fiducia in detto sistema, ritenendo che i due concetti, quello di "necessità" e quello di "essenzialità", siano troppo generici per essere in grado di arginare il rischio di fuoriuscite di informazioni non rilevanti a fini processuali.

3.2 Interessi individuali come limite alla libertà d'informazione

La libertà d'informazione trova limiti non solamente nelle esigenze di giustizia bensì anche nei c.d. "diritti della personalità". La rilevanza costituzionale di questi ultimi è, infatti, ormai indiscussa per pacifica giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha affermato che gli artt. 2 e 3 Cost. "riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, tra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo".

Per quanto riguarda la tutela dell'onore, un corretto bilanciamento tra quest'ultimo e la libertà di informazione è stata più volte oggetto dell'attenzione della Suprema Corte, la quale ha enucleato a tal fine tre fondamentali parametri il cui rispetto è necessario. Si tratta, più precisamente,

⁴⁰⁸ R. Orlandi, La giustizia penale nel gioco degli specchi dell'informazione, in Diritto Penale Contemporaneo, n.3/2017.

⁴⁰⁹ D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 1/2018, p. 214.

⁴¹⁰ Corte Cost., c.c. 21 febbraio 1973, dec. 5 aprile 1973, dep. 12 aprile 1973, n. 38

di condizioni scriminanti, la cui sussistenza rende lecito l'esercizio del diritto di cronaca anche laddove questo sia in contrasto con l'onore di determinati soggetti⁴¹¹.

La prima di queste condizioni scriminati è la rilevanza sociale della notizia. Il pubblico, infatti, esercita attraverso il proprio diritto ad essere informato un controllo sull'operato della magistratura. È per questo che, laddove l'informazione sia funzionale a tale scopo, diviene legittima la compressione del diritto all'onore di altri soggetti, condizione che non si verifica invece quando la notizia non è pertinente all'oggetto del processo ma solo oggetto dell'insaziabile fame di curiosità del pubblico. La Suprema Corte ha, inoltre, specificato che «quanto al requisito della pertinenza, viene in rilievo l'interesse pubblico a quello specifico processo, per le più svariate ragioni, che vanno dalla rilevanza del caso alla notorietà dei personaggi coinvolti. L'accertamento e la valutazione di questi elementi sono rimessi al giudice di merito e non sono sindacabili in sede di legittimità, se sorretti da adeguata e logica motivazione»⁴¹².

La seconda scriminante individuata dalla giurisprudenza è la verità della notizia. È chiaro che si tratta di un concetto difficilmente inquadrabile in una definizione universalmente valida. La Cassazione ritiene sufficiente la "verità putativa" a condizione che il giornalista abbia controllato ed accertato tutte le notizie provenienti da fonti non ufficiali, ricomprendendo tra queste ultime anche le informazioni rivelate in via confidenziale da un agente di polizia giudiziaria⁴¹³. La verità della notizia deve essere valutata in relazione al momento storico in cui questa viene fornita ed allo sviluppo delle indagini. La Cassazione si è trovata a decidere un caso in cui era stata pubblicata una notizia concernete l'iscrizione di un soggetto nel registro degli indagati e l'invio allo stesso dell'informazione di garanzia, di cui solo la prima delle due era vera. La Corte ha statuito che «la grande diffusione delle notizie

⁴¹¹ R. Pardolesi, nota a sent. Cass., sez I, 18 ottobre 1994, Granzotti, in Foro it.,1984, I, cc. 2711 ss.

⁴¹² Cass., sez. III, 24 maggio 2006, in Giust, civ. Mass., 2006, p. 5. ⁴¹³ Cass., sez. IV, n. 41135/2001.

giudiziarie avutasi negli ultimi anni relativamente a procedimenti coinvolgenti amministratori pubblici o personaggi di rilievo ha sensibilizzato l'opinione pubblica, che è ormai avvezza a valutare il differente grado di coinvolgimento dell'indagato che può essere ricollegabile (anche se non necessariamente) ad un avviso di garanzia rispetto ad una mera iscrizione nell'apposito registro. Non v'è dubbio, quindi, che presentare un soggetto come destinatario di un avviso di garanzia mentre è soltanto inscritto nel registro degli indagati può avere certamente un effetto lesivo della reputazione»⁴¹⁴. La Suprema Corte è intervenuta ancora sull'argomento, affermando che nel caso in cui si faccia riferimento a più reati attribuiti a più soggetti, debba essere chiaro a chi è attribuito quale fatto, così da evitare fraintendimenti⁴¹⁵. Affinché la notizia possa essere considerata vera è, inoltre, necessario che essa sia valutata in relazione al canone della completezza e, nello specifico, non può farsi riferimento a vicende giudiziarie pregresse senza menzionare al contempo l'esito delle stesse, a maggior ragione se favorevole per il soggetto⁴¹⁶.

