



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Procedura Penale

Il doppio binario nel regime delle intercettazioni con particolare riferimento al captatore informatico

Prof. Alberto Macchia

RELATORE

Prof. Filippo Dinacci

CORRELATORE

Marcella Montemurro 166723

CANDIDATO

Anno Accademico 2024/2025

A mio fratello, esatta metà della mia anima.
Perché per fare il “vola vola” servono due mani,
e quando ho avuto paura di non trovarle, tu mi
hai dato le tue e mi hai insegnato a volare.

INTRODUZIONE.....	6
CAPITOLO 1	8
IL REGIME DELLE INTERCETTAZIONI IN UNA VISIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA.....	8
1. INQUADRAMENTO NEL GENUS: I MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA.....	8
2. LA DISCIPLINA CODICISTICA DELLE INTERCETTAZIONI	9
2.1. Nozione giuridica di intercettazione.....	9
2.2. Intercettazione e sequestro di corrispondenza.....	11
2.3. Elementi caratterizzanti dell'intercettazione	13
3. LA DISCIPLINA COSTITUZIONALE DELLE INTERCETTAZIONI	15
3.1. L'articolo 15 della Costituzione.....	15
3.2. Gli elementi della libertà e della segretezza	16
3.3. Limiti e garanzie nella disciplina costituzionale	19
3.4. La riserva di legge e la riserva di giurisdizione	20
4. LA NOZIONE DI CORRISPONDENZA	23
4.1. La sentenza n. 170/2023 della Corte costituzionale	23
4.2. Corrispondenza e visto di censura nel regime carcerario	25
5. LA DISCIPLINA SOVRANAZIONALE.....	28
5.1. Il diritto alla riservatezza	28
5.2. L'art.8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)	33
CAPITOLO 2	38
LA DISCIPLINA ORDINARIA DELLE INTERCETTAZIONI E IL DOPPIO BINARIO COME REGIME IN DEROGA.....	38
1. L'EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA CODICISTICA	38
1.1. Dal Regio decreto n. 127/1913 agli albori del codice Vassalli.....	38
1.2. L'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989: il codice Vassalli.....	44
1.3. La riforma Orlando	48
1.4. La controriforma del 2020	51
1.5. Le modifiche del d.l.105/2023	54
1.6. Le ultime novità normative: il d.d.l. Nordio	56
2. LE TIPOLOGIE DI INTERCETTAZIONE	60
2.1. Le intercettazioni telefoniche.....	61

2.2.	<i>Le intercettazioni ambientali</i>	62
2.3.	<i>L'agente segreto attrezzato per il suono e il posizionamento dello strumento d'ascolto nella species delle intercettazioni ambientali</i>	65
2.4.	<i>Il collocamento delle microspie nei luoghi di privata dimora</i>	67
2.5.	<i>Le intercettazioni telematiche</i>	70
2.6.	<i>Una tipologia sui generis: le intercettazioni preventive</i>	72
3.	LA DISCIPLINA ORDINARIA	76
3.1.	<i>I limiti di ammissibilità</i>	76
3.2.	<i>I presupposti: gravi indizi di reato e assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini</i>	79
3.3.	<i>La fase introduttiva dell'attività: la richiesta del pubblico ministero</i>	83
3.4.	<i>Il decreto motivato del giudice delle indagini preliminari</i>	84
3.5.	<i>La procedura d'urgenza e la convalida</i>	87
3.6.	<i>Il decreto esecutivo del pubblico ministero e le modalità operative</i>	89
3.7.	<i>L'esecuzione materiale mediante gli impianti presso la Procura della Repubblica</i>	90
3.8.	<i>La trascrizione delle intercettazioni</i>	92
3.9.	<i>La creazione dell'archivio digitale e lo stralcio</i>	94
4.	L'INUTILIZZABILITÀ DEGLI ESITI DELLE INTERCETTAZIONI	95
4.1.	<i>Il regime dell'inutilizzabilità</i>	96
4.2.	<i>L'utilizzabilità in procedimenti diversi: le criticità dell'art.270 c.p.p.</i>	98
4.3.	<i>L'esegesi interpretativa dei "procedimenti diversi"</i>	99
4.4.	<i>Le modifiche introdotte dal d.l. 161/2019</i>	103
4.5.	<i>La reintroduzione dell'assetto normativo iniziale del D.d.l. Nordio</i>	106
5.	IL DOPPIO BINARIO: LA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI NEI REATI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA O DI MINACCIA CON IL MEZZO DEL TELEFONO	107
5.1.	<i>La ratio legis di una decretazione d'emergenza durante il decennio delle stragi</i>	107
5.2.	<i>L'articolo 13 del d. l. 152/1991 e la nozione di "criminalità organizzata"</i>	108
5.3.	<i>L'intervento legislativo del d. l. 105/2023</i>	110
5.4.	<i>La disciplina del d. l. 152/1991</i>	112

CAPITOLO 3	115
LE INTERCETTAZIONI MEDIANTE L'USO DEL CAPTATORE	
INFORMATICO	115
1. IL CAPTATORE INFORMATICO.....	115
1.1. Definizione e connotati.....	115
1.2. L'interpretazione giurisprudenziale sull'inquadramento giuridico del captatore informatico	117
1.3. Le Sezioni Unite Scurato.....	118
1.4. La positivizzazione della disciplina	120
1.5. L'ambivalenza del captatore informatico e gli spy software.....	123
2. IL CAPTATORE INFORMATICO E LA CRISI ISTITUZIONALE: IL CASO PALAMARA....	126
2.1. Le immunità nella disciplina delle intercettazioni.....	126
2.2. Le intercettazioni nei confronti dei parlamentari	127
2.3. Il caso Palamara	129
2.4. Considerazioni conclusive.....	132
3. LE VIDEORIPRESE E LE VIDEOREGISTRAZIONI	133
3.1. La qualificazione giuridica delle videoriprese	133
3.2. Le videoriprese investigative	136
3.3. Le sezioni unite Prisco.....	140
CAPITOLO 4	144
MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA E ORDINE EUROPEO DI INDAGINI:	
LE INTERCETTAZIONI ALL'ESTERO	144
1. L'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE	144
2. LE INTERCETTAZIONI ALL'ESTERO	145
3. IL CASO SKY-ECC, ENCROCHAT E LE PIATTAFORME CRIPTATE.....	148
CONCLUSIONI	155
BIBLIOGRAFIA.....	157
RINGRAZIAMENTI.....	171

Introduzione

Con l'elaborato che segue si auspica di procedere ad una approfondita disamina di uno degli istituti processualpenalistici più dibattuti in materia, quale le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Trattasi di un mezzo di ricerca della prova dagli aspetti estremamente controversi, la cui utilizzabilità nell'ambito delle indagini è frutto di un costante lavoro di bilanciamento tra gli interessi costituzionali legati alla necessità dell'azione penale e la tutela della riservatezza delle conversazioni e comunicazioni del singolo individuo sancita dall'art.15 della nostra Costituzione. Mediante una lettura codicistica dell'istituto si intende evidenziare la particolare complessità del mezzo in esame, dalla potenziale lesività dello stesso all'imprescindibile attenzione del legislatore alla sua dettagliata disciplina nelle more del rito penale. Si evidenziano in tal modo gli aspetti principali dell'uso del mezzo di indagine, unico nel genus e dalle species ripartite in ordine al tipo di captazione effettuata, nel dettaglio se essa abbia ad oggetto comunicazioni telefoniche, conversazioni tra presenti o flussi di dati telematici. Inoltre, si riportano le necessarie garanzie giurisdizionali collegate all'autorizzazione al fine di procedere all'utilizzo dello stesso e all'indispensabilità di provvedimenti esecutivi dettagliati per attuare quella che si concretizza come una vera e propria intrusione in una sfera riservata del cittadino, osservando la lettera della legge. Dunque, verranno rilevate le diverse letture dottrinali e i susseguenti orientamenti giurisprudenziali che si sono distinti sul punto, tracciando una interpretazione nell'ambito del diritto vivente delle varie norme che regolano le attività di intercettazione, con particolare riferimento a quanto tale attività nello specifico, in ambito giuridico, sia soggetta ai continui progressi tecnologici a cui si assiste giorno dopo giorno, e quanto essi ne rendano necessario un continuo adattamento che, come spesso accade nel nostro ordinamento, viene affidato anche e soprattutto alle funzioni nomofilattiche e d'indirizzo delle più alte cariche giurisdizionali dello Stato. Verrà sottolineato, tuttavia, quanto l'impatto e l'importanza sociale e politica del mezzo di ricerca della prova qui analizzato, abbia portato spesse volte ad interventi legislativi che nel corso del tempo hanno tentato di mutarne i caratteri per garantirne un utilizzo costituzionalmente orientato e tecnicamente coerente rispetto ai tempi moderni. Ebbene da una ricostruzione storica, dalle classiche attività di captazione, sino all'utilizzo di malware caratterizzati da un'intrusività tale da riportare il nome di "Trojan horse", si

aspira a descrivere quanto un istituto processuale possa rilevare in ogni ambito del diritto e della società, tra le molteplici complessità giuridiche che ne rendono l'analisi altrettanto interessante e stimolante.

Capitolo 1

Il regime delle intercettazioni in una visione costituzionalmente orientata

1. Inquadramento nel genus: i mezzi di ricerca della prova

L'istituto delle intercettazioni, disciplinato dal codice di procedura penale agli artt. 266 e ss., viene ricondotto dal legislatore, mediante l'adozione di un criterio tassomico¹, al genus dei "mezzi di ricerca della prova", intendendosi con tale denominazione quelle attività svolte dall'Autorità giudiziaria o dalla Polizia giudiziaria al fine di acquisire elementi utilizzabili, in seguito, come mezzi di prova. Pur nella correttezza formale di tale inquadramento esegetico, deve rilevarsi che le intercettazioni, in ragione della natura tecnica di strumento di "captazione", sono spesso utilizzate per raccogliere prove dirette, consentendo di ascoltare e registrare (dalla viva voce) conversazioni che documentano condotte criminose in divenire. Questo è particolarmente rilevante per i delitti di c.d. criminalità organizzata: in definitiva le intercettazioni possono registrare non solo le comunicazioni tra i soggetti indiziati di appartenere a sodalizi criminali, ma, altresì, i contesti in cui avvengono, permettendo così di ottenere un quadro completo della sussistenza degli elementi costitutivi della organizzazione criminale. In tali casi le stesse conversazioni intercettate possono documentare (e provare) direttamente il reato, contribuendo a determinare un fenomeno di auto-evidenza della condotta criminosa. Nel diritto penale, e nelle correlate applicazioni in ambito processuale, le intercettazioni assumono un ruolo "anfibo", in quanto possono essere ritenute sia prova diretta che, appunto, mezzi di ricerca della prova. All'interno del codice, quindi, vengono disciplinati quattro mezzi di ricerca della prova c.d. tipici, tra i quali si rinvencono le ispezioni, i sequestri, le perquisizioni e le intercettazioni. Nel dettaglio essi si caratterizzano, a differenza dei mezzi di prova, per una mancanza di valore probatorio diretto essendo volti ad una funzione puramente strumentale di individuazione delle fonti di prova che saranno poi valutate all'interno del processo ed anche al fine di eventualmente corroborare e riscontrare prove di altra natura. Un ulteriore elemento essenziale, utile per

¹ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.5

l'inquadramento della disciplina dei mezzi di ricerca della prova, consiste nel fatto che essi si basino sul fattore "sorpresa"² tale per cui gli stessi vengono assunti perlopiù in assenza di un preventivo avviso al difensore al fine di assicurare e garantire l'efficacia delle investigazioni. Invero, è proprio questa caratteristica, definibile come invasiva della sfera del privato, a rendere necessario un bilanciamento tra l'effettività dell'esperimento di tali mezzi di ricerca della prova di tipo processuale e le garanzie costituzionali che tutelano la sfera privata del singolo cittadino. Pertanto, l'analisi deve essere ricondotta ai principi costituzionali di riferimento e, nello specifico, agli artt. 13, 14 e 15 Cost., che garantiscono rispettivamente, l'inviolabilità della libertà personale, del domicilio e della segretezza delle comunicazioni. Nel dettaglio queste disposizioni, al fine di rendere effettiva la tutela del singolo, prevedono una riserva di legge e una riserva di giurisdizione, con l'effetto di limitare la lesione di diritti strettamente personali solo ai casi espressamente previsti dalla legge, e a seguito di una autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, salvo situazioni straordinarie di necessità e urgenza, in cui è richiesta una successiva convalida da parte del giudice³. Pertanto, muovendo dall'inquadramento in un istituto generale che si arricchisce di disciplina mediante i necessari bilanciamenti tra diritti fondamentali costituzionalmente tutelati e interessi primari come l'amministrazione della giustizia e la persecuzione dei reati⁴, anch'essi senz'altro costituzionalmente tutelati, è opportuno orientare il discorso sull'istituto delle intercettazioni mediante una lettura della normativa codicistica e processuale conforme a principi cogenti nazionali e sovranazionali.

2. La disciplina codicistica delle intercettazioni

2.1.Nozione giuridica di intercettazione

All'interno del sistema giuridico italiano risulta complesso individuare una nozione puntuale e compiuta del concetto di intercettazione (nelle forme della intercettazione telefonica, ambientale e telematica di cui si tratterà dettagliatamente in seguito), stante un ricorrente utilizzo del termine stesso pur in assenza di un preciso inquadramento

² Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 407.

³ Sul punto v. Corte Cost., 15 luglio 2019, n. 219 in *Dejure*

⁴ Sul punto v. Corte Cost., 7 dicembre 2016, n. 20 in *Dejure*

dogmatico al di fuori del codice di rito. Il riferimento in questo caso è, in particolare, alle fattispecie penalmente rilevanti degli artt. 617, 617-bis, 617- *quater*, 617- *quinquies* c.p., che rappresentano ipotesi in cui viene utilizzato il termine “intercettazione” presupponendone una nozione che tuttavia appare mancare all’interno del nostro ordinamento e che pertanto comporta problematiche di matrice definitoria, la cui risoluzione appare inesistente anche nella giurisprudenza, che nell’applicazione delle suddette fattispecie ha mostrato scarso interesse nella qualificazione del termine, mutuandone il significato dal linguaggio comune o dal codice di procedura penale⁵. Oltre a ciò, risulta altrettanto rilevante nel panorama dell’istituto giuridico in oggetto, che si tratti di un meccanismo investigativo particolarmente “sensibile” ai progressi scientifici nel settore, elemento che sicuramente non permette di darne una definizione statica e duratura nel tempo. Tuttavia, nell’ambito del sistema delineato dal codice di rito, di cui si sono già esaminati i caratteri fondamentali, l’istituto delle intercettazioni viene ricondotto alla macrocategoria dei mezzi di ricerca della prova: nel dettaglio il codice si limita a dettarne una disciplina, seppur priva di una vera e propria definizione, agli artt. 266- 271 c.p.p., dalla cui lettura si trae in ultimo la nozione del mezzo investigativo accolta dal legislatore.⁶ In tale ambito, decisamente necessaria, è stata l’introduzione del nuovo codice di rito, il quale ha compiuto notevoli progressi nella ricerca di un equilibrio tra i differenti interessi contrapposti in questo delicato istituto.⁷ Infatti, a differenza del sistema previgente⁸, le intercettazioni sono divenute un atto del Pubblico Ministero, al quale spetta gestirne tutta la fase esecutiva, naturalmente a seguito di un provvedimento motivato di natura autorizzativa da parte del giudice delle indagini preliminari, in virtù della riserva di giurisdizione di cui sopra. Pertanto, anche grazie a tali innovazioni si verte sempre di più verso una disciplina centralizzata e unitaria del mezzo investigativo di cui si sta trattando. Alla luce di quanto già espresso, in una lettura unitaria con quanto affermato dalla nota sentenza Torcasio delle Sezioni Unite⁹, si può giungere alla

⁵Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G.Giappichelli Editore-Torino, 2007, pag.4

⁶ Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.12

⁷Mario Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, UTET, Torino, 1989-1993, vol.II, p. 772

⁸ Nel sistema previgente le intercettazioni telefoniche potevano essere disposte sia durante l’istruzione preliminare e l’istruzione sommaria, con decreto motivato del PM, che durante l’istruzione formale, con decreto motivato del giudice istruttore: cfr. Cass. 9/5/1985, Natale, Mario Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, UTET, Torino, 1989-1993, vol.II, p. 772

⁹ Cass. Sez. un., 24 settembre 2003, Torcasio, in *DeJure*

conclusione tale per cui per “intercettazione” debba intendersi l’occulta presa di conoscenza, da parte di estranei al dialogo e con l’impiego di mezzi meccanici o elettronici di captazione del suono, di conversazioni o comunicazioni segrete attuate in forma diversa dallo scritto.¹⁰In dottrina, in parallelo con quanto affermato in sede giurisprudenziale, è quindi invalsa e ricorrente la definizione di mezzo di ricerca della prova consistente nell’apprensione occulta e contestuale del contenuto di una conversazione o comunicazione tra soggetti, anche nella forma di flusso comunicativo informatico o telematico come previsto dall’art.266 bis del codice di rito.