Terza ed ultima condizione scriminante è la continenza espositiva. È, pertanto, necessario mantenere un certo rigore nel linguaggio e nello stile, escludendo tutto ciò che esuli dalle finalità informative della notizia trattata. Tale requisito pone particolari problemi in relazione alla critica che, in quanto espressione del proprio pensiero, rimane comunque legittima, ragion per cui la giurisprudenza si è mostrata piuttosto elastica nell'interpretazione della scriminante *de qua*.

Ulteriori limiti alla libertà d'informazione derivano dal diritto alla riservatezza riconosciuto ad ogni individuo. Del rango costituzionale di quest'ultimo si è già ampiamente discusso all'interno dell'elaborato e così anche del suo riconoscimento esplicito nell'ordinamento sovranazionale. La difficile ricerca di un bilanciamento tra i due diversi interessi in esame è stata per molto tempo

⁴¹⁴ Cass., sez. I, 31 agosto 2001, dep. 24 settembre 2001, n. 34544, Mancini ed altro, in Cass. Pen., 2002, p. 3456.

⁴¹⁵ Cass., sez. V, n. 43483/2001.

⁴¹⁶ Cass., sez. V, 26 marzo 2003, Calabrese, in Guida dir., 2003, p. 26.

oggetto della giurisprudenza di merito, le cui linee guida sono state in seguito codificate con la 1. 31 dicembre 1996, n. 675 e il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. "codice della privacy", il cui art. 139 rinvia al "Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica". In particolare, i giornalisti non necessitano del consenso dei soggetti interessati per il trattamento, comunicazione e diffusione dei dati nell'esercizio della professione, se questi sono necessari ed essenziali per le finalità informative e l'utilizzo avviene nel rispetto del codice deontologico. Sono, inoltre, dettate disposizioni particolari per dati particolarmente sensibili, ossia quelli concernenti lo stato di salute o le abitudini sessuali di un soggetto identificato o identificabile. L'art 137 del d.lgs. n. 196/2003 esclude l'applicazione all'utilizzo dei dati che avviene secondo le modalità sopracitate delle garanzie previste dall'art. 27 dello stesso decreto, il quale statuisce che "Il trattamento di dati giudiziari da parte di privati o di enti pubblici economici è consentito soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specifichino le rilevanti finalità di interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e di operazioni eseguibili".

Molto limitata è la tutela del diritto alla riservatezza attraverso istituti di carattere processuale. L'art. 114 co. 6-bis, vietando "la pubblicazione dell'immagine di persona privata della libertà personale ripresa mentre la stessa si trova sottoposta all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica", offre una tutela meramente indiretta, essendo finalizzata prettamente ad una tutela della dignità e della presunzione d'innocenza, così come d'altronde l'art. 194 co. 1, che vieta al testimone la deposizione su fatti concernenti la moralità dell'imputato, peraltro "salvo che si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale" e l'art. 220 co. 2, laddove vieta che siano disposte perizie "per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a

delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".

La riservatezza riceve invece espressa e diretta tutela attraverso il combinato disposto degli artt. 114 co. 4 e 472 co. 2: il giudice, su richiesta dell'interessato o d'ufficio quando questi è assente o estraneo al processo, ordina che il dibattimento proceda a porte chiuse per l'assunzione di prove idonee a causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni o delle parti private. In questo caso è vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti del dibattimento. Detta tutela è però fortemente attenuata non solo dal limite temporale imposto, ossia "quando sono trascorsi i termini stabiliti dalla legge sugli archivi di Stato ovvero è trascorso il termine di dieci anni dalla sentenza irrevocabile e la pubblicazione è autorizzata dal Ministro di grazia e giustizia" (art. 114 comma 4), ma anche dal fatto che il contenuto degli atti del dibattimento a porte chiuse risulta estraneo al divieto in questione. Inoltre, il seguente comma dello stesso articolo dispone che "se non si procede al dibattimento, il giudice, sentite le parti, può disporre il divieto di pubblicazione di atti o di parte di atti quando la pubblicazione di essi può offendere il buon costume o comportare la diffusione di notizie sulle quali la legge prescrive di mantenere il segreto nell'interesse dello Stato ovvero causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni o delle parti private", fermo restando il limite temporale della disposizione precedente.

Infine, risulta del tutto insufficiente la tutela della riservatezza che si intende garantire attraverso il meccanismo previsto dall'art. 269 c.p.p. Quest'ultima norma, infatti, prevede la possibilità per gli interessati, a tutela della riservatezza, di richiedere la distruzione delle registrazioni di intercettazioni non acquisite al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione. I soggetti estranei al procedimento, infatti, verranno molto difficilmente a conoscenza delle registrazioni de qua, con la conseguenza che il rimedio in questione non sarà effettivamente esperibile.

La libertà d'informazione necessita, poi, di un bilanciamento con la presunzione d'innocenza. Sancita dal secondo comma dell'art. 27 Cost., quest'ultima si sostanzia in due diverse accezioni: può essere intesa come regola di trattamento, ossia «nel divieto di assimilare l'imputato al colpevole, e quindi nel divieto di punire tale soggetto prima della condanna definitiva. Da questo punto di vista, la presunzione di no colpevolezza si eleva al rango di criterio regolatore dei rapporti tra individuo e autorità nell'ambito del processo penale» ovvero può essere considerata come regola di giudizio, ed in questo senso «cristallizza l'onere della prova (inteso come "rischio della mancata prova") della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, risolvendo l'incertezza processuale in favore dell'imputato, secondo l'aureo canone dell'in dubio pro reo» 418.

La tutela di questo diritto non può di certo essere limitata all'applicazione degli istituti processuali ed all'interno dei confini del procedimento penale. Non riconoscerle un ambito applicativo più ampio significherebbe, infatti, privarla di effettività. La "gogna mediatica" a cui il soggetto è esposto a causa dell'alterazione e del travisamento delle informazioni risulta essere una "sanzione atipica", in violazione della regola di trattamento.

Una tutela, in questo senso, è fornita dagli istituti del segreto d'indagine e dei divieti di pubblicazione, in precedenza analizzati, ma rimane evidente la necessità di imporre sanzioni in capo ai soggetti deputati alla diffusione delle informazioni che non si attengano alla correttezza di quest'ultime, così da vietare distorsioni informative. Potrebbe essere ipotizzato, ad esempio, un sistema simile a quello previsto dall'art. 4 della l. 20 novembre 2006, n. 281 che prevede che "a titolo di riparazione può essere richiesta all'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti di cui al comma 2 dell'articolo 240 del codice di procedura penale, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, una somma di denaro determinata in ragione di cinquanta centesimi

-

 ⁴¹⁷ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 10.
 ⁴¹⁸ *Ibidem*.

per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro". È stata, inoltre, paventata in dottrina l'ipotesi di introdurre un nuovo illecito civile, così da non appesantire il sistema penale con un'ulteriore fattispecie di reato, prevedendo, accanto alla riparazione del danno, anche una sanzione pecuniaria civile (che ricorda i *punitive damages* previsti negli ordinamenti di *common law*)⁴²⁰.

Il bilanciamento tra libertà d'informazione e presunzione d'innocenza è stata più volte oggetto dell'attenzione della Corte EDU, la quale ha in particolare ritenuto che l'appellativo di "mandante di un omicidio" con cui le autorità francesi avevano qualificato un soggetto arrestato poi scagionato, costituisse una violazione dell'art. 6 par. 2 CEDU⁴²¹. La Corte ha specificato inoltre che la successiva assoluzione del soggetto che ha visto leso il proprio diritto alla presunzione d'innocenza, da un lato, non funge a scriminare coloro a cui sono imputabili le informazioni distorte, dall'altro, non è sufficiente a riparare il Siffatta subito. impostazione della Corte danno ha portato alla Recommendation Rec (2003) 13 of the Committee of Ministers to member states on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, la quale, al principle 2, statuisce che "respect for the principle of the presumption of innocence is an integral part of the right to a fair trial. Accordingly, opinions and information relating to on-going criminal proceedings should only be communicated or disseminated through the media where this does not prejudice the presumption of innocence of the suspect or accused", e al principle 10 che "In the context of criminal proceedings, particularly those involving juries or lay judges, judicial authorities and police

_

⁴²¹ Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemont* c. Francia.

⁴¹⁹ P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 172 ss.

⁴²⁰ L.G. Gatta, depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 1/2016.

services should abstain from publicly providing information which bears a risk of substantial prejudice to the fairness of the proceedings".

4. Prospettive de iure condendo

Il difficile e complesso rapporto tra libertà d'informazione e esigenze di giustizia rende la materia particolarmente soggetta a prospettive di riforma influenzate, a seconda del momento storico, dalla necessità di prevenire e sanzionare le "fughe di notizie" dal sistema giudiziario e dall'esigenza di impedire l'emanazione di "leggi bavaglio".