2.2. Intercettazione e sequestro di corrispondenza

Invero, è proprio sull’ultima porzione della definizione di cui sopra che risulta opportuno effettuare talune specificazioni. Nel dettaglio la nozione, derivante da nota giurisprudenza della Corte Suprema, sottolinea la necessità, perché si possa parlare di intercettazioni, che la forma del mezzo di comunicazione sia differente dalla forma scritta. Tale elemento aggiuntivo risulta notevolmente rilevante poiché esige una chiarificazione tecnica, in virtù della quale dobbiamo ricordare che nella disciplina del codice di rito le comunicazioni per iscritto sono considerate come possibile oggetto di sequestro, di cui agli artt. 253-265 c.p.p., seppur anch’esse vengano tutelate dall’art.15 della Costituzione¹¹. Tra le altre, inoltre, preme rimandare ad una sentenza della Cassazione penale, la quale ha ricondotto anche l’acquisizione dei messaggi registrati nella segreteria telefonica all’ambito dell’oggetto di sequestro e non intercettazione, sancendo che “Per l’acquisizione dei messaggi registrati nelle segreterie telefoniche e dei tabulati attestanti il traffico di utenze telefoniche non è applicabile la disciplina prevista per le intercettazioni dagli art. 266 ss. c.p.p. ed è quindi necessario e sufficiente un decreto motivato del pubblico ministero.”¹²

La distinzione tra intercettazione e sequestro di corrispondenza affonda le sue radici nella disciplina previgente, nella quale per l’appunto i due istituti erano accostati all’interno dell’articolo 266 c.p.p., essendo anche molto più diffuso il mezzo di comunicazione in

¹⁰ Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.13

¹¹ Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.14,

¹² Cass. pen. 1999, 1623, in *DeJure*

forma scritta per le conversazioni tra assenti. Invero, sicuramente sussistono punti di contatto tra i due istituti, che ne legittimano il precedente accostamento, tra cui il fatto che entrambi sono atti “a sorpresa” non essendo previsto il previo avviso, o anche il fatto che entrambi violino la segretezza delle conversazioni e consentano l’introduzione all’interno del processo di un elemento formatosi al di fuori di esso. Tuttavia, al netto di quelli che possono essere considerati come elementi simili, entrambi gli istituti si differenziano da un punto di vista strutturale e logico, motivo per il quale essi sono stati distinti nella disciplina attuale. Tra le distinzioni, invero, è necessario sottolineare che l’intercettazione è volta alla captazione occulta di elementi non noti agli inquirenti durante la conversazione stessa, mentre il sequestro si configura come un atto a sorpresa, ma pur sempre avente ad oggetto l’apprensione di una res preconstituita¹³. Sul punto, inoltre, a seguito di un dibattito dottrinale sono intervenute due sentenze, rispettivamente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁴ e della Corte Costituzionale¹⁵, le quali hanno ribadito la differenziazione tra i due istituti, volgendo lo sguardo anche alla mancanza di una lesione del trattamento egualitario, trattandosi di istituti giuridici strutturalmente distinti, ed entrambi disciplinati da due norme codicistiche. In definitiva, quindi, deve affermarsi l’attuale superamento, comprensibile e condivisibile, della prassi consuetudinaria ad alcune forme di investigazioni del passato che sembravano estendere il concetto di comunicazione sino a ricomprendere l’ipotesi di intercettazioni epistolari come forme atipiche di captazione. In particolare, il problema, e la relativa soluzione, si è posto in relazione alla sottoposizione a visto e controllo del contenuto epistolare in sede di regime carcerario: una recente pronuncia della Consulta¹⁶ ha ritenuto che “la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, di cui agli articoli 266 e ss. C.p.p. non è applicabile alla corrispondenza”, in quanto devono trovare attuazione, in tali casi,

¹³Sul punto v. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.14, Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.9, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, pag.15.

¹⁴Cassazione penale, sez. un. , 19/04/2012 , n. 28997, la cui massima recita: “La disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, di cui agli artt. 266 e seguenti c.p.p., non è applicabile alla corrispondenza, dovendosi per la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria del contenuto epistolare seguire le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 353 c.p.p., e, trattandosi di corrispondenza di detenuti, anche le particolari formalità stabilite dall'art. 18-ter dell'Ordinamento Penitenziario”, in *DeJure*

¹⁵ Corte Cost. sent. 24 gennaio 2017, n.20, in *cortecostituzionale.it*

¹⁶ Cassazione sez. unite, 19 aprile 2012, n.28997, Pasqua, in www.penalecontemporaneo.it

le forme del sequestro di corrispondenza ex articolo 254 e 353 c.p.p. e, trattandosi di corrispondenza di detenuti, anche l'articolo 18-ter dell'ordinamento giudiziario.

2.3. Elementi caratterizzanti dell'intercettazione

Al fine di delineare quelli che, secondo autorevole dottrina¹⁷, possono essere definiti come elementi indefettibili dell'istituto in esame, è necessario preliminarmente sottolineare che essi vertono su tre elementi, i quali sono rispettivamente l'oggetto della captazione, il soggetto captante e lo strumento tecnico utilizzato. Nel dettaglio, con riguardo all'oggetto della captazione, esso deve necessariamente consistere nel contenuto di una conversazione o una comunicazione riservata, caratterizzata cioè dal requisito della segretezza. Tale elemento si può desumere, peraltro, anche effettuando una lettura a contrario di diverse decisioni giurisprudenziali¹⁸, le quali hanno sancito l'inutilizzabilità all'interno di un procedimento di tutte quelle captazioni, anche se effettuate da un soggetto partecipante alla conversazione, che violino il diritto alla segretezza costituzionalmente previsto dall'art.15. Ci si riferisce, in particolare, ai casi in cui manchi una previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, che ricordiamo essere elemento essenziale delle intercettazioni in virtù di una riserva di giurisdizione costituzionale.

Proseguendo nella trattazione, si deve volgere lo sguardo sul secondo elemento, il quale consiste nel soggetto agente che deve essere un terzo estraneo alla conversazione, pertanto non destinatario di essa. Anche in tale ambito è essenziale effettuare delle specificazioni ed in particolare soffermarsi sull'evoluzione giurisprudenziale sul punto. Infatti, seppur sia notoria e consolidata in una giurisprudenza¹⁹ risalente la necessità della terzietà rispetto alla conversazione del soggetto captante, rileva sicuramente come siano state notevoli le aperture sulla questione. In particolare, si rinviene in molteplici pronunce

¹⁷Giacomo Fumu, *Intercettazioni*, in *Le Prove*, a cura di E. Marzaduri (in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario – E. Marzaduri), II, UTET, Torino, 1999. Pag. 397, Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.17

¹⁸ Sul punto v. Cass., sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44128

¹⁹ Sul punto v. Cassazione penale sez. un., 28/05/2003, n.36747, la cui massima recita: “La registrazione fonografica di una conversazione o di una comunicazione ad opera di uno degli interlocutori, anche se operatore di polizia giudiziaria, e all'insaputa dell'altro (o degli altri) non costituisce intercettazione, difettandone il requisito fondamentale, vale a dire la terzietà del captante, che dall'esterno s'intromette in ambito privato non violabile.”, in *Dejure*

recenti della Corte Suprema²⁰, il principio secondo cui rientrano nell'alveo della disciplina delle intercettazioni anche quelle captazioni che vengono effettuate dal soggetto che partecipa alla conversazione d'intesa con la polizia giudiziaria, tanto da essere, come già precisato, richiesta l'autorizzazione del giudice a pena di inutilizzabilità, a causa della lesione che anch'esse apportano al diritto alla segretezza tutelato dall'art.15 della Costituzione. Per quanto concerne, invece, il terzo elemento, esso riguarda lo strumento tecnico utilizzato, intendendosi in questo caso "il mezzo meccanico o elettronico che, all'insaputa dei corrispondenti, ne coglie e documenta i dialoghi"²¹. Tale ultimo elemento, risulta notevolmente rilevante anche alla luce di un lungo dibattito intercorso sul punto: infatti, si può definire alquanto pacifico sulla base della giurisprudenza²² e della dottrina²³ maggioritaria che rientri all'interno della definizione dell'istituto e dell'elemento in oggetto l'utilizzo di mezzi di captazione elettronici, che a differenza dei sensi umani, siano in grado di eludere le modalità predisposte per mantenere privata la conversazione. Pertanto, possiamo dedurre che sia propriamente su tale elemento, dunque l'utilizzo di mezzi elettronici e non sensoriali, che verte il dibattito e la questione di cui sopra si è detto. Sicuramente, la tesi maggioritaria, a differenza della tesi opposta che ritiene parificabili le captazioni effettuate mediante i sensi (è la classica ipotesi del soggetto che origlia la conversazione) e quelle effettuate mediante mezzi meccanici, trova una base normativa²⁴ solida oltre ad un senso logico per cui vi sono elementi di memorizzazione e conservazione²⁵, tralasciando la sola captazione, che rendono evidentemente più rilevante e lesivo l'ingresso nella sfera del privato dei mezzi elettronici²⁶. In ultimo, appare coerente sottolineare che, seppur risulti alquanto implicito,

²⁰ Sul punto v. Cassazione penale, sez. IV, 11/07/2017, n. 48084, Cassazione penale, sez. II, 20/03/2015, n. 19158, in *Dejure*

²¹ Giacomo Fumu, *Intercettazioni*, in *Le Prove*, a cura di E. Marzaduri (in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario – E. Marzaduri), II, UTET, Torino, 1999. Pag. 397

²² Cass., Sez. Un., 28 maggio 2023, Torcasio

²³ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.13, G.Illuminati, *La Disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983 pag.37

²⁴ Sul punto v. art. 268 comma 1 c.p.p.: "le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale", art. 615- bis comma 1 c.p.p.: "Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni."

²⁵ Cfr. con art. 268 comma 1 c.p.p.: "le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale"

²⁶ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.14

rileva ai fini della caratterizzazione dell'istituto in oggetto anche l'elemento della simultaneità. Tale elemento, che secondo autorevole dottrina si configura anche come ulteriore spunto di differenziazione tra l'istituto dell'intercettazione e quello del sequestro²⁷, fornisce anche un'altra importante delimitazione dell'istituto che, in particolare, viene evidenziata nella già citata sentenza Torcasio²⁸, nella quale viene considerata come atipica l'ipotesi dell'intercettazione di una conversazione "in differita", riferendosi al terzo che nasconde in una stanza, e poi ovviamente riprende, uno strumento di registrazione ambientale per ascoltare una conversazione tra presenti.

3. La disciplina costituzionale delle intercettazioni

3.1. L' articolo 15 della Costituzione

Ai sensi dell'art. 15 della Costituzione: "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 dall'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge". Pertanto, dalla lettura della Carta fondamentale, è anzitutto evidente la presenza di una riserva di legge e una riserva di giurisdizione per tutti quegli atti e quei provvedimenti che ledono i diritti tutelati. Inoltre, benché nella nostra Costituzione vengano specificati gli elementi di libertà e segretezza della corrispondenza e della comunicazione, la giurisprudenza sovranazionale, basandosi sulla lettura dell'art.8 della CEDU, ha ricavato un concetto più ampio di diritto alla riservatezza della vita privata. Tale diritto, peraltro, è a sua volta ricompreso tra quelli costituzionalmente tutelati dall'art.2 della Costituzione²⁹. Tra le altre fonti sovranazionali, in aggiunta, va certamente menzionato l'art.12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 secondo cui "Nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesione del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni."³⁰ Pertanto, è certamente evidente, da una lettura composita della

²⁷ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.16

²⁸ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio

²⁹ Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 421.

disciplina costituzionale e sovranazionale, quanto l'istituto in esame presenti profili di delicato bilanciamento con i diritti dell'individuo. La Costituzione, con l'apposizione delle riserve di legge e di giurisdizione, infatti, pone l'accento su quel potere del cittadino di far valere i propri diritti anche nei confronti dello Stato stesso e, nel dettaglio del mezzo di prova in esame, tale rilievo si comprende anche dalla posizione dell'articolo stesso all'interno della nostra Carta fondamentale. Infatti, merita essere sottolineato e ribadito, che l'articolo 15 rientra nel novero dei diritti fondamentali, i quali sono sottratti a procedimenti di revisione costituzionale ex art.138 Cost.³¹. Inoltre, il testo costituzionale qualifica la libertà e la segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza come inviolabili. Tale qualifica, infatti, non è casuale e merita un approfondimento poiché essa crea un legame diretto tra l'articolo 15 e l'articolo 2³² della Costituzione, intendendosi con tale termine la volontà dei costituenti di ricondurre questi diritti nella categoria dei diritti dell'uomo³³. Dunque, è proprio nell'ambito di questo necessario contemperamento di interessi costituzionali, nello specifico del diritto alla segretezza e alla libertà della corrispondenza e dell'interesse pubblico alla repressione dei reati, che si pone l'istituto delle intercettazioni e la sua complessa disciplina codicistica. Tale disciplina, come vedremo in seguito, basa la sua ratio sulla necessaria limitazione di tale strumento investigativo e sulla tassatività dei casi in cui esso può essere utilizzato, in ossequio, del resto, a quanto previsto dal dettato costituzionale.

3.2.Gli elementi della libertà e della segretezza

Seppur accostati e spesso ritenuti fungibili nel linguaggio comune, i concetti di libertà e segretezza sono due concetti autonomi. Essi, tuttavia, presentano caratteristiche di dipendenza funzionale tale da poter considerare l'uno elemento intrinseco all'altro. Entrando nel dettaglio della trattazione, preme innanzitutto considerare che per libertà di comunicazione e corrispondenza si intende la libertà del singolo individuo di comunicare,

³¹ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.64, sul punto v. anche Corte Cost.,23 luglio 1991, n.366.

³² Di seguito il testo dell'articolo 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”.

³³ Marco Orofino, *Articolo 15*, in *La Costituzione italiana commento articolo per articolo*, vol. I, edizione II, il Mulino editore, 2021, pag. 116.

con qualsiasi modalità esso preferisca³⁴, senza subire interruzioni o restrizioni da parte di soggetti pubblici e privati. Dall'altro lato, per segretezza, si intende il diritto di un singolo individuo a comunicare esclusivamente con il destinatario prescelto, senza che nessun altro soggetto terzo possa venire a conoscenza del contenuto della conversazione³⁵. È essenziale, ai fini di un'analisi compiuta dei due elementi, considerare in maniera preponderante questa scissione tra loro. Infatti, appare molto utile per comprendere questa bilateralità della tutela costituzionale, considerare una visione dottrinale³⁶ che interpreta i due concetti differenziandoli tra momento dinamico e statico del diritto considerato. Tale interpretazione, infatti, riporta una necessità di tutela diversa, che è graduale nel momento dinamico della libertà e, al contrario, assoluta nell'ambito del concetto di segretezza, la quale, per la sua natura intrinseca, o è presente del tutto o non vi è del tutto. Preme precisare che sono ovviamente escluse dal ragionamento le interferenze e le limitazioni dell'autorità giudiziaria previste dalla Costituzione stessa³⁷. Inoltre, i due elementi della libertà e della segretezza presentano anche profili contenutistici distinti. Infatti, se la libertà in sé attiene principalmente a quello che è un diritto di autodeterminazione personale, tale per cui il singolo individuo esprime il suo pensiero nei confronti di un destinatario, la segretezza è un diritto che attiene al contenuto specifico della conversazione. Ulteriormente, riguardo l'elemento della segretezza, va anche specificato che esso si riempie di significato mediante una parametrizzazione con quelli che sono i requisiti propri dell'istituto delle intercettazioni. Infatti, in una nota pronuncia della Cassazione penale, si può leggere che sono escluse dall'alveo della necessaria autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, e pertanto non rientrano nella nozione di intercettazione, tutte quelle captazioni "di messaggi trasmessi lungo canali che non escludono i partecipanti"³⁸. Dunque, si può comprendere come tale elemento abbia un carattere contenutistico molto rilevante nella disciplina codicistica del mezzo di ricerca della prova in esame, che si esplica nella necessità che gli interlocutori, personalmente o

³⁴ La norma in questione era stata originariamente pensata per la comunicazione e la corrispondenza postale, oggi è pacifico in dottrina e giurisprudenza che siano assimilati e ricompresi nella tutela dell'articolo tutti i mezzi di comunicazione, naturali e artificiali.

³⁵ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.66-67.

³⁶ C. Caruso, *la libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, 2013 in *Forum dei quaderni costituzionali*.

³⁷ ³⁷ C. Caruso, *la libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, 2013 in *Forum dei quaderni costituzionali*, pag. 4-5.

³⁸ Cass. Sez. II, 12 novembre 1994, n.6249/200, in *Cassazione penale fascicolo 3*, 1996, pag.861.

con altre modalità, predispongano tutti i mezzi a loro disposizione affinché un terzo non possa prendere conoscenza dell'oggetto della conversazione o della comunicazione. Ed è infatti una tipica ipotesi di studio, quella che esclude che si possa parlare di intercettazioni quando si parla in pubblico con un tono di voce alto³⁹. Per quanto concerne, invece, il concetto di libertà di comunicazione e corrispondenza, va effettuata una precisazione diversa. È infatti essenziale sottolineare che il diritto tutelato dall'articolo 15 Cost. presuppone che vi sia un destinatario specifico, in virtù della labile differenza tra la tutela prevista da questo articolo e la tutela costituzionale prevista dall'articolo 21 Cost. Nello specifico, dunque, l'articolo 21 prevede che un soggetto abbia diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero; pertanto, si può facilmente comprendere come tale diritto presenti lati simili rispetto al diritto disciplinato dall'art.15, il quale nella previsione della libertà di comunicare naturalmente contiene il concetto di espressione di un pensiero. In conclusione, è la bilateralità della comunicazione e della corrispondenza, quindi la presenza di un mittente e un destinatario, a divenire elemento essenziale e caratterizzante del suddetto diritto, a maggior ragione in virtù della necessaria diversificazione con quanto disciplinato dall'articolo 21 della Costituzione.⁴⁰

Inoltre, trattando degli elementi della libertà e della segretezza, ma anche tentando una ricostruzione della disciplina costituzionale dell'istituto in via generale, non si può non tener conto del suo inquadramento al fianco degli articoli 13⁴¹ e 14⁴² della Costituzione. Tali articoli, che disciplinano rispettivamente l'inviolabilità della libertà personale e dell'individuo, costituiscono, in combinato con l'art.15, la naturale sequenza di diritti che tutelano l'individuo dall'intrusione dello stato nella propria sfera personale. Queste

³⁹ Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 421.

⁴⁰ Sul punto v. Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.66-67.

⁴¹ Di seguito il testo dell'articolo 13 Cost.: "La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria [cfr. art. 111 c. 1, 2] e nei soli casi e modi previsti dalla legge [cfr. art. 25 c. 3]. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà [cfr. art. 27 c. 3]; La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva."

⁴² Di seguito il testo dell'articolo 14 Cost.: "Il domicilio è inviolabile. 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 personale [cfr. artt. 13, 111 c. 2]. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali."

libertà, che rientrano in quella categoria che Bobbio definisce come “libertà negativa”, nel senso di essere strettamente legata ad un concetto di azione, al contrario della c.d. “libertà positiva” legata ad un concetto di volontà, rientrano nel connubio, spiegato dallo stesso noto autore, di binomio tra “libertà di” e “libertà da”⁴³. Intendendosi in questo senso due facce della stessa medaglia, la libertà di comunicare e la libertà da intrusioni all’interno della propria conversazione. Pertanto, nuovamente, questo discorso può facilitare la differenziazione tra i due elementi presenti all’interno dell’articolo 15 Cost., questo perché la libertà in senso stretto è considerabile come una “libertà di”, avendo a che fare con la possibilità di autodeterminazione del singolo cittadino nell’intrattenere relazioni sociali. Al contrario la segretezza rientra nell’ambito della “libertà da”, poiché ritorna la sua matrice contenutistica e dunque la libertà da intrusioni da parte di soggetti terzi all’interno dell’oggetto e del contenuto della propria comunicazione o della propria corrispondenza.⁴⁴

3.3.Limiti e garanzie nella disciplina costituzionale

È essenziale, al fine di compiere un’analisi dettagliata della disciplina costituzionale attinente all’istituto in oggetto, esaminare il secondo comma dell’articolo 15 della Costituzione. Esso, infatti, prevede che la limitazione alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza “può avvenire soltanto per atto motivato dall’autorità giudiziaria con le garanzie previste dalla legge”⁴⁵. Dunque, la Carta fondamentale, come poi successivamente ribadito e specificato da note sentenze della Corte costituzionale⁴⁶, dopo aver sancito l’inviolabilità del diritto di comunicare e avere una corrispondenza libera e segreta ne ammette una limitazione. Tuttavia, anche nell’imporre tale restrizione vengono effettuate delle specificazioni precise. Infatti, in qualità di diritto inviolabile dell’uomo, che viene tra l’altro ricondotto anche all’interno della tutela dell’art. 2 Cost. come già ribadito, esso non può subire limitazioni da parte di nessuno dei poteri dello stato stesso. Il problema sorge dal momento in cui tale diritto

⁴³ N. Bobbio, voce *Libertà*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1978.