Interessante, ai fini dell'elaborato, è la possibilità, prospettata in dottrina⁴²², di introdurre una particolare forma di segretazione a tutela di un interesse extraprocessuale, quale la riservatezza dei soggetti coinvolti. L'attuale disciplina della segretazione, così come enucleata dall'art. 329 co. 3 c.p.p., risponde infatti ad esclusive esigenze di indagine, tralasciando completamente un bilanciamento con gli ulteriori interessi che con le necessità investigative si scontrano. In quest'ottica appare pertanto necessaria l'introduzione della possibilità per il pubblico ministero di segretare i fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione e che siano allo stesso tempo lesivi del diritto alla riservatezza dell'indagato e dei soggetti terzi. Accanto alla segretazione ex officio da parte del pubblico ministero, appare perfettamente compatibile l'ipotesi d'istanza da parte dell'interessato, in linea con il procedimento previsto dall' art 472 co. 2, il quale, sempre a tutela della riservatezza, prevede la possibilità per gli interessati di richiedere al giudice che il dibattimento proceda a porte chiuse. Stante il rango costituzionale dei beni giuridici che il procedimento in questione si prefigge di tutelare, sarebbe opportuna anche l'introduzione di un sistema di controllo in caso di rigetto dell'istanza da parte del pubblico ministero. In attesa di detto controllo, attribuito al giudice delle

⁴²² G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Jovene, Napoli, 2011, p. 229.

indagini preliminari in perfetta armonia con il ruolo di garanzia che quest'ultimo svolge, è necessario che venga disposto in via cautelare il segreto sugli atti in questione, così da non privare l'istituto di efficacia.

Sui rapporti tra giustizia ed informazione si è cercato d'intervenire con il d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106 ("Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150"), il cui art. 5, rubricato "rapporti con gli organi d'informazione", dispone che "1. Il procuratore della Repubblica personalmente, ovvero mantiene tramite un magistrato dell'ufficio appositamente delegato, i rapporti con gli organi di informazione. 2. Ogni informazione inerente alle attività della procura della Repubblica deve essere fornita attribuendola in modo impersonale all'ufficio ed escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari del procedimento. 3. E' fatto divieto ai magistrati della procura della Repubblica di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio. 4. Il procuratore della Repubblica ha l'obbligo di segnalare al consiglio giudiziario, per l'esercizio del potere di vigilanza e di sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio che siano in contrasto col divieto fissato al comma 3". Si tratta, in particolare, di una riforma già paventata durante la vigenza del codice del 1930, il cui scopo fondamentale è quello di cercare di rendere ufficiali le notizie provenienti dai palazzi giudiziari, così da evitare la fuga di quelle che, pur non potendo essere considerate autentiche, divenivano comunque oggetto di scoop giornalistici. Infine, la dottrina si è espressa in prospettiva de iure condendo anche circa uno dei nodi cruciali della materia in esame, la distinzione tra atto e contenuto. Si è ritenuto, in particolare, che sia necessaria l'abolizione del divieto relativo di cui all'art. 114, enucleando così un divieto di pubblicazione che cada in coincidenza con il venir meno del segreto. Il legislatore è da ultimo intervenuto sull'argomento con la riforma Orlando prevedendo che l'ordinanza applicativa di misure cautelari faccia eccezione al predetto

sistema, essendo pubblicabile immediatamente dopo la caduta del segreto. Nella stessa prospettiva, si ritiene preferibile che tutti gli atti siano pubblicabili integralmente allorquando cessino le esigenze investigative che ne giustificano la segretezza, non solo nel loro contenuto, essendo il complesso sistema individuato dall'art. 114 non solo foriero di probabili distorsioni delle notizie processuali, ma, al contempo, inidoneo a tutelare la verginità cognitiva del giudice. «È giusto sostenere che deve essere difesa l'imparzialità del giudice, e questa potrebbe essere minata dalla conoscenza degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, qualora si consentisse la pubblicazione degli stessi prima della conclusione del giudizio di merito. Detto questo, però, ci si accorge che i rimedi escogitabili rischiano di provocare danni più gravi di quelli che intenderebbero prevenire» ⁴²³. Sembra pertanto preferibile che la verginità mentale del giudice sia inficiata dall'atto stesso, completo ed autentico, atto che, si ricorda, rimane comunque non utilizzabile in sede decisionale, piuttosto che dal filtro frapposto dal giornalista.

⁴²³ G. Illuminati, *Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale*, in *Aa. Vv., Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio*, coordinato da G. Giostra, Macerata, 2011, p. 52.

Conclusioni

Il diritto alla riservatezza è senza dubbio uno dei diritti fondamentali dell'individuo. Nonostante non ve ne sia espressa menzione nella Carta fondamentale dello Stato, il rango costituzionale dello stesso è ormai indiscusso, affermato da consolidata giurisprudenza che ne ravvisa il fondamento nell'art. 2 Cost. Detto diritto entra a far parte dell'ordinamento italiano anche attraverso il diritto sovranazionale, essendo espressamente riconosciuto dagli artt. 8 CEDU e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e costantemente interpretato dalle Corti di Strasburgo e Lussemburgo.

L'intercettazione costituisce un mezzo di ricerca della prova che risponde a fondamentali esigenze di giustizia. Il suo carattere occulto lo rende un mezzo profondamente invasivo ed allo stesso tempo estremamente efficace. Si tratta per tanto di uno strumento capace di entrare in conflitto con il diritto alla riservatezza dei singoli, ma da cui allo stesso tempo non si può prescindere nell'accertamento dei reati.

È evidente allora la necessità di ricercare un corretto bilanciamento tra le due diverse e contrastanti esigenze in questione. Si tratta di una problematica estremamente complessa, aggravata dalla circostanza che l'epoca storica in cui viviamo è caratterizzata da un avanzamento tecnologico esponenziale. Il legislatore, allora, si trova a fronteggiare sempre nuovi mezzi in grado di comprimere il diritto alla riservatezza degli individui, fino quasi ad annullarlo. Già nel 1928 il lungimirante giudice Brandeis aveva compreso che il progresso della tecnica avrebbe portato alla necessità di un conseguente evoluzione della normativa. Il diritto, allora, si trova nella condizione di una rincorsa perpetua dello sviluppo tecnologico. È proprio la difficoltà di stare al passo con quest'ultimo che genera importanti lacune nell'ordinamento.

Come emerge dall'elaborato il sistema presenta numerose criticità. La recente riforma Orlando, sebbene intervenuta a tutela della privacy dei soggetti

coinvolti nelle intercettazioni, disponendo che le registrazioni di conversazioni non inerenti al procedimento vengano conservate in apposito archivio riservato, affrontano il problema dell'abrogazione di fatto dell'udienza di stralcio e intervenendo a disciplinare il captatore informatico, ha però lasciato irrisolte numerose questioni, su cui ormai da anni giurisprudenza e dottrina auspicano una presa di posizione del legislatore. Ed in particolare risulta particolarmente problematica l'assenza di una disciplina delle modalità delle intercettazioni inter praesentes, soprattutto di quelle che avvengono nei luoghi di domicilio, essendo quest'ultime quelle maggiormente invasive della sfera privata dei singoli. Carenti di una specifica disciplina risultano inoltre le riprese visive di comportamenti non comunicativi che, per essere ammesse nei luoghi di domicilio, necessitano di un apposito bilanciamento da parte del legislatore con i diritti sanciti dall'art. 14 Cost. Risulta inoltre preoccupante l'assenza di una normativa per le intercettazioni telefoniche "a cornetta sollevata" e l'ampiezza e genericità dei presupposti legittimanti le intercettazioni preventive.

Questioni altrettanto spinose sono quelle concernenti i soggetti a cui è riconosciuta una tutela rafforzata, con particolare riferimento alle intercettazioni telefoniche che non mirino direttamente al parlamentare ma riguardino quest'ultimo solo casualmente, e la riservatezza assoluta riconosciuta dalla Corte Costituzionale nel caso "Napolitano" al Presidente della Repubblica nell'esercizio delle sue funzioni, che difficilmente si adatta alla realtà di una democrazia parlamentare.

Il diritto alla *privacy* si trova a dover far i conti anche con il principio di pubblicità del processo penale, costituendo quest'ultimo un paradigma dello stato democratico in ragion del fatto che consente all'opinione pubblica un controllo sull'operato della magistratura. In quest'ottica un bilanciamento è ricercato attraverso una deroga al suddetto principio, quella prevista dall'art. 472 commi 2 e ss. i quali disciplinano il dibattimento a porte chiuse per esigenze di tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti.

La riforma Orlando è intervenuta ad aggiungere un ulteriore periodo al primo comma dell'art. 472, enucleando una ulteriore ipotesi di procedimento a porte chiuse allorquando si debba procedere all'acquisizione di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni durante la fase dibattimentale.

Molto complesso il rapporto che lega il procedimento penale e la libertà d'informazione. Quest'ultima, pur non trovando espressa menzione nel dettato costituzionale, ha le sue radici nella libertà di manifestazione del pensiero, sancita dall'art. 21 Cost. Il diritto ad informare, nella sua accezione attiva, e quello ad essere informati, nella sua accezione passiva, subiscono una importante compressione in ragione delle esigenze processuali che giustificano il segreto investigativo. Si tratta di un istituto che salvaguarda la riservatezza dei soggetti coinvolti nel procedimento solo indirettamente e solo per un breve arco temporale, quale riflesso della tutela delle esigenze d'indagine. Non stupisce, pertanto, che la dottrina abbia paventato *de iure condendo* l'introduzione di un'ulteriore ipotesi di segretazione proprio in ragione della tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti anche indirettamente nel procedimento.