⁴⁴ Sul punto v. L. Cercola, *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, pag.6-7.

⁴⁵ Articolo 15 comma 2 Cost.

⁴⁶ Corte costituzionale, Sentt. nn. 120/ 1975, 223/1987

incontra la necessità di essere bilanciato con un altro diritto fondamentale, nello specifico costituito dall'interesse pubblico, di primaria rilevanza, della repressione dei reati. Ed è proprio in virtù di tale ragione che i costruenti ne consentono una limitazione solo da parte dell'autorità giudiziaria, ponendo quella che viene definita come una riserva di giurisdizione, e secondo le modalità previste dalla legge; dunque, prevedendo anche una riserva di legge assoluta, poiché la materia deve essere interamente regolata dalla legge.⁴⁷ Pertanto, assistiamo in questo ambito ad un vero e proprio bilanciamento tra due interessi costituzionali di pari rango, la cui disciplina necessita di essere specificata dalla legge nel dettaglio al fine di evitare il rischio di poterne ledere l'uno o l'altro. Inoltre, sempre in virtù di tali cautele a cui il legislatore deve prestare rigorosa attenzione, la Corte costituzionale⁴⁸ ha ribadito l'importanza della motivazione del provvedimento autorizzativo, specificando che non sono ammesse eccezioni alla natura giurisdizionale di tale atto il cui contenuto deve essere puntualmente motivato e strettamente attinente al processo stesso⁴⁹. In conclusione, si può ribadire che la Carta fondamentale contempera tali esigenze mediante l'apposizione di molteplici garanzie a tutela di quei rischi che possono derivare da quelle restrizioni intrinsecamente necessarie ad assicurare un duplice soddisfacimento di interessi pubblici e privati.

3.4. La riserva di legge e la riserva di giurisdizione

Dopo aver accennato alle limitazioni e alle garanzie apprestate dalla Costituzione alla tutela del già menzionato diritto presente all'interno dell'articolo 15, è necessario entrare nel dettaglio della trattazione della duplice garanzia della riserva di legge e della riserva di giurisdizione. Innanzitutto, occorre dire che le riserve sono istituti giuridici di natura garantistica in base ai quali, rispettivamente, una materia può essere regolata esclusivamente dalla legge, e su quella materia può intervenire solo l'autorità giudiziaria. Nello specifico, con riferimento all'articolo 15 appare utile rifarsi ad una interpretazione offerta dalla Corte suprema, la quale in una nota pronuncia⁵⁰ ha richiamato tale duplice

⁴⁷ Sul punto v. Corte costituzionale, Sent. 23 luglio 1991, n. 366.

⁴⁸ Corte costituzionale, Sent. n.34/1973

⁴⁹ Attiene a tale principio la ratio del primo comma dell'art. 270 c.p.p. che prevede l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello per cui sono state disposte.

⁵⁰ Cass., Sez. V, ord. 25 ottobre 2021 (dep. 16 dicembre 2021), n. 46076, in *Dejure*.

tutela, ribadendo che il legislatore ha previsto una “garanzia ex ante” con riferimento alla riserva di legge, ed una garanzia “ex post” con riferimento alla riserva di giurisdizione. Per quanto concerne la prima di esse, la riserva di legge, è necessario compiere una lettura delle parole contenute all’interno del testo costituzionale, ed in particolare soffermarsi sulla formulazione “con le garanzie adottate dalla legge”. Sul punto, infatti, si è espressa la Corte costituzionale, in una delle pronunce più note sul tema delle intercettazioni⁵¹. Ed è proprio con riferimento a tale interpretazione, ribadita in seguito anche dalla Corte suprema⁵², che possiamo affermare che la riserva di legge contenuta all’interno dell’articolo 15 contenga una garanzia più specifica. E dunque, nel dettaglio, che tale garanzia si concretizzi nella necessaria previsione legislativa delle tecniche e delle modalità con cui tale limitazione alla libertà della comunicazione e corrispondenza assume forma, oltre alla previsione dei casi in cui essa sia possibile e della disciplina della mera esecuzione. Per quanto concerne, invece, la seconda di esse, dunque la riserva di giurisdizione, primariamente va notato che essa ha assunto un contenuto pieno a seguito dell’entrata in vigore della legge 18 giugno 1955, n. 517, con la quale è stato modificato l’articolo 226⁵³ del codice di procedura penale previgente. A seguito di tale modifica, infatti, il testo venne adattato al dettato costituzionale sancendo per la prima volta, anche nel codice di rito, il principio in ordine al quale le operazioni potenzialmente lesive del diritto tutelato dall’articolo 15 della Costituzione necessitassero dell’autorizzazione da parte dell’autorità giudiziaria, poiché nella versione non modificata del codice di procedura penale del 1930 era previsto che “Gli ufficiali di polizia giudiziaria, per i fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prenderne cognizione o assumere altre informazioni”⁵⁴. Inoltre, un altro elemento che merita di essere sottolineato nell’ambito della riserva di giurisdizione, riguarda l’obbligo di motivazione del provvedimento con cui viene limitato tale diritto. Infatti, rileva particolarmente che tale

⁵¹ Corte Cost., sent. n. 34/1973, in *Dejure*.

⁵² Cass., Sez. V, ord. 25 ottobre 2021 (dep. 16 dicembre 2021), n. 46076, in *Dejure*.

⁵³ Di seguito il testo dell’ultimo comma dell’art.226 del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n.1399, come modificato dalla l. 517/1955:” Per intercettare o impedire comunicazioni telefoniche o prenderne cognizione gli ufficiali di polizia giudiziaria devono munirsi di autorizzazione dell’autorità giudiziaria più vicina, che la concede con decreto motivato.”

⁵⁴ Art.226 del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n.1399. Il testo citato è la lettera dell’articolo 226 in vigore prima della modifica intervenuta con la l.517/1955.

obbligo, seppur sia insito all'interno di qualsiasi provvedimento giurisdizionale⁵⁵, viene inserito ugualmente all'interno del dettato costituzionale che tutela questo diritto, attuando una sorte di protezione rafforzativa e, naturalmente ribadendo il principio in ordine al quale la motivazione del provvedimento si configura come essenziale ai fini del giudizio in un grado successivo. Proseguendo poi nella trattazione della riserva in esame, si deve procedere alla disamina di un ulteriore fattore. Infatti, la riserva di giurisdizione contenuta all'interno dell'art.15 presenta un carattere fondamentale che consiste nel carattere dell'assolutezza. Tale elemento merita di essere specificato e analizzato nel dettaglio, soprattutto ponendo l'accento sulla differente tutela prevista all'interno degli articoli 13 e 14 della Costituzione, i quali, come sopra evidenziato, presentano un legame funzionale con quanto sancito dall'art.15, andando a comporre quelle tre libertà che i costituenti hanno definito come inviolabili. Dunque, riportando il discorso sul carattere dell'assolutezza, va anzitutto evidenziato che esso si configura come la previsione in ordine alla quale i provvedimenti giurisdizionali tendenzialmente lesivi e intrusivi della sfera del privato, tutelata dall'art.15, devono essere promossi unicamente da parte dell'autorità giudiziaria e non sono ammesse eccezioni di alcun genere. Da qui nasce, invero, la necessità del confronto, poiché volgendo l'attenzione sull'articolo 13 Cost., così come al secondo comma dell'art.14 dove si fa riferimento alle “garanzie prescritte per la libertà personale”⁵⁶, possiamo notare la presenza di un'eccezione alla riserva di giurisdizione, la quale, seppur temporaneamente, permette all'autorità di pubblica sicurezza di adottare provvedimenti provvisori che vanno poi convalidati entro quarantotto ore dall'autorità giudiziaria. Ebbene, anche in questo ambito, i casi in cui può agire l'autorità di pubblica sicurezza sono tassativi e coperti da riserva di legge, ed è inoltre presente la necessaria convalida entro un lasso di tempo molto breve, eppure non si può evitare di notare tale differenza ai fini di ribadire la complessità e l'importanza della tutela prevista dall'art.15 Cost.

Anche in tale ambito, dunque, viene ribadita l'attenzione dei costituenti nell'imporre limiti specifici nei confronti del legislatore e delle autorità statali, stante la delicata questione di bilanciamento tra i principi in oggetto.

⁵⁵ Ai sensi dell'art. 111 Cost. comma 6: “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”

⁵⁶ Art.14 Cost. comma 2.

4. La nozione di corrispondenza

4.1. La sentenza n. 170/2023 della Corte costituzionale

Con lo scopo di definire in maniera compiuta il concetto di corrispondenza, il quale, come abbiamo già analizzato, rientra a pieno titolo, anche testuale, all'interno della tutela prevista dall'art.15 della Costituzione, appare opportuno fare riferimento ad una recente decisione della Corte costituzionale, la quale ha ribadito il concetto, contestualmente specificando le caratteristiche di questo elemento dalle ampie accezioni semantiche. Nello specifico, si tratta della pronuncia con cui la Corte ha deciso sul conflitto di attribuzione instaurato tra il Senato della repubblica e la Procura della Repubblica di Firenze, nel cui ambito era stata avviata un'indagine con ripercussioni anche nella sfera soggettiva del senatore Matteo Renzi. La criticità del caso, invero, era sorta a causa della mancanza della richiesta di autorizzazione a procedere alla camera di appartenenza⁵⁷, la quale è prevista dalla legge⁵⁸ nei casi in cui si proceda a determinati atti di indagine a carico dei parlamentari, tra i quali rientrano le intercettazioni di comunicazioni e il sequestro di corrispondenza. L'ipotesi di reato per cui tali indagini erano state condotte riguardava un presunto finanziamento illecito che, secondo la impostazione delle autorità inquirenti, sarebbe stato effettuato a titolo di sostegno economico da parte di una fondazione di diritto privato, la fondazione Open, all'attività politica del già menzionato senatore della Repubblica. L'organo inquirente, a seguito dello svolgimento delle attività investigative aveva sottoposto a sequestro probatorio i cellulari di due soggetti indagati, al cui interno erano state rinvenute delle conversazioni tramite il social media *WhatsApp* e dei messaggi di posta elettronica con il senatore Renzi, del quale era stato disposto, in seguito, il sequestro dell'estratto del conto corrente⁵⁹. La Corte costituzionale era stata successivamente adita per risolvere il conflitto di attribuzione che la camera di appartenenza di Matteo Renzi, nonché il Senato della Repubblica, aveva sollevato in data 22 febbraio 2022, poiché, come risulta dalla delibera assunta in detta data, la camera aveva ritenuto che la Procura della Repubblica di Firenze avesse agito in maniera

⁵⁷ Art. 68 comma 3 Cost.

⁵⁸ Nello specifico la norma è l'art. 4 della l. 20 giugno 2003 n.140, rubricata: "Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato."

⁵⁹ Pietro Villaschi, in *Media Laws, Rivista di Diritto dei Media*, 26 ottobre 2023.

illegittima. Nello specifico, come già evidenziato, si contestava la lesione del comma 3 dell'art.68 della Costituzione. Invero la pronuncia, che risolve la questione prospettata, sancirà una svolta interpretativa e un precedente giurisprudenziale rilevante nell'applicazione della disciplina dell'articolo 15 della Costituzione e dei vari istituti giuridici ad esso collegati. Nel dettaglio, nel paragrafo 4 del "Considerato in diritto" della sentenza in oggetto, la Corte ha proceduto ad una parametrizzazione del concetto di corrispondenza ampliandone l'applicazione e, ancora, effettuando quelle specificazioni che caratterizzano il concetto di diritto vivente che parte da una base giuridica cristallizzata, la quale seppur risalente rimane sempre fonte di adattamenti costanti. Infatti, partendo dalla contestazione della differenziazione tra nozione di intercettazione e nozione di sequestro di corrispondenza effettuata dalla parte ricorrente, la quale secondo la Consulta è errata in punto di qualificazione del "discrimen" tra i due istituti, la Corte ha sancito l'inclusione delle comunicazioni in via telematica di messaggi "già ricevuti e letti dal destinatario, ma conservati nella memoria dei dispositivi elettronici del destinatario stesso o del mittente"⁶⁰ all'interno della tutela prevista dall'articolo 15 della Costituzione e dunque all'interno della nozione di corrispondenza. Si appalesa rilevante, infatti, come peraltro si legge nel testo della pronuncia, che i messaggi di posta elettronica, sms e messaggi tramite *WhatsApp*, erano stati ricondotti da un consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte Suprema all'interno della fattispecie dei documenti⁶¹, pertanto passibili di acquisizione processuale secondo la disciplina dell'acquisizione documentale, ovviamente estranea sia alla disciplina delle intercettazioni che alla disciplina del sequestro di corrispondenza. Ed è proprio su tale assunto che è opportuno soffermarsi, in quanto, la Corte costituzionale supera questa interpretazione offerta dalla Cassazione, ribadendo che estromettere dalla tutela offerta dall'articolo 15, e nel caso di specie a maggior ragione dal terzo comma dell'art.68, quelle conversazioni che vengono definite come "statiche", poiché non più in corso ma presenti nella memoria dell'apparecchio elettronico, inficerebbe quasi totalmente la tutela costituzionale offerta dai menzionati articoli. La Consulta, infatti, in ossequio a quanto era già stato sancito in un'altra pronuncia, secondo la quale ulteriori elementi, definibili come "statici", quali i tabulati telefonici, erano stati ritenuti come rientranti nel panorama

⁶⁰ Corte costituzionale, decisione del 22/06/2023, n. 170 (Considerato in diritto, punto 4.3)

⁶¹ Tale fattispecie è disciplinata dall'art.234 c.p.p.

di tutela offerto dall'articolo 68 comma 3 Cost. definisce tali comunicazioni “non in corso”, effettuate mediante mezzi elettronici, quali la posta elettronica o il social media *WhatsApp*, come rientranti nel concetto di corrispondenza. La Corte, in ultimo, ribadisce l'importanza di tale inclusione soprattutto quando si verta in ipotesi di atti di indagine svolti nei confronti dei parlamentari. Ed è proprio nel ribadire tale concetto che si assiste implicitamente ad un ampliamento della tutela dell'articolo 15 Cost. anche nei confronti della totalità dei consociati, mediante l'inclusione dei casi sopra citati nel parametro definitorio del concetto di corrispondenza. In ultimo, appare necessario effettuare un altro richiamo a tale decisione giurisprudenziale, al fine di chiarire perché la Consulta abbia ricondotto la fattispecie fin qui considerata nell'alveo della disciplina del sequestro di corrispondenza e non in quello delle intercettazioni. Infatti, come è già stato evidenziato in precedenza, la Corte non ha contestato la qualificazione giuridica dell'istituto effettuata dalla parte ricorrente, bensì ha ritenuto che fosse errato il procedimento di differenziazione tra i due istituti all'esito del quale si era giunti alla conclusione che si trattasse di sequestro di corrispondenza. Proprio per tale ragione, all'interno della pronuncia, non solo i giudici costituzionali specificano che basare la differenza tra sequestro di corrispondenza e intercettazioni sulla forma della conversazione, ossia tra scritta e orale è fuorviante; ma, oltre a ciò specificano anche che in questo ambito non si può parlare di intercettazioni poiché mancano i due requisiti fondamentali della simultaneità della captazione e dell'estraneità del terzo captante che utilizza metodi per evitare tutti quei meccanismi che i soggetti utilizzano affinché la conversazione resti privata⁶². Anche in questo caso, la Corte stessa, effettua un rimando a quella definizione dell'istituto delle intercettazioni fornita dalla giurisprudenza della Cassazione⁶³, e dunque ancora una volta si può evidenziare quanto sia complesso il ragionamento giuridico atto a definire e circoscrivere una fattispecie come quella delle intercettazioni, che, come abbiamo già visto, è sprovvista di una definizione legislativa completa e unitaria.

4.2. Corrispondenza e visto di censura nel regime carcerario

⁶² Corte costituzionale, decisione del 22/06/2023, n. 170 (Considerato in diritto, punto 4.1)

⁶³ La Corte costituzionale nella sua pronuncia effettua un rimando ad una pronuncia delle sezioni unite penali della Corte di Cassazione, nello specifico: Cass. Sez. un. Pen., 28 maggio-24 settembre 2003, n.36747.