A coronare il sistema dei rapporti tra giustizia ed informazione fin qui enucleato, troviamo la disciplina dei divieti di pubblicazione sancita dall'art. 114 c.p.p. Particolarmente problematica in proposito risulta la prescrizione del divieto relativo di pubblicazione, il qual comporta l'ardua distinzione tra atto e contenuto. Anche a questo proposito la dottrina si è espressa *de iure condendo*, ritenendo il divieto relativo in questione, da un lato, incapace di preservare la verginità cognitiva del giudice, e dall'altro idoneo a influire negativamente sul diritto ad essere informati, permettendo la conoscenza dell'atto soltanto attraverso l'interpretazione dello stesso da parte del giornalista.

La libertà d'informazione è inoltre compressa in ragione dei c.d. "diritti della personalità", trai quali il diritto all'onore, la presunzione di non colpevolezza e il diritto alla riservatezza. La tutela fornita a questi ultimi attraverso istituti di carattere processuale risulta alquanto scarsa e comunque insoddisfacente. In

quest'ottica si deve prendere atto che il rapporto tra i diritti in questione e l'informazione si svolge su un piano prettamente culturale, riguardando il modo in cui l'operatore dell'informazione riferisce la notizia alla collettività e il modo in cui quest'ultima la percepisce.

Ciò che appare fondamentale è che il sistema, sia gli istituti di carattere endoprocedimentale che le tutele extraprocedimentali, miri ad evitare che il diritto all'informazione si traduca per l'imputato in una pena aggiuntiva rispetto a quella derivante dalla necessaria sottoposizione al procedimento penale e ad un eventuale sentenza di condanna.

«uscire dai conclusione, bisogna copioni: occorre evitare contrapposizione un po' inutile tra privacy come nemica della sicurezza e della giustizia, e la giustizia come valore predominante tanto da non considerare la riservatezza un valore costituzionale, il diritto di cronaca come un diritto prevalente» 424. Non vi è un rapporto indirettamente proporzionale tra il riconoscimento del diritto alla riservatezza e il livello di applicazione della giustizia. «Non possiamo ragionare così; questo significa accettare, in nome di un principio di giustizia esasperato e dilatato all'ennesima potenza, di avere una società di controllati» 425; «oscilliamo tra la società della giustizia e la società del controllo: la società della giustizia è la società della libertà; la società del controllo è la società dell'oppressione»⁴²⁶. Ed è proprio in quest'ottica che la ricerca di un corretto bilanciamento tra le diverse esigenze in questione rimane un tema di costante attualità all'interno di una società che si professa democratica.

⁴²⁴ F. Pizzetti, *Relazione in Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Un problema cruciale per la civilta' e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti.* Atti del Convegno. Milano, 5-7 ottobre 2007., Giuffrè, 2009, pp. 76 e 80.

⁴²⁵ Ibidem. ⁴²⁶ Ibidem.

Fonti bibliografiche

ABIAKAM C., BATTISTONI C., CALABRESE V., CARAVELLA R., GIULIANO D., LUCANTONI G., *Tra presupposti di legittimità, divieti d'uso e distruzione,* in *Laboratorio didattico di procedura penale*, a cura di A. Gaito, 2012/2013, p. 44.

AGOSTINI B., La disciplina delle intercettazioni preventive nel sistema antiterrorismo, in Diritto penale contemporaneo, 1/2017, p. 141 ss.

ALONZI F., Dubbi di costituzionalità sulla disciplina della trascrizione delle intercettazioni in dibattimento, in Diritto penale e processo, 9/2012, p. 1102.

AMODIO E., Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova, un approccio comparativo, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1999, pp. 6 ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Parte speciale, vol. I, XV ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 232.

ARISTOTELE, *La politica*, Le Monnier, Firenze, 1981.

BALDUCCI P., Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 13 ss.

BARTOLI R., Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario, in Dir. pen. cont., fasc. 3/2017, p. 60.

BRANDEIS L.D., WARREN S., *The Right to Privacy*, in 4 Harward Law Review, 1890, p. 193.

BRUNO B., DE GENNARO D., *L'iniziativa della polizia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 159.

CABIALE A., Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?, in Dir. pen. e proc., 1/2014, p. 109.

CAMON A., Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando, in Archivio Penale, 2017.

CAMON A., Le intercettazioni nel processo penale, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 88 ss.

CANTONE R., Le modifiche processuali introdotte con il "Decreto antiterrorismo" (d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005), in Cass. pen., 2005, p. 2508.

CANZIO G., LUPÀRIA L., *Prova scientifica e processo penale*, CEDAM, 12/2017, p. 720.

CAPRIOLI F., Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale, in Riv. it. dir. e proc. pen , 1991, p. 172.

CARACENI L., *Informazione di garanzia*, in Enc. dir., Agg., III, Milano, 1999, p. 707.

CARINI C., segreto d'indagine, in Digesto/pen., III Agg., Torino, 2005, p. 1540.

CARLI L., Le indagini preliminari nel sistema processuale penale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale, Giuffrè, Milano, 2005, p. 782.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. II, IV ed., Tipografia di Canovetti, Lucca, 1879

CARUSO C., La liberta e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2013, p. 11.

CASTORINA E., *Appunti sulla riforma dell'art. 68 della Costituzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1995, p. 83.

CENCI D., *La "fuga" di notizie processuali tra norma e prassi*, nota a G.i.p. Trib. Perugia, decr. 2 dicembre 2993, Catalani, in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, p. 1634.

CHIAVARO M., La riforma del processo penale, UTET, Torino, 1990, p. 240.

CONTI C., La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando". Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova, in Dir. pen. cont., 2017.

CONTI C., La verità processuale nell'era "post-Franzese": rappresentazioni mediatiche e scienza del dubbio, in Processo mediatico e processo penale. Per un'analisi critica dei casi più discussi da Cogne a Garlasco, a cura di C. Conti, Giuffrè, Milano, 2016, p. 10.

CONTI G., MACCHIA A., *Il nuovo processo penale. Lineamenti della riforma*, Buffetti, Roma, 1990, p. 155.

CORVI P., *Il problema della pubblicità nel procedimento di prevenzione e nei riti camerali alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2011, p. 969.

DE LEO F., L'irrisolto presente e un possibile futuro delle intercettazioni preventive, in Cass. pen., 1998, p. 1862.

DI BITONTO M. L., "Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni", Cass. pen., fascicolo n. 1, 2009.

DI BITONTO M. L., Terrorismo internazionale, procedura penale e diritti fondamentali in Italia, in Cass. pen., 2012, p. 1197.

DI MARTINO C., PROCACCIANTI T., Le intercettazioni telefoniche, Cedam, Padova, 2001, pp. 40 ss.

FIASCONARO D., La nuova configurazione dell'udienza preliminare: un'effettiva metamorfosi?, in Cass. Pen., 2006, p. 1621.

FILIPPI L., *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in Diritto penale contemporaneo, 2018.

FILIPPI L., L'intercettazione di comunicazioni, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 4 ss.

FRIEDMAN L.M., *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 184.

FRIGO G., Sub art. 103, in Commentario del nuovo codice di procedura penale, a cura di E. Amodio-O e O. Dominioni, vol I, Giuffrè, 1989.

FUMU G., Commento all'art. 266 c.p.p., in Commento al nuovo codice di procedura penale, (coordinato da) Chiavario M., vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 331.

FUMU G., Intercettazioni, archiviazione e distruzione della documentazione tra norma e prassi e giurisprudenza costituzionale, in Legis. Pen., 1995, p. 497.

GARUTI G., Le intercettazioni preventive nella lotta al terrorismo internazionale, in Dir. pen. proc., 2005, n. 12.

GATTA G.L., depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica, in Dir. pen. cont., fasc. 1/2016.

GATTI G., *Il controllo del gip sull'attività di indagine del pm: incidenti probatori, intercettazioni telefoniche, misure cautelari reali*, in Quad. C.S.M., 1995, pp. 228 ss.

GIARDA A., SPANGHER G., *Codice Procedura Penale Commentato*, IV ed., Ipsoa, Milano, 2010, pp. 2565 ss.

GIORDANO L., Dopo le sezioni unite sul captatore informatico: avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo, in Dir. pen. cont., fasc. 3/2017, p. 177 ss.

GIOSTRA G., *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 1258.

GIOSTRA G., Processo penale e informazione, Giuffrè, Milano, 1989, p. 13.

GUSPINI U., L' orecchio del regime – Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo, Brescia, 1973.

IACOVIELLO F.M., "Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale", in Cass. pen. 1992.

ILLUMINATI G., Divieto di pubblicazione e formazione del convincimento giudiziale, in Aa. Vv., Processo penale e informazione. Proposte di riforma e materiali di studio, coordinato da G. Giostra, Macerata, 2011, p. 52.

ILLUMINATI G., La disciplina processuale delle intercettazioni, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 7 ss.

LORUSSO S., L'arte di ascoltare e l'investigazione penale tra esigenze di giustizia e tutela della privatezza, in Dir. pen. e proc., 2011.

MALFATTI E., Natura e poteri d'indagine del tribunale dei ministri in un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato, in Foro it., n. 5, 1995, p. 1425.