Un'ulteriore pronuncia, che risulta molto interessante sotto il profilo concettuale della nozione di corrispondenza, la quale abbiamo già visto essere elemento essenziale della tutela offerta dall'art. 15, è la n. 18/2022 della Corte costituzionale. In tale sentenza, infatti, la Consulta analizza nuovamente la legittimità costituzionale di una norma mediante il parametro dell'articolo 15 e di altri fondamentali articoli della nostra Carta costituzionale (tra cui gli artt. 24, 3, 111 e 117 co.1 Cost in riferimento all'art.6 della CEDU). Ciò che appare notevolmente rilevante nella questione sono i risvolti puramente pratici della stessa, poiché essa analizza le problematiche riguardanti la legittimità della deroga, operata dall'applicazione del regime carcerario del carcere duro prevista dall'art.41-bis o.p., all'art. 18-ter comma 2 dell'ordinamento penitenziario con cui si prevede che non si possano operare limitazioni alla corrispondenza dei detenuti, tra cui il visto di censura, con soggetti specifici, tra i quali rientra il proprio difensore personale. Assistiamo, dunque, ad una analisi dell'articolo 15 della Costituzione, tramite un bilanciamento con interessi completamente diversi da quelli già menzionati, ma dobbiamo anche notare come tale diritto, seppur in una situazione estranea a quella prevista dalla costituzione per la totalità dei consociati, continui a conservare i suoi profili garantistici tipici. Infatti, anche al primo comma dell'art.18-ter o.p. si può leggere come la sottoposizione della corrispondenza a limitazioni e visto di censura sia sottoposta alla presenza di condizioni straordinarie, quali esigenze investigative e di prevenzione dei reati ovvero ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto, e che essa avvenga sempre mediante un provvedimento da parte dell'autorità giudiziaria, naturalmente in conformità con il dettato costituzionale. In riferimento a quanto già dedotto sul caso di specie discusso nella pronuncia in esame, la parte rimettente, nonché la sezione prime penale della Corte di Cassazione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art.41-bis o.p., in riferimento ai parametri costituzionali già citati, ritenendo che tale limitazione, se pur in un regime carcerario speciale, costituisse una illegittima compressione del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza e, ovviamente, del diritto alla difesa tutelato dall'art.24 Cost⁶⁴. La Consulta, pertanto, al fine di risolvere tale quesito sottopostogli, effettua anche delle considerazioni storiche molto rilevanti per l'argomento qui esaminato. Infatti, ricostruisce, mediante le citazioni delle molteplici modifiche legislative, la storia di un istituto, quale quello previsto dall'art.18-ter dell'ordinamento

⁶⁴ Corte costituzionale, sent. n. 18/2022

penitenziario, che è tra i più pertinenti nella trattazione della tutela costituzionale dell'art.15. Pertanto, ripercorrendo le parole della pronuncia già menzionata, dobbiamo evidenziare come tale previsione legislativa inizialmente⁶⁵ prevedeva la possibilità di controlli e limitazioni sulla corrispondenza dei detenuti, privandoli cioè di un loro diritto fondamentale, senza la previsione di garanzie apposite. Questo poiché la norma era generica e non erano presenti specificazioni di alcun genere, né in riferimento al periodo di tempo in cui tali limitazioni potevano esplicarsi, né in riferimento ai soggetti verso i quali tale corrispondenza era rivolta. Fu poi con l'introduzione del nuovo codice di procedura penale che venne inserita all'art.103 comma 6 la prima specificazione soggettiva, limitando tale potere di controllo sulla corrispondenza tra i detenuti e i propri difensori, a meno che non si trattasse di casi eccezionali, come nel caso in cui costituisse corpo del reato. Ma, tuttavia, la vera svolta in materia si ottenne con la modifica a seguito dell'entrata in vigore della l. n.95/2004 che mutò la previsione dell'art.18 o.p., inserendo l'art.18-ter dell'ordinamento penitenziario. Inoltre, è anche opportuno citare che tale modifica legislativa è intervenuta a seguito di varie pronunce⁶⁶ della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, le quali ritenevano che la disciplina prevista dall'art.18 o.p. fosse contraria all'art.8 della CEDU, e che in particolare andasse a ledere il diritto alla riservatezza dei detenuti, stante la mancanza di specifiche garanzie nelle limitazioni previste. Pertanto, va ancora una volta ribadito, come tale pronuncia, al pari di altre fondamentali sentenze⁶⁷ della Consulta sull'argomento, esprima e metta in luce quanto tale diritto rilevi in ognuno dei Trattati fondamentali a cui il nostro ordinamento deve adeguarsi. Dunque, come è già stato menzionato, il nuovo articolo 18-ter ha introdotto dei limiti tassativi al visto di censura e alle restrizioni sulla corrispondenza operate nei confronti dei detenuti, inserendo sia limiti temporali⁶⁸, che limiti soggettivi al secondo

⁶⁵ Di seguito il testo dell'art.18 o.p. prima della modifica legislativa n. 95/2004: "La corrispondenza dei singoli condannati o internati può essere sottoposta, con provvedimento motivato del magistrato di sorveglianza, a visto di controllo del direttore o di un appartenente all'amministrazione penitenziaria designato dallo stesso direttore."

⁶⁶ Corte EDU, sentenze 15 novembre 1996, Calogero Diana contro Italia, paragrafo 33; 15 novembre 1996, Domenichini contro Italia, paragrafo 33; grande camera, 6 aprile 2000, Labita contro Italia paragrafo 184; 9 gennaio 2001, Natoli contro Italia, paragrafo 46; nonché, con riferimento alla situazione normativa antecedente al 2004, sentenze 11 gennaio 2005, Musumeci contro Italia, paragrafo 58; 7 luglio 2009, Salvatore Piacenti contro Italia, paragrafo 19; 1° dicembre 2009, Stolder contro Italia, paragrafo 34, in Corte costituzionale, sent. n. 18/2022.

⁶⁷ Sul punto v. anche: Corte costituzionale, sent. n. 20/2017

⁶⁸ Al primo comma dell'art. 18- ter o.p. si legge che tali restrizioni possono essere disposte "per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile per periodi non superiori a tre mesi"

comma della norma⁶⁹, oltre ovviamente ad indicare le situazioni eccezionali in cui si possono disporre e le modalità con cui tali provvedimenti devono essere disposti. Proseguendo nell'analisi della pronuncia, occorre citare un altro punto importante; infatti, i giudici costituzionali, nell'analizzare il problema riguardante la competenza a disporre le limitazioni alla corrispondenza nel regime carcerario differenziato previsto dall'art.41-bis o.p., e nello specifico, se essa spetti al Ministro della Giustizia nel provvedimento applicativo del regime differenziato o all'autorità giudiziaria, offrono un rilevante spunto di riflessione sull'applicazione pratica della riserva di giurisdizione prevista all'interno dell'art.15 Cost. Infatti, nella pronuncia la Consulta chiarisce che il dubbio interpretativo va risolto, propriamente nell'applicare tale riserva di giurisdizione sopra citata, nel senso di ritenere che spetti sempre ed esclusivamente all'autorità giudiziaria la competenza ad emettere provvedimenti restrittivi di tale diritto. In conclusione, occorre evidenziare, per completezza, che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art.41-bis comma 2 lett.e) della l. n.345/1975 (ordinamento penitenziario), nella parte in cui non viene previsto, tra le cause di esclusione della sottoposizione al visto di censura, che costituisce elemento tipizzato del regime carcerario in deroga al regime ordinario (c.d. carcere duro), il caso delle comunicazioni tra il soggetto detenuto e il proprio difensore. In tal modo la Consulta, oltre a ribadire la rilevanza di tale diritto alla corrispondenza libera e segreta, ha anche ribadito l'importanza per l'ordinamento di assicurare la piena e valida esplicazione del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 della Costituzione.⁷⁰

5. La disciplina sovranazionale

5.1. Il diritto alla riservatezza

Come già ribadito in precedenza (v. *supra*, par. 3.1), la giurisprudenza europea, mediante una interpretazione dell'art.8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ha

⁶⁹ Di seguito il testo del comma 2 dell'art. 18-ter: "Le disposizioni del comma 1 non si applicano qualora la corrispondenza epistolare o telegrafica sia indirizzata ai soggetti indicati nel comma 5 dell'articolo 103 del codice di procedura penale, all'autorità giudiziaria, alle autorità indicate nell'articolo 35 della presente legge, ai membri del Parlamento, alle Rappresentanze diplomatiche o consolari dello Stato di cui gli interessati sono cittadini ed agli organismi internazionali amministrativi o giudiziari preposti alla tutela dei diritti dell'uomo di cui l'Italia fa parte."

⁷⁰ Sul punto v. anche: Carla Cataneo, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in www.sistemapenale.it

sviluppato un concetto più unitario rispetto ai profili specificatamente tutelati all'interno della nostra Carta fondamentale⁷¹. Tale concetto, dunque, consiste in quello che viene definito come "diritto alla riservatezza", e come tale ricomprende un'ampia gamma di sfaccettature del diritto di un singolo cittadino alla tutela della propria vita privata da inferenze esterne non desiderate. Trattando di tale diritto, dunque, preme innanzitutto dire che esso non è presente all'interno della nostra Costituzione, o perlomeno non è presente in una disposizione specifica⁷². Tale vuoto normativo, che si presenta come gravoso per una ricostruzione unitaria della normativa riguardante gli istituti ivi connessi, è stato ovviamente riempito da un lungo dibattito dottrinale sul tema. Prescindendo dalla questione secondo cui, in ossequio all'art.117 co.1 della Costituzione, l'art.8 e le interpretazioni su di esso effettuate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sono già cogenti all'interno del nostro ordinamento, sicuramente sono stati molti gli autori che si sono interrogati sulla sussistenza di questo diritto all'interno della nostra normativa nazionale. Pertanto, occorre analizzare le differenti interpretazioni che si sono susseguite sul tema, nella ricerca della disposizione costituzionale che al meglio potesse incarnare la tutela di questo diritto. Innanzitutto, si deve evidenziare che, una prima interpretazione aveva ricondotto questo diritto nel novero dei diritti inviolabili tutelati dall'art.2 della nostra Carta fondamentale. Per comprendere tale interpretazione occorre soffermare l'analisi sull'articolo 2 Cost. e soprattutto sulla sua visione in qualità di clausola "aperta" o di clausola chiusa". Primariamente si deve notare che, all'interno del già menzionato articolo, è sancito quello che viene definito come il principio personalistico della nostra Costituzione. Ciò si può dedurre dalla lettura dell'articolo in questione, il quale prevede, appunto, che "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." Dunque, è proprio all'interno di tali parole che gli interpreti hanno da sempre trovato quella consacrazione dello stato di diritto e di passaggio da una concezione statolatra, pertanto del singolo cittadino al servizio dello Stato, ad una concezione personalistica,

⁷¹ Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 421.

⁷² Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.82

che si concretizza in una concezione dello Stato in funzione dell'uomo⁷³. Inoltre, ci sono state anche numerose sentenze della Corte costituzionali, con le quali i giudici costituzionali hanno nuovamente ribadito tale principio ribadendo che il valore della personalità umana sancito all'interno dell'articolo 2 Cost. vada letto come un valore a sé stante⁷⁴. Naturalmente, oltre a ciò, è anche necessario ricordare che tale articolo rientra a pieno titolo nel novero dei diritti fondamentali non suscettibili di revisione costituzionale ex art.138 Cost., poiché principi fondanti del nostro ordinamento⁷⁵. Dunque, dopo aver effettuato tali doverose premesse a proposito della norma in oggetto, è essenziale porre lo sguardo sulla questione che più di tutte rileva al fine della nostra analisi sul diritto alla riservatezza. Nel dettaglio si tratta della questione sull'interpretazione dell'articolo 2 Cost. come una clausola "chiusa", ponendo quindi un mero rinvio ai successivi articoli della Costituzione, o viceversa, come una clausola "aperta" tramite la quale la tutela costituzionale potrebbe subire un aumento nel novero dei diritti ivi sanciti e protetti. Sebbene la Consulta non abbia mai espresso un parere compiuto sull'argomento, in numerose pronunce è stata chiamata a considerare parametri costituzionali sui differenti diritti fondamentali e sicuramente in questi casi non si può omettere di varare la considerazione secondo cui tali diritti inviolabili accrescano e si modifichino nel corso del tempo. Tali considerazioni, infatti, hanno portato spesso a ponderare decisioni in ordine a nuovi diritti meritevoli di autonoma tutela, in una visione, che potrebbe essere definita come "aperta", dell'art.2 della Costituzione⁷⁶. Invero, anche questa prima interpretazione dell'inclusione del diritto alla riservatezza all'interno dell'art.2, ne accoglie sicuramente tale accezione di norma aperta come una sfera di efficacia molto ampia, riconoscendo dunque una tutela di questo diritto apparentemente non tipizzato all'interno della previsione costituzionale esaminata. Proseguendo nell'analisi, dobbiamo sottolineare che è stata fornita anche una seconda interpretazione sull'argomento, la quale ne ha riconosciuto una protezione ed una tutela all'interno del nostro ordinamento

⁷³ Prof. Salvatore Curreri, *Principio personalista*, in *Lezioni sui diritti fondamentali 2023-2024*, capitolo VII.

⁷⁴ Corte costituzionale, decisione del 24/10/2018, n.207

⁷⁵ È su tale principio che trova anche fondamento la c.d. "Teoria dei controlimiti", elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 183/1973, con la quale i giudici costituzionali hanno sancito la legittimità di un sindacato costituzionale sulle leggi di ratifica dei Trattati sovranazionali, qualora vi fosse il dubbio che tali norme potessero andare a ledere i principi fondanti dell'ordinamento italiano.

⁷⁶ Sul punto v. anche: *I diritti fondamentali nella Giurisprudenza costituzionale, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia*, Varsavia, 30-31 marzo 2006, in cortecostituzionale.it

nell'articolo 3 della Costituzione. Tale ricostruzione si fonda sulla tutela della dignità umana prevista all'interno del suddetto articolo, e soprattutto sul principio di eguaglianza sostanziale che sancisce. Inoltre, la norma prevede anche che “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”⁷⁷, e sembra dunque contrario a tali principi permettere una diffusione indiscriminata delle notizie riguardanti la vita privata dei singoli cittadini.⁷⁸

Infine, vi è una terza interpretazione che assume quella che si può definire come una posizione intermedia, a fronte dei due precedenti orientamenti contrapposti e a fronte di ulteriori posizioni che hanno addirittura negato l'attitudine costituzionale del diritto alla riservatezza⁷⁹. Tale interpretazione, riprende sicuramente in parte la prima visione menzionata, in quanto vi è un riconoscimento dell'inclusione di nuovi diritti mediante il riferimento al parametro costituzionale dell'art.2, nella sua visione, come già menzionato di clausola aperta. Tuttavia, il diritto alla riservatezza viene ricondotto, in maniera più specifica all'interno del “diritto alla privacy”, ricomprendendo entro tale categoria tutta una serie di diritti rivolti alla protezione della vita privata, nel cui novero rientra sicuramente il diritto alla riservatezza. La concezione moderna della privacy, sotto il profilo teorico, è comunemente attribuita al contributo di due influenti giuristi americani, Samuel Warren e Louis Brandeis, autori di un saggio fondamentale intitolato *The Right to Privacy. The Implicit Made Explicit*. Sul versante giuridico, invece, il riconoscimento della privacy come diritto trova fondamento nelle prime decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti. Inizialmente considerata un'esigenza etica, la privacy si evolve in un vero e proprio diritto giuridico soltanto in tempi recenti, quando viene inserita all'interno dei testi costituzionali delle democrazie più sviluppate. A partire da quel momento, grazie all'introduzione di normative dedicate — promulgate in epoche diverse nei vari ordinamenti nazionali — la privacy assume carattere vincolante e diventa effettivamente tutelabile⁸⁰. Il diritto alla privacy, dunque, ha trovato spazio all'interno del nostro ordinamento in tempi relativamente recenti, e prestandosi a diverse concezioni

⁷⁷ Articolo 3 Cost. comma 2

⁷⁸ L.Cusano – E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, Giuffrè, Milano, 2020, pag.245.

⁷⁹ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.83

⁸⁰ Marika Surace, *ADIR- L'altro diritto*, in *adir.unifi.it*, 2005.

semantiche del termine stesso. Oltre ad essere stato ricondotto al diritto alla riservatezza, infatti, esso viene declinato all'interno del nostro ordinamento anche come diritto alla tutela dei dati personali, con il d.lgs. 30 giugno 2003 n.196, oppure si rinviene nella normativa riguardante il trattamento dei dati sensibili da parte di soggetti pubblici, intervenuta con il d.lgs. 11 maggio 1999 n.135⁸¹. Oltre a ciò, va naturalmente citato in tale ambito il d.lgs. 101/2018, con il quale è stato recepito il Regolamento europeo 2016/679 sulla protezione dei dati (GDPR), il quale prevede tra l'altro la presenza di una autorità pubblica indipendente a tutela dei dati personali. In Italia, in realtà tale autorità era già presente, nella figura del Garante della privacy, le cui funzioni sono disciplinate dagli artt. 154, 154-bis e 154-ter del Codice della privacy.

Riportando il discorso sulla trattazione dei parametri costituzionali inerenti a tale diritto, sicuramente merita un'attenta analisi la lettura congiunta di più articoli della nostra Costituzione, ai quali poi viene ricondotta una tutela totalitaria della riservatezza della vita privata. Oltre all'articolo 2, di cui si è già trattato nella sua forma di norma di apertura, è necessario guardare ad una visione composita degli articoli 13, 14, 15 e 21 della nostra Carta fondamentale. È proprio la loro stretta connessione, di cui del resto è già stata fatta menzione, a fornire una visione costituzionalmente orientata del diritto alla tutela della vita privata in tutte le sue sfaccettature. Dunque, innanzitutto dobbiamo riferirci all'articolo 13 Cost., il quale sancendo l'inviolabilità della libertà personale, rimanda alla tutela apprestata dall'ordinamento da ogni ingerenza esterna alla propria sfera fisica e psichica. In seguito, l'articolo 14 Cost., sancisce l'inviolabilità del domicilio, e dunque anche in questo caso vi è la rappresentazione della garanzia dello Stato a far sì che il singolo cittadino non debba subire intrusioni nella propria abitazione, ovviamente simbolo cardine della propria vita privata. Inoltre, come già analizzato, l'art.15 Cost., tutelando la libertà e la segretezza delle comunicazioni, volge la protezione dello Stato in una visione di vita relazionale del singolo individuo, ed inoltre, al fianco della tutela alla libertà di pensiero prevista dall'art.21 Cost., garantisce il diritto alla riservatezza su tutte le possibili forme di esternazione del proprio pensiero⁸². In conclusione, è necessario comunque notare che, seppur tale diritto sia stato in qualche modo recepito e interpretato

⁸¹ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.87

⁸² Sul punto v. anche: Mario Bellocci, Simona Magnanensi, Paolo Passaglia ed Elisabetta Rispoli, *Tutela della vita privata: realtà e prospettive costituzionali*, in *cortecostituzionale.it*

mediante riferimenti costituzionali all'interno del nostro ordinamento, esso continua a presentare una tutela indiretta. Le stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁸³, riprendendo un orientamento già sviluppatosi, hanno ribadito che il diritto alla riservatezza può essere considerato come una virtù più che come un obbligo costituzionalmente tutelato, denotando anche come la sua tutela vada ritrovata, piuttosto, in norme ordinarie. Dunque, tale diritto, che esprime a pieno l'ampio concetto di riservatezza, può essere considerato solo come un elemento funzionale all'interno del nostro ordinamento, tale per cui i suoi profili di tutela costituzionale si rinvencono esclusivamente nelle more in cui essi collidano e rientrino negli ambiti di tutela già previsti dagli articoli 13, 14 e 15 della nostra Costituzione.