MANNA A., *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione:* 'gli arresti giurisprudenziali', in Cass. Pen., fasc. 11/2003, p. 3616.

MANTOVANI G., Informazione, giustizia penale e diritti della persona, Jovene, Napoli, 2011, p. 36.

MARINELLI C., Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 44 ss.

MOLINARI F., Il segreto investigativo, Giuffrè, Milano, 2003, p. 182 ss.

MONTAGNA M., *Autorizzazione a procedere*, in Enc. Dir., Milano, 2008, pp. 92 ss.

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 152 ss.

NUNZIATA M., Non occorre più alcuna previa autorizzazione per procedere contro un giudice della Corte costituzionale in carica, in Arch. nuova proc. pen., 1996, p. 679.

ORLANDI R., La giustizia penale nel gioco degli specchi dell'informazione, in Dir. pen. cont., n.3/2017.

PALMIERI L., La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni, in Dir. pen. cont., fasc. 1/2018, p 62.

PARDOLESI R., nota a sent. Cass., sez I, 18 ottobre 1994, Granzotti, in Foro it.,1984, I, cc. 2711 ss.

PARODI C., Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali, Giappichelli, Torino, 2002, p. 25.

PAULESU P.P., La presunzione di non colpevolezza dell'imputato, Giappichelli, Torino, 2009.

PERETTI D., Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni, in Dir. pen. cont., fasc. 1/2018, p. 199.

PETEROLI P., Controllo satellitare con GPS: pedinamento o intercettazione?, in Dir. pen. proc., 2003, p. 93.

PEZZI G., *Presupposti e modalità esecutive delle intercettazioni ambientali*, in Dir. pen. e proc., 2009, p. 688.

PIERRO G., Ancora incertezze sull'accesso difensivo alle intercettazioni telefoniche utilizzate in sede cautelare, in Diritto penale e processo, 4/1012, p. 457.

PISTORELLI L., Intercettazioni preventive ad ampio raggio ma inutilizzabili nel procedimento penale, in Guida al dir., 2001, p. 90.

PIZZETTI F., Il prisma del diritto all'oblio, in Pizzetti (a cura di), Il caso del diritto all'oblio, Giappichelli, Torino, 2013.

PIZZETTI F., Relazione in Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Un problema cruciale per la civilta' e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti. Atti del Convegno. Milano, 5-7 ottobre 2007., Giuffrè, 2009, pp. 76 e 80.

PRETTI D., Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni, in Dir. pen. cont., fasc. 1/2018, p. 214.

PUGLIESE G., Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche, in Foro Italiano, Zanichelli, Bologna, 1954, 1, 118.

RAFARACI T., Intercettazioni e acquisizione di tabulati telefonici, in AA.VV, Contrasto al terrorismo interno e internazionale, a cura di R. E. Kostoris- R. Orlandi, Giappichelli, Torino, 2006, p. 271.

RAVA' A., Istituzioni di diritto privato, Cedam, Padova, 1938.

RODOTA' S., *Intervista su privacy e libertà*, a cura di Paolo Conti, Editori Laterza, Roma-Bari, 2005.

ROMANO RICCIOTTI G. C., *Dal processo giudiziario al processo giornalistico*, in Giustizia e informazione, Atti del XV Congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di N. Lipari, Roma-Bari, 1975, p. 272.

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 51.

SCALFATI A., Le indagini atipiche, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 25 ss.

SIGNORATO S., La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi, in Riv. it. dir. proc. pen., 2012, p. 580

SOFOCLE, *Edipo re – Edipo a Colono – Antigone*, a cura di Dario Del Corno, Oscar Mondadori, 2016.

SPAGNOLO P., *Il segreto giornalistico nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 321.

SPATARO A., Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali, in Quad. C.S.M., n. 69, 1994, pp. 144 ss.

THIENE A., Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo, in Le nuove leggi civili commentate, 2017.

VENEGONI A., GIORDANO L., La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici, in Dir. pen. cont., 8 maggio 2016.

VIGNA P.L., Il processo accusatorio nell'impatto con le esigenze di lotta alla criminalità organizzata, in Giust. Pen., III, 1991, p. 471.

VOENA G.P., *Principio di pubblicità ed udienza preliminare*, Giuffrè, Milano 1992, p. 69.

VOENA G.P., Sub art 114 c.p.p., in Codice di procedura penale commentato, I, a cura di A. Giarda- G. Spangher, Ipsoa, Milano, 2010, p. 1160.

ZAPPALÀ E., Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova, in Libertà e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari, a cura dell'Associazione tra studiosi del processo penale, Milano, 1995, p. 57-58.

ZWEIGERT K., KOTZ H., *Introduzione al Diritto Comparato*, volume II, Giuffrè, Milano, 1995.