5.2. L'art.8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU)

Per concludere e completare l'analisi riguardante i profili generali dei diritti su cui fonda le basi l'istituto delle intercettazioni, non ci si può esimere dal considerare nel dettaglio la disciplina sovranazionale, e dunque l'articolo 8 della CEDU. Il suddetto articolo, rubricato come "Diritto al rispetto della vita privata e familiare", al primo comma recita: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza", sancendo nuovamente l'inviolabilità della privacy della vita del singolo cittadino in tutte le sue conformazioni. Oltre a ciò, è il secondo comma dell'art.8, invece, a vagliare i concetti di garanzia e protezione dalle ingerenze esterne. Infatti, il suo testo recita: ". Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, 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 e della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui". Dunque, è proprio dalla lettura del suddetto secondo comma, che si può evidenziare quel concetto di tutela della persona dallo Stato stesso, in una visione personalistica di uomo al centro, tipica dell'era moderna. Pertanto, possiamo affermare che la ratio dell'art.8 sia propriamente quella di protezione del

⁸³ Cass. Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio

singolo dalle ingerenze pubbliche, in una disciplina che crea dunque in capo ai singoli stati due obblighi diversi⁸⁴, accomunati dalla medesima matrice ideologica. In primo luogo, infatti, sorge l'obbligo positivo degli Stati consistente nella predisposizione di tutte quelle misure volte a garantire un rispetto e una tutela della vita privata, tramite tutte le modalità in cui essa possa esplicarsi. E, in seguito, sorge un obbligo negativo che si sostanzia in un divieto di ingerenza dei pubblici poteri, il quale può essere derogato solo in casi espressamente previsti dalla legge ed in situazioni di pericolo della sicurezza nazionale, con un rimando ad una riserva di legge tipica dello Stato di diritto. Infatti, nella decisione del 3 giugno 2014 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Lopez Guiò c. Slovacchia), i giudici hanno chiarito che gli Stati devono effettuare un corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici e gli interessi privati, e dunque nell'adempire a tali obblighi deve essere utilizzata una procedura decisionale caratterizzata da equità, tale da permettere una tutela effettiva degli interessi disciplinati all'interno dell'articolo 8 CEDU. Inoltre, va anche menzionato che, mediante una lettura dell'art.13 CEDU, il quale prevede che sia riconosciuto un diritto alla tutela giurisdizionale, in presenza di lesioni dei diritti disciplinati dalla convenzione stessa, "anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali", si rinviene implicitamente che tale tutela prevista dall'art.8 sia volta alla protezione del singolo anche dalle ingerenze di altri cittadini, e non solo statuali⁸⁵. In relazione al nesso tra la norma in esame e l'istituto delle intercettazioni, è opportuno evidenziare, in via preliminare, che il termine "intercettazioni" non viene espressamente menzionato nel testo della disposizione. Nonostante tale assenza terminologica, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha più volte precisato, attraverso una serie di decisioni giurisprudenziali di rilievo⁸⁶, che le intercettazioni⁸⁷ rientrano pienamente nell'ambito applicativo dei concetti

⁸⁴ Maria Giulia Putaturo Donati, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU, nell'interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno.*, in europeanrights.eu, pag.1 -2

⁸⁵ Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.44

⁸⁶ C. Edu, sent. 25 giugno 1997, Halford c. Regno Unito

⁸⁷ È invece interessante notare che non rientrano nell'ambito di oggetto di captazione rilevante ex art.266 i rilievi compiuti mediante "global position system" (gps). La giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'utilizzo del pedinamento satellitare mediante dispositivi GPS costituisce un mezzo atipico di ricerca della prova. In quanto tale, esso non richiede alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice per le indagini preliminari. Tale modalità investigativa rientra nell'ambito applicativo dell'art. 189 del codice di procedura penale, che disciplina l'utilizzazione delle prove non espressamente previste dalla legge. Tuttavia, si esclude l'applicazione della parte in cui l'articolo richiede che, ai fini dell'ammissione della prova, il giudice debba previamente sentire le parti: ciò in quanto l'efficacia stessa del pedinamento tramite

di "vita privata" e "corrispondenza", così come tutelati dalla Convenzione. Tale interpretazione si fonda sull'idea che le intercettazioni, indipendentemente dal loro successivo utilizzo nel contesto di un procedimento penale, configurano comunque un'interferenza da parte dei poteri pubblici nella sfera privata dell'individuo. Infatti, anche il solo atto di porre in essere un'intercettazione, a prescindere dall'effettiva acquisizione di prove o dalla loro spendibilità processuale⁸⁸, è ritenuto lesivo della riservatezza personale, trattandosi di un'intrusione nello spazio protetto della vita privata e delle comunicazioni individuali. Pertanto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riconduce tale attività investigativa entro i confini delle garanzie previste dall'articolo in questione, imponendo un rigoroso controllo sulla legittimità, proporzionalità e necessità dell'ingerenza statale. Dunque, è essenziale notare che, anche la norma qui analizzata non disciplina tale diritto come caratterizzato dal requisito della absolutezza, essendo comunque presente la previsione di una limitazione nei casi individuati dalla legge, e considerando anche che è propriamente compito della Corte Europea dei Diritti dell'uomo di verificare che i giudici nazionali tengano conto di tali restrizioni senza abusarne: infatti, un'altra pronuncia della suddetta Corte⁸⁹ ha anche specificato che il rimando, contenuto nell'articolo 8 CEDU, ai casi individuati dalla legge, costituisce un rinvio alla legge in senso materiale e non formale, prevedendo, dunque, all'interno di tale categoria, anche le decisioni giurisprudenziali nei sistemi di common law e l'interpretazione e l'applicazione effettuata dagli organi giurisdizionali nei sistemi di civil law.⁹⁰

È quindi possibile cogliere appieno la rilevanza dell'interpretazione autentica fornita dalla Corte EDU, che assume un ruolo fondamentale nell'individuazione del corretto significato e della portata applicativa dei principi convenzionali. Tale contributo interpretativo risulta particolarmente significativo se si considera che, nel contesto del nostro ordinamento giuridico nazionale, le riserve di legge assumono un valore

tracciamento geosatellitare è strettamente connessa al fatto che il soggetto sottoposto a monitoraggio rimanga del tutto ignaro di tale attività. Ne consegue che qualsiasi forma di contraddittorio anticipato, sebbene pensata a fini garantistici, risulterebbe in palese contrasto con la natura e le finalità del mezzo investigativo impiegato, rendendolo di fatto inattuabile, in *La disciplina delle intercettazioni: tra presupposti di legittimità, divieti d'uso e distruzione*, Laboratorio didattico di procedura penale a cura del docente Alfredo Gaito, in archiviopenale.it

⁸⁸ C. Edu, sent. 25 marzo 1998 Kopp c. Svizzera

⁸⁹ C. Edu, sent. 24 aprile 1990, Huving c. Francia

⁹⁰ Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.45-46.

prevalentemente formale, in quanto legate alla sola fonte normativa, senza necessariamente garantire un'adeguata tutela sostanziale dei diritti coinvolti. In questo scenario, le precisazioni e i chiarimenti provenienti dalla giurisprudenza della Corte Edu rappresentano un elemento essenziale per orientare l'attività interpretativa dei giudici nazionali e assicurare una coerente attuazione del dettato convenzionale. Tali specificazioni, infatti, contribuiscono a colmare eventuali lacune normative e a rendere effettiva la protezione del diritto in questione, favorendo un'armonizzazione tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale, nel rispetto del principio di conformità alla CEDU. Dunque, si può giungere ad una conclusione, osservando attentamente come il vero fulcro del principio di tutela sancito dall'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo consista nell'assicurare il rispetto e la promozione del principio di democraticità all'interno di ciascuno degli stati membri del Consiglio d'Europa. Tale principio si fonda sull'idea imprescindibile che, in uno stato autenticamente democratico, non sia in alcun modo auspicabile⁹¹, né giuridicamente ammissibile, che i pubblici poteri possano esercitare un'ingerenza illimitata e incontrollata nella sfera privata e familiare dei cittadini. La democrazia, infatti, presuppone l'esistenza di un equilibrio tra le prerogative dello Stato e i diritti fondamentali della persona, equilibrio che si manifesta, in concreto, nella necessità di delimitare rigorosamente l'ambito di intervento delle autorità pubbliche, affinché queste ultime non si trasformino in strumenti arbitrari di controllo o compressione della libertà individuale. In quest'ottica, assumono un ruolo di assoluto rilievo i principi di proporzionalità e di legalità, nonché l'esistenza di meccanismi efficaci di controllo giurisdizionale sulle eventuali ingerenze statali. Tali principi non rappresentano meri strumenti tecnici, ma si configurano come parametri essenziali e imprescindibili per valutare la legittimità e la fondatezza di qualsiasi limitazione imposta ai diritti garantiti dall'articolo 8. In altre parole, essi fungono da criteri attraverso i quali è possibile verificare la compatibilità delle ingerenze con la struttura giuridica e valoriale propria di uno Stato di diritto democratico, contribuendo così alla salvaguardia dell'ordine pubblico fondato sul rispetto della dignità umana, della libertà personale e della giustizia⁹². Ed è proprio per tali ragioni che i giudici di Strasburgo

⁹¹ Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.46.

⁹² Sul punto v. anche: FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in A. GAITO *Procedura penale e garanzie europee*, UTET, Torino, 2006, pag.127.

hanno più volte sottolineato, all'interno delle loro pronunce⁹³, l'importanza fondamentale di una regolamentazione chiara, dettagliata e garantista in materia di intercettazioni. Questi strumenti, per loro stessa natura, risultano particolarmente invasivi e potenzialmente lesivi della sfera privata e della riservatezza dei cittadini, incidendo su diritti fondamentali tutelati dall'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Pertanto, secondo la giurisprudenza della Corte europea, è imprescindibile che l'uso delle intercettazioni sia disciplinato da una normativa precisa e accessibile, la quale non si limiti esclusivamente a elencare in modo tassativo i casi in cui tale mezzo investigativo può essere autorizzato, ma che intervenga anche a regolamentare con accuratezza le modalità concrete con cui esso viene messo in atto, incluse le garanzie procedurali, i limiti temporali e i controlli giurisdizionali. Solo in presenza di una tale cornice normativa si può ritenere che l'ingerenza nella vita privata sia "prevista dalla legge" e, dunque, compatibile con i principi fondamentali di uno Stato di diritto democratico.

⁹³ Corte EDU, *Hewiston c. Regno Unito*, 2003; *Kruslin c. Francia*, 1990; *Chalkey c. Regno Unito*, 2003.

Capitolo 2

La disciplina ordinaria delle intercettazioni e il doppio binario come regime in deroga

1. L'evoluzione storica della disciplina codicistica

1.1. Dal Regio decreto n. 127/1913 agli albori del codice Vassalli

L'istituto delle intercettazioni venne introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con il codice di procedura penale del 1913⁹⁴. Esso prevedeva, rispettivamente agli artt. 170 comma 3 e 283 comma 3, che gli ufficiali di polizia giudiziaria e il giudice potessero avere accesso agli uffici telefonici per intercettare, impedire comunicazioni o assumerne cognizione⁹⁵. Ciò che risulta particolarmente evidente analizzando la normativa del 1913 è la mancanza di una disposizione che prevedesse esplicitamente la necessità di un'autorizzazione preventiva da parte dell'autorità giudiziaria per le suddette attività investigative. Tuttavia, è opportuno considerare anche un ulteriore elemento di contesto: l'istituto in questione, all'epoca, veniva applicato in maniera estremamente limitata, tanto da risultare quasi superfluo o privo di reale utilità. Tale scarsissima applicazione trova una spiegazione plausibile nelle condizioni tecniche e sociali del tempo: le modalità operative erano infatti estremamente rudimentali, e le infrastrutture, come le linee telefoniche, erano accessibili esclusivamente a una ristretta fascia della popolazione, costituita prevalentemente da soggetti con maggiori disponibilità economiche. Di conseguenza, l'utilizzo di questi strumenti risultava confinato a una netta minoranza, rendendo marginale la necessità di regolamentarne l'uso con particolare rigore normativo. In seguito, con l'introduzione del codice di procedura penale del 1930⁹⁶ la situazione non mutò particolarmente. L'istituto era disciplinato da due norme, la prima di esse era l'art.226 comma 3, situato nel capo I, sezione I del libro II. Tale sezione, rubricata "degli atti di polizia giudiziaria", disciplinava propriamente quelle attività investigative che potevano essere compiute durante la fase investigativa dagli ufficiali di polizia giudiziaria. Tale elemento risulta particolarmente rilevante, evidenziandosi che "Gli

⁹⁴ Nello specifico si tratta del Regio decreto 27 febbraio 1913, n.127

⁹⁵ Sul punto V. G. Ubertis, V. Paltrinieri, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Penale*, n.2, 1979, pag.593

⁹⁶ Nello specifico si tratta del Regio decreto 19 ottobre 1930, n.1399

ufficiali di polizia giudiziaria, per i fini del loro servizio, possono anche accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prenderne cognizione o assumere altre informazioni.”⁹⁷ Dunque, come già precedentemente osservato, la disciplina in materia non aveva subito modifiche sostanziali rispetto a quanto previsto dal codice di procedura penale previgente. In particolare, permaneva l’assenza di una norma che imponesse in maniera chiara e vincolante l’obbligo di una decisione formale da parte dell’autorità giudiziaria per autorizzare lo svolgimento di determinati atti investigativi. Invero, anche nel nuovo assetto normativo, tali attività continuavano a ricadere nell’ambito delle attribuzioni proprie della polizia giudiziaria, che poteva procedere autonomamente, senza necessità di un intervento autorizzativo o di controllo da parte del giudice. Il secondo articolo in evidenza era il 339, collocato nel Capo VI del Titolo II del libro II, e rubricato “accesso a uffici telefonici”. L’articolo prevedeva che il giudice potesse autonomamente effettuare atti di intercettazione, ed inoltre che potesse delegare l’esecuzione agli ufficiali di polizia giudiziaria⁹⁸. Dunque, anche in questo caso, la disciplina ricalcava la già menzionata previsione legislativa precedente. Tuttavia, l’unico elemento che va rilevato è l’espressa previsione di una possibilità di delega che nel codice di procedura penale del 1913 non era prevista. Per assistere al reale mutamento dell’istituto in esame, infatti, si deve attendere il 1948 e l’avvento della Costituzione. Infatti, come già precedentemente approfondito, con l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana si assistette a un cambiamento di prospettiva di fondamentale importanza: il diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni e delle conversazioni venne solennemente riconosciuto e consacrato tra i diritti inviolabili dell’uomo, trovando la sua formulazione nell’articolo 15⁹⁹ della Carta costituzionale. Tale disposizione, oltre a tutelare in modo esplicito la riservatezza delle comunicazioni, sanciva due rilevanti garanzie: da un lato, la riserva di

⁹⁷ Il terzo comma dell’art.226 è rimasto in vigore fino all’introduzione della modifica legislativa con la l.517/1955, la quale per la prima volta prevedeva la necessità dell’autorizzazione da parte dell’autorità giudiziaria.

⁹⁸ Di seguito il testo dell’art. 339 del Regio decreto, n.1399/1930: “Il giudice può accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni o assumerne cognizione. Può anche delegarvi con decreto un ufficiale di polizia giudiziaria.”

⁹⁹ È interessante rilevare che la prima formulazione dell’art.15 della Costituzione, che a seguito di una prima approvazione venne poi mutata nel testo definitivo, recitava che “La libertà e la segretezza di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono garantiti; la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell’autorità giudiziaria, nei casi stabiliti dalla legge ed in pendenza di procedimento penale”. La proposta provenne dall’on. Condorelli. Cfr. *Atti dell’Assemblea costituente*, seduta del 24 gennaio 1947, III, p. 2711.

legge, che impone che eventuali limitazioni possano avvenire solo tramite un atto normativo primario; dall'altro, la riserva di giurisdizione, che richiede l'intervento di un'autorità giudiziaria per autorizzare ogni forma di restrizione. Entrambe queste garanzie rappresentarono sin da subito una svolta rispetto al quadro normativo delineato dalle disposizioni codicistiche allora vigenti, che apparivano inadeguate e, in taluni casi, apertamente contrastanti con i principi costituzionali, soprattutto per quanto concerneva il ruolo marginale attribuito al giudice e la debolezza dei meccanismi di tutela della sfera privata. Tuttavia, seppure tale incongruenza fosse evidente, la prima riforma intervenne solo nel 1955. Infatti, con la l.517/1955, il legislatore mutò il testo dell'articolo 226 c.p.p., inserendo per la prima volta l'obbligatoria autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria con decreto motivato. Dunque, ci vollero effettivamente sette anni, dall'entrata in vigore della Costituzione, affinché il legislatore adattasse il dettato normativo a quella che era una chiara prescrizione della carta fondamentale, vale a dire la riserva di giurisdizione. Un altro momento di grande rilevanza, al fine di delineare una completa ricostruzione storica dell'istituto, si rinviene nell'entrata in vigore della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo che, firmata a Roma il 4 novembre 1950¹⁰⁰, venne ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con la l. 848/1955. All'interno della suddetta disposizione di legge, vennero sanciti i diritti inviolabili dell'uomo e, soprattutto, venne sancito il diritto in capo ad ogni singolo cittadino degli Stati membri di adire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo qualora uno Stato si fosse reso autore della lesione di uno di questi. Nel dettaglio, per quanto concerne il tema qui trattato, esso venne disciplinato all'interno dell'art.8 della Convenzione, il quale, come già evidenziato nel capitolo precedente, sancisce non solo l'inviolabilità del diritto alla riservatezza, che si esplica anche mediante le comunicazioni e le conversazioni, ma soprattutto si pone come un rilevante parametro di valutazione per limitare e verificare la liceità delle ingerenze statuali all'interno della sfera privata dei singoli cittadini. Proseguendo nella trattazione diacronica delle modifiche e delle pronunce giurisprudenziali che hanno plasmato l'istituto delle intercettazioni sino alle attuali disposizioni, è necessario soffermare l'analisi su una pronuncia particolarmente rilevante della nostra Corte costituzionale, nel dettaglio la sentenza n. 34/1973. È infatti notorio, che tale pronuncia,

¹⁰⁰ La Convenzione venne firmata dagli Stati membri dell'allora Consiglio d'Europa, istituito con il Trattato di Londra del 1949.

che sancì la legittimità dell'allora vigente art. 226 c.p.p., di cui sopra si è già fatta menzione, ha fornito un apporto interpretativo notevole e, soprattutto, ha offerto importanti spunti innovativi al legislatore. Invero, la Consulta all'interno di questa sentenza, oltre a ribadire l'importanza della motivazione del provvedimento, emesso con decreto, con il quale si procede alle intercettazioni, ha ribadito che tale provvedimento deve anche prevedere le modalità esecutive dell'attuazione di tale mezzo di ricerca della prova. Inoltre, trattando dell'utilizzabilità all'interno del procedimento, delle sole intercettazioni rilevanti, ha anche espresso un parere indicativo nei confronti del legislatore, consistente nell'auspicio che ci fossero previsioni di legge più specifiche per quanto concerne la distruzione degli elementi non rilevanti ai fini del procedimento penale.¹⁰¹ Tale pronuncia, di grande importanza per il momento storico, divenne un vero e proprio caposaldo in materia, dal quale il legislatore giustamente trasse indicazioni per le modifiche che successivamente investirono l'istituto in esame.

La prima di esse, invero, a distanza di un anno dalla suddetta pronuncia esplica quella riforma, definita "ipergarantista" da autorevole dottrina¹⁰², introdotta con la l. n. 98/1974. Tale intervento normativo, nel dettaglio, abrogò l'ultimo comma dell'art.226¹⁰³ del codice Rocco e introdusse gli artt. 226-bis, 226-ter, 226-quater e 226-quinquies. Le nuove disposizioni prevedevano, innanzitutto, una serie tassativa di reati¹⁰⁴ per i quali si potesse procedere all'impedimento, interruzione o intercettazione di comunicazioni telefoniche o telegrafiche. Inoltre, all'art. 226- ter, veniva disciplinato in maniera specifica che il decreto motivato con cui si autorizzavano tali attività di indagine, oltre ad essere obbligatoriamente redatto dall'autorità giudiziaria, dovesse essere motivato in ordine ai

¹⁰¹ Corte costituzionale, sent. n.34/1973, in giurcost.org

¹⁰² G. Illuminati, *La Disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983

¹⁰³ L'ultimo comma dell'art.226 del Regio decreto 19 ottobre 1930, n.1399 in vigore prima della riforma recitava: "Per intercettare o impedire comunicazioni telefoniche o prenderne cognizione gli ufficiali di polizia giudiziaria devono munirsi di autorizzazione dell'autorità giudiziaria più vicina, che la concede con decreto motivato".

¹⁰⁴ I reati previsti dal primo comma del nuovo art.226-bis comma 1 erano i seguenti:

"1) delitti non colposi puniti con pena superiore, nel massimo, a cinque anni di reclusione;

2) reati concernenti gli stupefacenti;

3) reati concernenti le armi e le sostanze esplosive;

4) reati di contrabbando;

5) reati di ingiurie, minacce, molestia e disturbo alla persona

col mezzo del telefono."

Inoltre, la norma riportava che "La stessa disposizione si applica alle comunicazioni e conversazioni previste dall'articolo 623-bis del codice penale".

“seri e concreti indizi di reato”¹⁰⁵ che avevano fatto scaturire la necessità dell’utilizzo del mezzo di ricerca della prova in oggetto. Tali elementi, infatti, dovevano essere precisamente riportati nel decreto, il quale doveva anche contenere indicazioni sulle modalità esecutive delle operazioni. Oltre a ciò, l’art.226- quater rubricato “Esecuzione delle operazioni di impedimento, interruzione o intercettazione di comunicazioni o conversazioni”, ne disciplinava nel dettaglio la matrice materiale, prevedendo i luoghi dove tali operazioni dovevano obbligatoriamente svolgersi e la disciplina relativa alla raccolta e alla conservazione dei documenti riguardanti le attività in esame, nonché la loro distruzione nel caso in cui non riguardassero il procedimento penale in atto. Ancora, l’articolo sanciva un altro elemento fondamentale dell’istituto e della disciplina delle intercettazioni, prevedendo, infatti, che “Le notizie contenute nelle predette registrazioni e verbali non possono essere utilizzate quali prove in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state raccolte.”¹⁰⁶, e dunque dando attuazione a quanto sancito dalla Consulta nella già menzionata pronuncia n.34/1973, nella quale era stato ribadito quanto quest’ultimo principio fosse necessario a dare attuazione alle garanzie costituzionali previste dall’articolo 15 Cost. Tuttavia, la novità più rilevante della nuova disciplina riguardava la previsione di cui all’art. 226- quinquies, inerente il regime di inutilizzabilità delle intercettazioni. Nel dettaglio, la nuova norma prevedeva che, qualora le intercettazioni fossero compiute al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, oppure fossero eseguite in violazione delle modalità e dei limiti normativi stabiliti, sarebbero state affette da una nullità assoluta e insanabile.

A tale disciplina “ipergarantista”, tuttavia, subentrò ben presto una prima “involuzione in senso autoritario”¹⁰⁷, nello specifico con l’entrata in vigore del d.l. 21 marzo 1978¹⁰⁸, convertito in l. 18 maggio 1978, n.191. Tale norma apportò una rilevante modifica, in senso puramente contrario alle garanzie apportate dalla legge del 1974, che consistette nell’eliminazione del termine massimo di durata delle attività di interruzione, impedimento o intercettazione delle comunicazioni o conversazioni. Tale termine, infatti,

¹⁰⁵ Art.226-ter del Regio decreto 19 ottobre 1930, n.1399, come novellato dalla l. n. 98/1974

¹⁰⁶ Comma 8 dell’art. 226- quater del Regio decreto 19 ottobre 1930, n.1399, come novellato dalla l. n. 98/1974

¹⁰⁷ G. Ubertis, V. Paltrinieri, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Penale*, n.2, 1979, pag. 600

¹⁰⁸ L’adozione della norma, avvenuta 5 giorni dopo il 16 marzo 1978, data in cui avvenne il celebre sequestro dell’on. Aldo Moro, riporta alla ratio antiterroristica della sua adozione.

consistente in quarantacinque giorni¹⁰⁹, secondo quanto sancito al secondo comma dell'art.226- ter c.p.p., venne abrogato dalla l.191/1978, mediante l'eliminazione della disposizione che prevedeva che il termine di quindici giorni potesse essere prorogato per un massimo di due volte e dunque prevedendo la prorogabilità illimitata del termine, ovviamente in presenza delle condizioni previste, adeguatamente motivate nel provvedimento di proroga. Oltre a ciò, la norma introduce un ulteriore elemento, valutato come potenzialmente lesivo di principi costituzionali da autorevole dottrina¹¹⁰, il quale consiste nella possibilità di una autorizzazione orale da parte dell'autorità giudiziaria competente. Come suddetto, infatti, tale previsione subì notevoli note negative da parte della dottrina, poiché non solo non erano specificati i casi tassativi in cui il provvedimento potesse avere forma orale, ma anche in virtù del fatto che l'innovazione legislativa apparve immediatamente contraria alla riserva di giurisdizione, con obbligo di motivazione del provvedimento, prevista dall'art.15 della Costituzione.¹¹¹

Proseguendo nella trattazione della norma introdotta nel 1978, è necessario soffermarsi sulle modifiche da essa apportate all'art. 226- quater e, in particolare, sull'eliminazione, seppur in casi specifici¹¹², della previsione per cui le notizie ottenute mediante le attività di intercettazione telefonica non potessero essere utilizzate come prova in procedimenti diversi da quelli per cui erano state disposte. Come specificato da noti autori¹¹³, la ratio di tale modifica, in senso apparentemente opposto alle garanzie costituzionali, trova la sua origine in una errata interpretazione della sent. n.34/1973 o, per meglio dire, in una interpretazione nata a causa di una mancata ed esauriente specificazione della Consulta stessa. Infatti, laddove la pronuncia trattava del principio in ordine al quale sarebbe stato illegittimo utilizzare risultanze probatorie derivanti da attività di impedimento, intercettazione o interruzione di conversazioni in altri procedimenti, non venne specificato se esso riguardasse esclusivamente la fase dibattimentale o anche il momento

¹⁰⁹ Il termine di quarantacinque giorni è calcolato complessivamente. Infatti, la norma prevedeva un termine di quindici giorni, prorogabile per un massimo di due volte.

¹¹⁰ In particolare, G. Caselli, *Le recenti misure di ordine pubblico: il decreto 21 marzo 1978 e le sue modifiche alla legge Reale*, in *Democrazia e diritto*, 1978, n.1, dove l'autore spiega nel dettaglio perché è materialmente difficile che l'autorizzazione orale possa avvenire realmente.

¹¹¹ G. Ubertis, V. Paltrinieri, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Penale*, n.2, 1979, pag. 601. Gli autori, inoltre, ritengono che non valga addurre l'eccezione della successiva integrazione della motivazione in forma scritta, in virtù del fatto che essa potrebbe naturalmente nascondere ex post i reali motivi del provvedimento adottato ex ante in forma orale.

¹¹² Il riferimento è ai reati di particolare gravità, ossia quei reati per i quali è previsto un ordine di cattura

¹¹³ Cfr. G. Ubertis, V. Paltrinieri, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Penale*, n.2, 1979, pag. 602, nota a piè di pagina n.29.

investigativo. Dunque, in tale lacuna trovò fondamento tale innovazione autoritaria, fortemente ispirata dalla corrente antiterroristica del periodo storico di riferimento. In ultimo, la suddetta norma introdusse le c.d. intercettazioni preventive, trattandosi nello specifico di quelle intercettazioni di comunicazioni telefoniche che dovevano essere svolte prima dell'apprensione della notizia di reato. Tali captazioni, seppur fuoriuscissero dall'ambito processuale, nel quale sarebbero poi rientrate solo in seguito con la eventuale ricezione della notizia di reato e la successiva iscrizione nell'apposito registro, necessitavano sempre di una autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria ed erano previste solo al fine di evitare la commissione di gravi delitti. Anche in questo caso le perplessità dottrinali non sono mancate, riconoscendo che, anche in presenza di una attuazione della riserva di giurisdizione, basare il provvedimento attuativo delle attività di intercettazioni prima della commissione del reato, avrebbe portato a problematiche riguardanti le ragioni stesse della motivazione del provvedimento, ovviamente basato su "presupposti autorizzativi labili"¹¹⁴.

1.2. L'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale del 1989: il codice Vassalli

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione ed i primi interventi parziali sul codice di rito, trascorsero ancora diversi anni prima che si giungesse a un concreto passo avanti verso una riforma organica del processo penale. Fu solo a distanza di tempo che il legislatore approvò una nuova legge delega¹¹⁵, con la quale veniva conferito al Governo l'incarico di predisporre un nuovo codice di procedura penale. In quella sede, il Parlamento stabilì una serie di criteri direttivi che il Governo avrebbe dovuto seguire nella stesura della nuova normativa, con l'intento di costruire un sistema procedurale più moderno e in linea con i principi dello Stato di diritto. Tra gli orientamenti più rilevanti indicati vi era, da un lato, l'esigenza di conformarsi agli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, in particolare quelle volte a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo e le garanzie del giusto processo, dall'altro, la volontà di riformare il procedimento penale secondo una logica prevalentemente accusatoria. Quest'ultima

¹¹⁴ Cfr. G. Ubertis, V. Paltrinieri, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Penale*, n.2, 1979, pag. 602.

¹¹⁵ Nel dettaglio si tratta della l.16 febbraio 1987, n. 81

scelta si traduceva nella necessità di riequilibrare i ruoli tra accusa e difesa, rafforzare il contraddittorio e attribuire al giudice un ruolo terzo e imparziale. Va tuttavia osservato che, nonostante questa impostazione di fondo, l'ordinamento processuale italiano conserva ancora oggi alcuni tratti ibridi, in particolare nella fase dibattimentale, che continuano a riflettere elementi propri del sistema inquisitorio, dando vita a un modello misto con caratteristiche peculiari. Il nuovo codice venne infine approvato con il decreto del presidente della Repubblica del 22 settembre 1988, n. 447, ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989. All'interno del nuovo corpus normativo, l'istituto in esame venne disciplinato nel capo IV del titolo II del terzo libro, propriamente rubricato come "intercettazioni di conversazioni o comunicazioni" e, nel dettaglio, dagli artt. 266-271 c.p.p. Tuttavia, nonostante l'introduzione del nuovo codice di procedura penale abbia rappresentato un momento significativo di rinnovamento dell'assetto normativo, non sono mancate voci critiche da parte della dottrina. In particolare, numerosi studiosi hanno evidenziato con preoccupazione alcune carenze del nuovo impianto normativo, soprattutto in relazione alla disciplina delle intercettazioni. Le critiche si sono concentrate sulla mancata inclusione, all'interno del nuovo corpus normativo, di previsioni specifiche capaci di tenere conto delle trasformazioni tecnologiche che, già all'epoca, iniziavano ad avere un impatto rilevante su questo delicato strumento investigativo. Merita, a tal riguardo, riportare la citazione di un noto studioso che definì il nuovo codice Vassalli come un complesso normativo che "appare nato già vecchio, come il personaggio di una leggenda orientale, che aveva un volto rugoso da bambino"¹¹⁶. Tale definizione, seppur particolarmente suggestiva, fa intendere a pieno la problematicità riguardante tali lacune normative, laddove era logico che fosse inserita una disciplina adattata alle innovazioni tecnologiche in un compendio di norme nato nella nuova era digitale.¹¹⁷

Fu proprio sulla scia di tali critiche, le quali riguardavano nello specifico anche la formulazione ampia dell'art.266¹¹⁸, che il legislatore intervenne nel 1993 con una

¹¹⁶ V. FROSINI, I mezzi di prova e le nuove forme di comunicazione delle informazioni del Codice di procedura penale del 1988, in *Dir. inform.*, 1990, n. 2, p. 413

¹¹⁷ L'autore dell'articolo, infatti, fa riferimento all'utilizzo, sempre più crescente in quegli anni, di strumenti tecnici quali videoconferenze, telefax e apparecchi per la trasmissione a distanza dei dati telematici, i quali stavano sostituendo il telefono e il telegrafo. Cfr. V. FROSINI, I mezzi di prova e le nuove forme di comunicazione delle informazioni del Codice di procedura penale del 1988, in *Dir. inform.*, 1990, n. 2, p. 413 ss.

¹¹⁸ L'articolo riporta la formula "intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di *altre forme di telecomunicazione*" (corsivo aggiunto). Per un punto di vista critico sull'ampiezza di tale formula

modifica normativa che portò all'entrata in vigore del nuovo articolo 266- bis. La suddetta norma, dunque, con lo scopo di integrare un'insufficienza della previsione previgente, recitava che "Nei procedimenti relativi ai reati 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". Tuttavia, seppur il legislatore abbia operato questa innovazione per apportare una specificazione all'articolo 266 c.p.p., si ritiene anche che tali elementi fossero già ricompresi all'interno della formulazione aperta del suddetto articolo. Proseguendo l'analisi in oggetto, va certamente evidenziata un'altra modifica normativa intervenuta nel 2006, e inizialmente considerata come la risposta del Governo al "caso telecom"¹¹⁹, che aveva dato luogo ad un lungo dibattito sul tema delle intercettazioni telefoniche¹²⁰. Nel dettaglio si tratta del d.l. 22 settembre 2006 n.259, che reca "Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche" convertito con la l. 20 novembre 2006 n. 281. La nuova disciplina si articola in quattro articoli, il primo dei quali ha apportato una notevole modifica all'articolo 240 c.p.p., aggiungendo 4 commi alla previsione precedente in cui era presente un comma unico. La disposizione introdotta, al secondo comma, prevede che in presenza di documenti, supporti o atti contenenti dati relativi a conversazioni o comunicazioni, comprese quelle telefoniche e telematiche, che risultino acquisiti o formati in modo illecito, il pubblico ministero è tenuto a disporne tempestivamente la segretazione e a garantirne la custodia in un luogo protetto. La stessa procedura si applica anche nel caso di documentazione derivante da attività di raccolta illegale di informazioni. Tali materiali non possono essere duplicati in alcuna forma né in alcuna fase del procedimento, e il loro contenuto è da considerarsi inutilizzabile ai fini processuali. Inoltre, è stato anche chiarito

v. F. CORDERO, Sub art. 266, in Codice di procedura penale commentato, a cura di F. CORDERO, UTET, Torino, 1992, p. 299 ss.

¹¹⁹ Per completezza d'informazione va rilevato che nel 2006, un'indagine condotta dalla Procura di Milano accertò l'esistenza di un'articolata struttura clandestina operante all'interno del settore "security" di Telecom Italia, diretta da Giuliano Tavaroli e collegata a Marco Mancini, allora vicedirettore del SISMI. L'organizzazione si occupava della raccolta illecita di informazioni riservate su politici, imprenditori e figure pubbliche, mediante intercettazioni non autorizzate. Le indagini portarono alla scoperta di migliaia di dossier illegali, successivamente utilizzati per finalità illecite quali pressioni, ricatti o commercializzazione sul mercato nero dell'informazione, in *audioforense.eu*

¹²⁰ Cfr. M. Natale, *La nuova legge 20 Novembre 2006 n. 281 di conversione del decreto-legge 22 settembre 2006 n. 259, recante "Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche"*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*

che il successivo procedimento di distruzione, disciplinato dai commi dal 3 al 6 del suddetto articolo, debba essere autorizzato dal giudice per le indagini preliminari¹²¹.

Oltre a ciò, con tale intervento normativo è stata introdotta anche una nuova fattispecie di reato. Nello specifico tale aggiunta è stata operata dall'articolo 3 della suddetta norma, il quale prevede che “Chiunque consapevolmente detiene gli atti, i supporti o i documenti di cui sia stata disposta la distruzione ai sensi dell'articolo 240 del codice di procedura penale è punito con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni”¹²², ed al secondo comma disciplina un aumento di pena nel caso in cui l'autore del reato rivesta la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. In ultimo, la norma, ha previsto una sanzione pecuniaria di matrice civilistica, la quale può essere richiesta a titolo di riparazione “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”, e viene quantificata in ordine ad ogni copia stampata o sulla base della “entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico”. In seguito, i commi successivi, oltre a disciplinare (nello specifico al comma 2), la legittimità ad agire e il termine di prescrizione, al comma 3 prevedono che l'azione sia esercitabile “senza pregiudizio di quanto il Garante per la protezione dei dati personali possa disporre ove accerti o inibisca l'illecita diffusione di dati o di documenti, anche a seguito dell'esercizio di diritti da parte dell'interessato”. Ed infine, al comma 4 viene disciplinata la modalità di liquidazione della somma qualora accanto all'azione di riparazione sia esperita anche l'azione di risarcimento del danno. Merita di essere evidenziato, inoltre, che tale norma oltre a procedere a modifiche molto rilevanti nel panorama dell'istituto in esame, è stata oggetto di un lungo dibattito sui meccanismi di produzione normativa all'interno del nostro ordinamento. Infatti, a meno di sessanta giorni dall'adozione del decreto-legge originario, si è sviluppato un intenso confronto parlamentare che, pur nella diversità di posizioni, ha evidenziato un orientamento condiviso volto a promuovere, in tempi rapidi, una riforma organica della disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali, la quale avrebbe dovuto includere anche l'introduzione di un organico apparato sanzionatorio all'interno del Codice penale.

¹²¹ Questa specificazione è stata introdotta in sede di conversione del decreto-legge, il quale inizialmente utilizzava la formula generica di “autorità giudiziaria”.

¹²² L. 20 novembre 2006 n.81, art.3 comma 1

Nonostante l'intesa sul piano politico, numerosi parlamentari, in particolare alla Camera, hanno segnalato le difficoltà tecniche connesse all'approvazione di un testo coerente, chiaro e sistematicamente solido in tempi così ristretti. Alla fine, la Camera ha approvato il testo già emendato dal Senato per evitare il rischio di un vuoto normativo in una materia particolarmente delicata. Tuttavia, non sono mancati rilievi critici, soprattutto da parte dei membri della Commissione Giustizia¹²³, i quali hanno espresso rammarico per l'impossibilità di intervenire ulteriormente sul testo, poiché qualsiasi modifica avrebbe comportato la decadenza del decreto.¹²⁴ In conclusione, va rilevato, quanto effettivamente l'istituto delle intercettazioni sia sempre stato al centro di dibattiti politici, dottrinali e giurisprudenziali, naturalmente in virtù delle sue premesse giuridiche estremamente controverse e notevolmente sensibili ai cambiamenti storici e tecnologici.

1.3. La riforma Orlando

L'assetto attuale della disciplina in materia di intercettazioni si configura come il risultato di un processo evolutivo stratificato, determinato dall'intreccio tra una molteplicità di interventi normativi succedutisi nel tempo e un consolidato corpo di elaborazione giurisprudenziale, come del resto evidenziato nei paragrafi precedenti. Tale interazione tra fonti legislative e interpretazioni giurisprudenziali ha progressivamente contribuito alla costruzione di un sistema regolatorio complesso e articolato, all'interno del quale l'istituto delle intercettazioni si colloca come strumento investigativo particolarmente delicato e sensibile, in ragione dell'impatto che esso comporta sui diritti fondamentali della persona. In questa prospettiva, risulta funzionale, proseguendo nell'analisi sistematica, ripercorrere sinteticamente le principali tappe normative che hanno inciso sull'evoluzione dell'istituto, a partire dalla cosiddetta "Riforma Orlando", la quale ha rappresentato un momento significativo di rinnovamento nel tentativo di armonizzare le esigenze investigative con le garanzie costituzionali.¹²⁵ Nel dettaglio, quando si parla

¹²³ Il riferimento è, in particolare, a quanto detto dal relatore Paolo Gambescia, il quale in sede di discussione sulle linee generali aveva rilevato come In un ordinamento bicamerale, appare problematico che una delle due Camere non possa intervenire su una norma che, in maniera trasversale e condivisa, viene riconosciuta come suscettibile di miglioramento.

¹²⁴ Cfr. M. Natale, *La nuova legge 20 Novembre 2006 n. 281 di conversione del decreto-legge 22 settembre 2006 n. 259, recante "Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche"*, in *associazione de icostituzionalisti.it*

¹²⁵ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

della c.d. Riforma Orlando, si fa riferimento al decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, pubblicato in Gazzetta Ufficiale l'11 gennaio 2018, in attuazione della legge delega 23 giugno 2017, n. 103¹²⁶. Il presupposto teorico e operativo da cui prendeva le mosse l'azione del legislatore delegato, nonché il fulcro applicativo intorno al quale si articolava l'intero impianto della nuova disciplina, consisteva, come sempre in tale materia, nell'intento di realizzare un delicato bilanciamento tra esigenze di efficienza investigativa e tutela dei diritti fondamentali della persona. In particolare, l'obiettivo era quello di preservare l'efficacia dei poteri di indagine attribuiti all'Autorità giudiziaria (in particolare nell'azione di contrasto ai diffusi fenomeni di criminalità organizzata ed ai ricorrenti radicati delitti contro la pubblica amministrazione), evitando di comprimerli sia sotto il profilo dell'*an* che del *quomodo*, e al contempo assicurare una protezione adeguata alla riservatezza delle comunicazioni, tanto dei soggetti terzi estranei al procedimento, quanto degli stessi indagati.

Tale esigenza emergeva con particolare evidenza nei casi in cui le attività di captazione avessero ad oggetto dati non pertinenti rispetto al tema investigativo, informazioni di natura strettamente personale o sensibile, ovvero ancora comunicazioni intercettate in modo fortuito e occasionale la cui registrazione risultasse espressamente vietata dalla legge. In tali ipotesi, il legislatore ha avvertito la necessità di predisporre specifiche cautele normative atte a impedire l'uso improprio o ingiustificato di tali contenuti, nel rispetto dei principi costituzionali in materia di riservatezza, dignità personale e proporzionalità dell'azione investigativa¹²⁷. La disciplina introdotta con tale intervento riformatore si è rivelata fin da subito particolarmente articolata e di non agevole interpretazione, soprattutto per quanto concerne il regime transitorio previsto per l'entrata in vigore delle nuove disposizioni. In particolare, le maggiori criticità sono emerse in relazione alla tempistica differenziata di applicazione delle norme, con specifico riferimento alla questione dell'efficacia della nuova regolamentazione in funzione della data di adozione dei provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni. Tale aspetto ha

¹²⁶ La legge delegava il Governo, tra le altre previsioni, a provvedere ad una riforma del processo penale in materia di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, individuando, fra gli altri, anche puntuali criteri direttivi con riguardo alle operazioni effettuate mediante immissione di captatori informatici (c.d. Trojan), C. Andreuccioli, *Dal Parlamento*, in *archiviopenale.it*

¹²⁷ Cfr. G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al D.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sistema Penale* 2/2020, pag. 113.

generato incertezze interpretative e applicative, poiché ha richiesto un'attenta ricostruzione del rapporto tra la normativa previgente e quella sopravvenuta, nonché un'esatta individuazione dei criteri temporali da seguire per stabilire quale disciplina risultasse applicabile nei singoli casi concreti. Per tale ragione merita di essere analizzata nel dettaglio e nelle sue differenze composite. In primo luogo, occorre menzionare la riforma della disciplina dell'istituto in esame, avvenuta con modifiche apportate sia su codice di rito che sulle norme di attuazione, le quali sono applicabili "alle operazioni di intercettazione relative ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo 180 giorni dall'entrata in vigore della norma"¹²⁸. Le modifiche già menzionate sono quelle previste dagli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 del decreto stesso le quali, per l'appunto, sono entrate in vigore il 27 luglio 2018. In secondo luogo, ulteriori modifiche, in particolare quelle previste dall'art.6 del d.lgs. in esame, che prevede l'equiparazione quasi totale del regime delle intercettazioni per i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione con pena non inferiore nel massimo a 5 anni di reclusione al regime delle intercettazioni per i reati di criminalità organizzata ed equiparati, oltre ad introdurre il delitto ex art.617 septies c.p.¹²⁹, di cui si è prevista l'entrata in vigore immediata, in data 26 gennaio 2018¹³⁰. Successivamente all'approvazione della riforma in materia di intercettazioni, il legislatore è intervenuto più volte per rinviarne l'effettiva applicazione, attraverso una serie di provvedimenti normativi volti a posticipare l'entrata in vigore delle nuove disposizioni. In un primo momento, l'operatività della disciplina è stata differita alle attività di intercettazione riferite a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 marzo 2019, secondo quanto stabilito dal decreto-legge n. 91 del 2018, successivamente convertito nella legge n. 108 dello stesso anno. Tuttavia, ulteriori interventi normativi hanno comportato nuovi rinvii: la legge n. 145 del 2018 ha fissato come nuovo termine

¹²⁸ Ai sensi dell'art.9 comma 1 del d.lgs. 29 dicembre 2017 n.216, di cui si riporta il testo integrale: "Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 4, 5 e 7 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto."

¹²⁹ Di seguito si riporta il testo dell'art.617 septies c.p.:" 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, è punito con la reclusione fino a quattro anni. La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva 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.

Il delitto è punibile a querela della persona offesa."

¹³⁰ La data naturalmente dipende dall'ordinario periodo di *vacatio legis*

iniziale il 1° agosto 2019, termine che è stato nuovamente prorogato dal decreto-legge n. 53 del 2019, convertito nella legge n. 77/2019, il quale ha posticipato l'efficacia delle nuove disposizioni al 31 dicembre 2019. Tale susseguirsi di rinvii ha reso evidente la difficoltà di introdurre la riforma in tempi certi e coerenti, anche alla luce delle complesse implicazioni operative e interpretative derivanti dal nuovo impianto normativo.

1.4. La controriforma del 2020

Quando si tratta di quella che viene notoriamente conosciuta come la “controriforma Bonafede”, ci si riferisce alla decretazione d'urgenza del 2019, con cui il legislatore, a distanza di soli due anni dalla riforma Orlando, interviene al fine di prorogare ulteriormente l'entrata in vigore delle suddette modifiche, alterandone tuttavia nuovamente alcuni contenuti. Innanzitutto, infatti, il d.l. 161/2019, convertito nella l. n.7/2020, ha posticipato l'entrata in vigore del d.lgs. 216/2017 al 1° marzo 2020, con lo scopo di rendere la norma più efficace da un punto di vista pratico, poiché si erano creati dei dubbi sull'applicazione intertemporale della suddetta norma soprattutto in relazione all'articolo 9 che prevedeva che la disciplina di applicasse alle intercettazioni i cui provvedimenti autorizzativi erano stati emessi dopo il 31 dicembre 2019. Pertanto, la decretazione d'urgenza ha modificato questo articolo prevedendo che la nuova normativa si applicasse in riferimento alla data di iscrizione del procedimento penale e non alla data del provvedimento autorizzativo. Naturalmente data la proroga della data in cui tale disciplina sarebbe entrata in vigore, è stato previsto che si applicasse ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020. La norma, tuttavia, risolve solo parzialmente il problema, poiché sicuramente rende meno complessa l'applicazione delle nuove previsioni in virtù del fatto che perlomeno all'interno dello stesso procedimento non si debbano applicare norme diverse ai diversi provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni. Ma, certamente, non risolve tutti i problemi di applicazione intertemporale poiché insistono comunque procedimenti penali a cui si applica la disciplina previgente e procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio a cui si applica la disciplina appena entrata in vigore. Ovviamente resta in questo ambito chiara l'applicazione del principio della successione temporale tra le norme, che è una

conseguenza connaturata all'entrata in vigore di nuove previsioni legislative.¹³¹ La nuova disciplina interviene in maniera sostanziale sull'assetto previgente, procedendo a una completa riformulazione del contenuto dell'art. 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale. Tale disposizione, nella sua precedente formulazione, prevedeva un espresso divieto di trascrizione – anche in forma sommaria – delle conversazioni intercettate qualora risultassero irrilevanti rispetto alle esigenze investigative, oppure contenessero dati personali qualificabili come sensibili ai sensi della normativa vigente. A tale divieto si affiancava, tuttavia, la possibilità per il pubblico ministero, disciplinata dal successivo comma 2-ter (parimenti abrogato), di derogare a tale esclusione nei casi in cui ritenesse che tali conversazioni assumessero comunque rilevanza ai fini probatori. Ciò valeva tanto per i contenuti altrimenti ritenuti “irrilevanti”, quanto per quelli contenenti dati sensibili, qualora risultassero necessari a fini di prova. Con il nuovo intervento normativo, vengono definitivamente superati i rigidi vincoli imposti dal decreto legislativo n. 216 del 2017 in materia di trascrivibilità, introducendo un approccio maggiormente flessibile e funzionale alle esigenze investigative, pur nel rispetto delle garanzie individuali. In particolare, viene eliminato il meccanismo automatico di selezione del materiale intercettato da parte della polizia giudiziaria e viene invece attribuito al pubblico ministero un ruolo attivo e centrale nella gestione delle intercettazioni. A quest'ultimo è infatti demandato un dovere di vigilanza sostanziale, con l'obbligo di fornire istruzioni operative alla polizia giudiziaria e di assicurare che nei verbali non vengano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone coinvolte o riferimenti a dati personali qualificati come sensibili, salvo che tali elementi risultino effettivamente rilevanti ai fini dell'indagine.¹³² Su tali modifiche, va rilevato che, come sostenuto da autorevole dottrina¹³³, vi sia stato un totale cambio di rotta rispetto a quanto previsto dal legislatore del 2017. Infatti, se l'intento della riforma Orlando era pressoché garantista, imponendo specifiche restrizioni nell'ambito della valutazione delle captazioni trascrivibili, e dunque rilevanti, la controriforma del 2019 compie dei passi

¹³¹ Cfr. G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al D.l. 30 dicembre 2019 n.161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sistema Penale* 2/2020, pag. 118.

¹³² Cfr. art. 2 comma 1 lett. e) n. 1) d.l. n. 161/2019.

¹³³ Cfr. G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al D.l. 30 dicembre 2019 n.161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sistema Penale* 2/2020, pag. 121.

indietro, i quali però seppur rimandino alla previgente disciplina del 1988 possono avere una loro ratio sistematica. Ciò si spiega in ragione del fatto che, non accade di rado, che le trascrizioni delle intercettazioni, relative a conversazioni spesso frazionate e incomplete, assumano un quadro logico, da cui se ne può desumere una rilevanza probatoria, solo nella fase finale delle indagini, quando vengono osservate con uno sguardo d'insieme. Pertanto, sembrava controproducente imporre grandi restrizioni nel momento della trascrizione delle stesse, in cui vi possono essere elementi che non vengono ancora compresi come rilevanti, poiché, come già detto, provenienti da conversazioni frazionate e, molto spesso, apparentemente scollegate tra loro. La decretazione d'urgenza ha poi apportato anche modifiche che hanno avuto come obiettivo principale quello di aggiornare disposizioni divenute ormai anacronistiche a causa dell'evoluzione tecnologica. Il riferimento in questo caso è la sostituzione, all'articolo 242 c.p.p. e 89 disp. Att. C.p.p.¹³⁴, del termine ormai desueto di "nastri magnetofonici" con il termine "registrazioni"¹³⁵. Un'ulteriore modifica riguarda il c.d. "archivio riservato delle intercettazioni", nel cui ambito almeno sotto il profilo formale e in modo non del tutto giustificabile, è stato eliminato il riferimento esplicito al carattere "riservato" dell'archivio contenente gli atti relativi alle intercettazioni. Allo stesso modo, non vengono più espressamente qualificati come "coperti da segreto" i verbali, le registrazioni e gli altri documenti conservati all'interno di tale archivio, segnando un arretramento sul piano della tutela formale della riservatezza degli atti. In particolare, il legislatore è intervenuto modificando l'art. 267, comma 5, del codice di procedura penale, norma che già nella sua originaria formulazione del 1988 disciplinava l'istituzione di un registro riservato presso l'ufficio del pubblico ministero, nel quale andavano custoditi i provvedimenti di autorizzazione, convalida o proroga delle intercettazioni, nonché annotati l'inizio e la conclusione delle relative operazioni. La nuova disciplina ha assorbito parte delle previsioni contenute nel precedente art. 89-bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, che pure è stato mantenuto, seppur riformulato. Tra le novità introdotte, si segnala l'esplicita possibilità di gestione dell'archivio anche mediante strumenti informatici, nonché una maggiore puntualizzazione circa la sua collocazione e gestione: l'archivio, infatti, non è più genericamente riferito all'ufficio del

¹³⁴ In questo caso è stata modificata anche la rubrica della norma, che in base alla modifica recita: "verbale e registrazioni delle intercettazioni"

¹³⁵ Sul punto v. art.2 comma 2 lett. a) d.l. n.161/2019

pubblico ministero, ma viene ora indicato come “tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica”. Tale precisazione appare finalizzata a rafforzare la responsabilità diretta del vertice dell’ufficio requirente nella custodia e nel controllo degli atti intercettativi, pur a fronte della perdita delle formule espressive di segretezza che connotavano la disciplina precedente. Ovviamente, all’interno di questo testo si riportano solo alcune delle numerose modifiche intervenute con l’entrata in vigore di questa norma e, nello specifico, quelle che appaiono più rilevanti. In ultimo, infatti, trattando di un aspetto fondamentale di questi decreti, ossia quello che attiene al differimento dell’operatività della disciplina della Riforma Orlando, va menzionato un ultimo intervento legislativo, consistente nel d.l. 28/2020 convertito nella l. n.70/2020. Tale decreto, invero, ha nuovamente differito l’entrata in vigore della riforma, già modificata, di cui è stata prevista l’applicazione ai procedimenti penali iscritti a partire dal 1° settembre 2020. Dunque, Al momento attuale, la disciplina in materia di intercettazioni è regolata, in via definitiva, dalla legge n. 7 del 2020, la quale ha convertito con modificazioni il decreto-legge n. 28 del 2020: tale intervento ha dato luogo a un articolato intreccio legislativo che, per molti aspetti, può essere considerato una vera e propria “controriforma” rispetto all’impianto originario delineato dal decreto legislativo n. 216 del 2017, noto anche come “Riforma Orlando”. Quest’ultimo, infatti, pur essendo stato formalmente approvato, non è mai entrato pienamente in vigore, in quanto la sua applicazione è stata sistematicamente rinviata nel tempo da una serie di proroghe e modifiche successive. Ne risulta, dunque, un quadro normativo frammentato e in parte contraddittorio, che ha finito per riorientare sensibilmente l’equilibrio tra esigenze investigative e garanzie difensive.¹³⁶

1.5. Le modifiche del d.l.105/2023

In data 4 ottobre 2023, il Senato della Repubblica, mediante il ricorso alla questione di fiducia, ha proceduto all’approvazione definitiva del disegno di legge n. 897, concernente la conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge n. 105/2023. Il testo approvato corrisponde a quello precedentemente licenziato dalla Camera dei Deputati, senza ulteriori emendamenti. Il provvedimento legislativo in questione reca una serie di

¹³⁶ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

disposizioni eterogenee, intervenendo in maniera trasversale su ambiti strategici per il sistema istituzionale e sociale del Paese. In particolare, esso contiene norme in materia di processo penale e processo civile, misure di contrasto agli incendi boschivi, interventi volti al recupero e al reinserimento di soggetti affetti da tossicodipendenze, nonché disposizioni relative ai settori della salute pubblica, della promozione culturale, e alla gestione del personale della magistratura e della pubblica amministrazione. Tale decreto, nell'ambito del processo penale è intervenuto modificando anche parte della disciplina sulle intercettazioni. In primo luogo, infatti, va sottolineato che l'intervento in questo settore era stato ispirato dalla volontà da parte del legislatore di chiarire, direttamente mediante una norma, un problema interpretativo su cui si iniziava a profilare un contrasto giurisprudenziale.¹³⁷ Nello specifico, si tratta dell'art.13 del d.l. 152/1991, nel quale veniva disciplinata la disciplina derogatoria, in materia di intercettazioni, per i reati di criminalità organizzata. La disciplina è tuttavia rimasta la medesima, poiché il legislatore ha confermato quanto era stato già sancito in merito dalle Sezioni Unite nel 2016¹³⁸, prevedendo, al comma 1, che “Le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, si applicano anche nei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 452-quaterdecies e 630 del codice penale, ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”¹³⁹, ed al comma 2 che “La disposizione del comma 1 si applica anche nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto”¹⁴⁰. Oltre a ciò, però, occorre sottolineare che la l.137/2023, con il quale è stato convertito, ha apportato ulteriori modifiche anche sulla disciplina generale. Nel dettaglio, vengono introdotte modifiche rilevanti agli articoli 267, 268 e 270 del codice di procedura penale, con un rafforzamento delle garanzie giurisdizionali e della tutela della riservatezza. In primo luogo, è stato previsto che il decreto di autorizzazione del giudice per le indagini preliminari relativo all'utilizzo del captatore informatico debba contenere una valutazione autonoma e concreta circa la

¹³⁷ Cfr. F. Lazzeri, *Convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 105/23: novità in materia di intercettazioni, incendio boschivo, ambiente e 231*, in *Sistema Penale*, 5 ottobre 2023.

¹³⁸ Nello specifico si tratta della pronuncia n. 26889/19, nota come Sezioni Unite Scurato.

¹³⁹ Art.1 co.1 d.l. 105/2023

¹⁴⁰ Art.1 co.2 d.l. 105/2023

necessità del suo impiego, intensificando così il controllo giudiziale preventivo. In secondo luogo, la disciplina della verbalizzazione delle intercettazioni è stata rivista al fine di limitarne il contenuto ai soli elementi rilevanti ai fini investigativi, includendo anche quelli favorevoli all'indagato. Viene espressamente esclusa la possibilità di trascrivere conversazioni irrilevanti, per le quali deve essere riportata una dicitura standard che ne attesti l'inutilità ai fini delle indagini. Parallelamente, il pubblico ministero è ora tenuto a vigilare in modo più stringente sul rispetto del divieto di trascrizione di contenuti non pertinenti o riguardanti aspetti della vita privata degli interlocutori. Un ulteriore intervento concerne l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state autorizzate. La novella ha soppresso la disposizione che consentiva tale utilizzabilità per i reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p., reintroducendo la necessità che si proceda per delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Si tratta di una scelta normativa restrittiva, che ripristina un'impostazione più rigorosa e potrebbe incidere sull'interpretazione giurisprudenziale precedente. Infine, il decreto contiene previsioni, di natura prevalentemente tecnica, volte a disciplinare la realizzazione di infrastrutture digitali centralizzate per la gestione, esecuzione e conservazione delle intercettazioni, rinviando a successivi decreti ministeriali per la regolamentazione attuativa.¹⁴¹

1.6. Le ultime novità normative: il d.d.l. Nordio

Con la l. 9 agosto 2024 n.114¹⁴², recante "Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare", è stato approvato il d.d.l. n.808, c.d. d.d.l. Nordio. Per quanto concerne il tema qui esaminato, è opportuno menzionare che questa norma ha apportato alcune modifiche, in un'ottica di rinnovato garantismo, anche alla disciplina processuale delle intercettazioni. La ratio retrostante a tale scelta normativa appare essere quella di garantire maggiore riservatezza ai soggetti sottoposti alle captazioni, mediante degli interventi mirati in ordine possibilità di pubblicazione delle stesse, alla disciplina del deposito e utilizzo delle

¹⁴¹ Cfr. F. Lazzeri, *Convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 105/23: novità in materia di intercettazioni, incendio boschivo, ambiente e 231*, in *Sistema Penale*, 5 ottobre 2023.

¹⁴² Nello specifico la norma è stata pubblicata nella G.U. n.187 del 10 agosto 2024, ed è entrata in vigore il 25 agosto 2024. Alcune disposizioni, ossia quelle relative alla composizione collegiale del giudice per l'applicazione della custodia cautelare in carcere entreranno in vigore il 25 agosto 2026.

intercettazioni come fondamento per le richieste di misure cautelari, oltre ad indicazioni sulla protezione della riservatezza delle comunicazioni con i difensori¹⁴³. Anche questa novella legislativa, come già avvenuto in precedenza¹⁴⁴, si concentra sull'articolo 268 e dunque, nello specifico, sulla disciplina della verbalizzazione delle intercettazioni e, soprattutto, sulla rilevanza delle comunicazioni ai fini delle indagini. Il legislatore, infatti, ha sempre cercato, in tale matrice giustamente garantista, di focalizzare l'attenzione e conseguentemente le diverse specificazioni effettuate con le modifiche normative, sul suddetto elemento della rilevanza. È dunque essenziale, al fine di rispettare i principi costituzionali sottostanti all'istituto in esame, che l'ordinamento non consenta la pubblicazione e la verbalizzazione di comunicazioni o conversazioni riservate, qualora il motivo di tale lesione del diritto alla riservatezza non sia controbilanciato da un ulteriore fondamento giuridico, quale quello della necessaria repressione dei reati e, dunque, qualora non siano rilevanti ai fini di tale precetto fondante. Entrando nel dettaglio delle modifiche effettuate, va notato che, se già precedentemente¹⁴⁵ era stata tipizzata questa doppia fase di controllo, prima da parte della polizia giudiziaria e poi da parte dell'organo requirente, sulla rilevanza delle intercettazioni ai fini delle indagini, il disegno di legge ivi analizzato ne rimarca la disciplina. Dunque, ciò avviene mediante una ulteriore specificazione al comma 2- bis dell'art. 268, e nello specifico con l'aggiunta dell'inciso “nonché quelle che consentono di identificare soggetti diversi dalle parti salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini”, al testo della norma che già prevedeva il controllo del pubblico ministero al fine di verificare l'assenza di “espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano fatti e circostanze afferenti alla vita privata degli interlocutori” all'interno dei verbali redatti dalla polizia giudiziaria. In tale

¹⁴³ Cfr. C. Parodi, *Ddl Nordio: cosa cambia in tema di intercettazioni*, in *ius penale*, 11 luglio 2024.

¹⁴⁴ A tal proposito va ricordato che il comma 2-ter dell'art. 1 del d.l. 105/2023, convertito con modificazioni nella legge 137/2023, ha inciso sulla disciplina della verbalizzazione delle intercettazioni, modificando i commi 2 e 2-bis dell'art. 268 c.p.p. In particolare, ha previsto che nei verbali della polizia giudiziaria siano trascritte, anche in forma sommaria, solo le conversazioni rilevanti ai fini investigativi, incluse quelle favorevoli all'indagato. Le comunicazioni irrilevanti, invece, non possono essere trascritte né menzionate, dovendosi indicare espressamente che «la conversazione omessa non è utile alle indagini». A garanzia dell'effettività di tali limiti, è stato riformulato anche il comma 2-bis, imponendo al pubblico ministero l'obbligo di verificare il rispetto del divieto di trascrizione delle conversazioni non pertinenti e sostituendo il riferimento ai “dati sensibili” con un criterio più ampio, relativo a fatti e circostanze attinenti alla vita privata degli interlocutori. In tema si veda: A. Apollonio, *D.d.l. Nordio in materia di intercettazioni: l'ennesima ombra gettata sull'operato del pubblico ministero (e l'ennesimo passo verso la separazione delle carriere)*, in *Giustizia Insieme*, 27 maggio 2024.

¹⁴⁵ Il riferimento è alla l.137/2023

ambito sono sorti dei dubbi, che appaiono coerenti, in ordine alla problematicità del divieto di identificazione di soggetti estranei alla conversazione. Infatti, se è pur vero che al termine del comma 2-bis dell'articolo 268 c.p.p. è presente una formula conclusiva, che si potrebbe definire come una formula d'uscita, la quale recita "salvo che non risultino rilevanti ai fini delle indagini", è anche vero, come già ribadito in precedenza, che tale rilevanza potrebbe essere complessivamente valutata solo al termine delle indagini, quando per ragioni processuali non è più possibile identificare gli individui¹⁴⁶. Del resto, in univoca direzione di convincimento, si inserisce anche la modifica di cui al comma 6 dell'art.268 c.p.p., nella quale l'onere di vagliare tale rilevanza viene spostato in capo al giudice delle indagini preliminari, il quale, ai sensi della suddetta previsione normativa, dovrà procedere "anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali o soggetti diversi dalle parti, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza"¹⁴⁷. Per quanto concerne le ulteriori modifiche, esse sembrano incentrarsi sull'importanza che il giudice, nel valutare la sussistenza degli elementi per emettere atti endoprocedimentali che incidono sulla libertà personale, possa avere un quadro chiaro e completo degli atti, al netto del principio di riservatezza in nome del quale determinati elementi non dovrebbero essere verbalizzati. Ed è per queste ragioni che nelle modifiche agli articoli 291 e 292 c.p.p., ed in particolare quando si tratta della riproduzione dei brani delle intercettazioni per la richiesta delle misure cautelari e quindi all'interno dell'ordinanza cautelare è stato espressamente previsto che il giudice possa utilizzare e trascrivere nel proprio provvedimento tali "brani" solo quando gli stessi siano assolutamente indispensabili a fondare il proprio convincimento. Sono infatti presenti anche in tali ambiti i divieti di riproduzione degli elementi non rilevanti ai fini delle indagini o dove siano identificati soggetti estranei alla conversazione, pur essendo però presenti due formule, nello specifico la formula del "salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione"¹⁴⁸ all'art.291 e "salvo che ciò sia indispensabile alla compiuta esposizione degli elementi rilevanti"¹⁴⁹ all'art.292. ed è pertanto chiaro che in tale ambito anche il legislatore del

¹⁴⁶ Sul punto v. A. Apollonio, *D.d.l. Nordio in materia di intercettazioni: l'ennesima ombra gettata sull'operato del pubblico ministero (e l'ennesimo passo verso la separazione delle carriere)*, in *Giustizia Insieme*, 27 maggio 2024.

¹⁴⁷ Art. 268 comma 6 c.p.p.

¹⁴⁸ Nello specifico si tratta del comma 1-ter dell'art.291

¹⁴⁹ Nello specifico si tratta del comma 2- quater dell'art. 292

d.d.l. Nordio si sia trovato di fronte ad una necessaria contemperazione di interessi tra il diritto alla riservatezza e la completezza delle indagini, la quale del resto rimanda ad ulteriori diritti fondamentali, quali la libertà o l'esercizio di diritti o facoltà della persona, che sarebbero inesorabilmente lesi da provvedimenti cautelari basati su un quadro d'indagine non esaustivo e completo. In ultimo, va menzionata la modifica, di grande rilevanza, apportata dalla novella legislativa all'art. 114 comma 2- bis. Tale articolo, rubricato "Divieto di pubblicazione di atti o immagini", disciplina un settore particolarmente complesso, dove nuovamente si vedono contrapposti interessi differenti, quali quello della libertà di informazione e quello della riservatezza in riferimento ad atti del procedimento penale. Il legislatore, in questo caso ha modificato il divieto relativo alla pubblicazione del contenuto delle intercettazioni, restringendo la possibilità di diffusione di quest'ultimo a due casi tassativamente enunciati: il caso in cui sia riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento e il caso in cui sia utilizzato nel corso del dibattimento. In merito al primo caso va sicuramente detto che la ratio attiene al fatto che la rilevanza del contenuto di quelle intercettazioni sia insita all'interno del loro apporto nell'ambito della motivazione del provvedimento, il quale può essere definitivo come una sentenza, ma anche temporaneo quale un'ordinanza di custodia cautelare. Parallelamente, al fine di garantire una maggiore effettività al divieto di pubblicazione delle intercettazioni irrilevanti, già esaminato nei precedenti interventi normativi, il legislatore è intervenuto anche sul piano dell'accessibilità alle fonti documentali, limitando l'accesso da parte di soggetti terzi. In particolare, si è inteso inibire l'utilizzo del canale informativo istituzionale, rappresentato dalla possibilità, per soggetti estranei al processo, inclusi gli operatori dell'informazione, di ottenere copia degli atti contenenti conversazioni coperte da divieto di pubblicazione. A tal fine, è stato modificato l'articolo 116, comma 1, del codice di procedura penale, con l'introduzione di un nuovo periodo che recita: «Non può comunque essere rilasciata copia delle intercettazioni di cui è vietata la pubblicazione ai sensi dell'articolo 114, comma 2-bis, quando la richiesta è presentata da un soggetto diverso dalle parti e dai loro difensori». Tale previsione, tuttavia, appare di portata limitata, in quanto non impedisce agli organi di stampa o ad altri soggetti interessati di accedere alle intercettazioni attraverso canali alternativi e meno formalizzati, rispetto a quelli regolati dal codice. In tal modo, la misura rischia di produrre un'efficacia parziale, circoscritta al solo circuito ufficiale di rilascio delle copie, senza

riuscire a incidere in modo sostanziale sul fenomeno, ben noto, della diffusione mediatica di atti d'indagine coperti da segreto o comunque non ancora divulgabili.¹⁵⁰

2. Le tipologie di intercettazione

Nell'affrontare lo studio dell'istituto delle intercettazioni, risulta imprescindibile soffermarsi sulle distinte tipologie che lo compongono, in quanto ciascuna presenta caratteristiche specifiche e un proprio regime normativo di riferimento. All'interno dell'ordinamento processuale penale italiano, le intercettazioni possono essere suddivise in tre principali categorie, corrispondenti alle intercettazioni telefoniche, ambientali e informatiche, ciascuna delle quali costituisce una species ben definita del più ampio genus delle attività investigative fondate sulla captazione di comunicazioni. Le prime due forme, le quali consistono nelle intercettazioni telefoniche e ambientali, trovano la loro disciplina nell'articolo 266 del codice di procedura penale, mentre le intercettazioni informatiche, introdotte con un intervento normativo successivo¹⁵¹, volto ad adeguare la legislazione alle evoluzioni tecnologiche e all'uso crescente dei mezzi digitali, sono regolate dal successivo articolo 266-bis c.p.p. Nel dettaglio, per intercettazioni telefoniche si intendono quelle attività investigative che consistono nella captazione e acquisizione delle comunicazioni realizzate attraverso il telefono o altri strumenti di trasmissione vocale o dati, anche in modalità telematica. Esse rappresentano una delle tecniche più tradizionalmente impiegate nell'ambito delle indagini penali, soprattutto nei casi di criminalità organizzata, terrorismo e reati contro la pubblica amministrazione. Le intercettazioni ambientali, invece, si riferiscono alla captazione di colloqui o suoni che si svolgono in un determinato ambiente, generalmente chiuso, senza che i presenti ne siano consapevoli. Tali intercettazioni presuppongono l'installazione preventiva di microfoni o dispositivi idonei alla registrazione, in luoghi frequentati dal soggetto sottoposto ad indagine. Infine, le intercettazioni informatiche, anche note come captazioni telematiche, si riferiscono all'acquisizione di flussi di comunicazioni che transitano su sistemi informatici o telematici, come computer, server, smartphone e piattaforme digitali. Questo tipo di intercettazione risponde all'esigenza investigativa di monitorare l'attività

¹⁵⁰ Cfr. F. Porcu, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *Riv. Pen. Dir. e Proc.*, 2 agosto 2023

¹⁵¹ Nel dettaglio la norma è stata introdotta dall'art.11 della l.23 dicembre 1993, n.547

digitale dei soggetti indagati, specialmente in contesti in cui la comunicazione avviene attraverso applicazioni di messaggistica o servizi criptati. L'inquadramento sistematico di queste tre categorie è essenziale per comprendere la portata, le condizioni di legittimità e i limiti di utilizzabilità delle intercettazioni nel processo penale, anche alla luce delle più recenti riforme normative e degli orientamenti giurisprudenziali.

2.1. Le intercettazioni telefoniche

Al fine di trattare questa specifica tipologia di intercettazione, occorre primariamente osservare come essa sia la forma più classica in cui tale mezzo di ricerca della prova può configurarsi. Tuttavia, se originariamente il telefono rappresentava il mezzo di comunicazione più comune, ad oggi gli sviluppi tecnologici e l'utilizzo di altri metodi di comunicazione vocale scollegati dal tradizionale strumento del telefono, ne hanno reso complessa la differenziazione con altre tipologie specifiche di intercettazioni, quali quelle informatiche. Tale suddivisione è però essenziale, soprattutto in virtù del fatto che le due species siano disciplinate da norme diverse, che consistono, come già menzionato, nell'art. 266 c.p.p. per quanto concerne le intercettazioni telefoniche, e nell'art.266-bis c.p.p. per l'ambito delle intercettazioni informatiche o telematiche. Pertanto, è necessario innanzitutto sottolineare che rientrano nella nozione di intercettazione telefonica tutte quelle captazioni che hanno ad oggetto una conversazione o una comunicazione vocale, a prescindere dal suo tramite, che può essere costituito da un telefono fisso o mobile o dalla rete internet. Al contrario, si applica l'art.266-bis e, dunque, rientrano nel novero delle intercettazioni informatiche tutte quelle captazioni il cui oggetto è rappresentato da un flusso di dati¹⁵². Tuttavia, vi sono delle specificazioni da effettuare, come ad esempio quella riferita agli SMS, i quali pur essendo trasmessi mediante un cellulare, rientrano nella disciplina delle intercettazioni telematiche, poiché si tratta comunque di un flusso di bit in transito nell'ambito di un sistema telematico¹⁵³, o le problematiche riguardanti l'utilizzo di sistemi di comunicazione che si avvalgono di crittografia e non sono intercettabili tramite l'utilizzo delle normali apparecchiature, bensì mediante dei

¹⁵² Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.52.

¹⁵³ Sul punto v. C. Parodi, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, G. Giappichelli, Torino, 2002, pag.74

programmi- spia che agiscono tra il microfono e la scheda audio¹⁵⁴. In questi casi, anche se si tratta di comunicazioni vocali, la disciplina applicabile sarà nuovamente quella delle intercettazioni informatiche di cui all'art. 266-bis. Ovviamente, anche per le intercettazioni telefoniche vengono utilizzati strumenti di captazione specifici, i quali non solo devono essere regolati dalle norme, ma il loro utilizzo e dunque la materiale esecuzione dell'intercettazione deve avvenire secondo quanto previsto dall'atto autorizzativo dell'autorità giudiziaria, nonché mediante l'utilizzo di impianti presso la Procura della Repubblica come previsto dall'art.268 comma 3 del codice di procedura penale.

2.2. Le intercettazioni ambientali

Per intercettazioni ambientali si intendono tutte quelle captazioni che hanno ad oggetto conversazioni tra presenti; dunque, dove non è presente il mezzo di comunicazione elettronico, quale può essere il telefono o altri strumenti informatici, che caratterizza le altre due macrocategorie di intercettazioni. La disciplina codicistica di riferimento è l'art.266 comma 2 c.p.p. che recita quanto segue: “Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del Codice penale, l'intercettazione è consentita [295 comma 3-bis] solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa [103 5; 615 bis c.p.]”¹⁵⁵. Dunque, bisogna innanzitutto evidenziare che la norma riporta al primo comma dell'art.266, e dunque ai casi tassativi previsti dal legislatore in cui sono ammesse le intercettazioni conversazioni o comunicazioni telefoniche. In secondo luogo, ciò che emerge chiaramente dalla lettura dell'articolo è anche la suddivisione di questa species di attività captative in due sottocategorie, il cui discrimen consiste nel luogo in cui esse vengono effettuate. Infatti, nella prima parte la norma parla delle intercettazioni ambientali senza riferimenti specifici ai luoghi in cui esse avvengono, riferimento che invece emerge nella descrizione della seconda categoria dove vi è un rimando ai luoghi previsti dall'art.614 c.p., dunque il luogo

¹⁵⁴ Cfr. M. Trogu, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in *Processo pen. e giust.*, 2014, p. 102-103.

¹⁵⁵ Art. 266 comma 2 c.p.p.

di abitazione, gli altri luoghi di privata dimora e le appartenenze di questi. In questo secondo caso, invero, il legislatore prevede un ulteriore limite di ammissibilità per l'esperimento del mezzo di ricerca della prova in esame, ossia un fondato motivo di ritenere che il luogo in oggetto sia verosimilmente il luogo in cui viene effettivamente svolta l'attività criminosa.¹⁵⁶ Innanzitutto è necessario evidenziare che la norma non fa riferimento al domicilio, bensì effettua un rimando all'art.614 del codice penale, sulla cui interpretazione si sono susseguiti non pochi contrasti¹⁵⁷. Infatti, le problematiche hanno sempre riguardato l'interpretazione estensiva o restrittiva del concetto di privata dimora di cui al suddetto articolo e nello specifico i requisiti che devono sussistere affinché un luogo venga definito come tale. Alla luce degli ultimi orientamenti giurisprudenziali¹⁵⁸, si può ritenere che per parlare di privata dimora è necessario che concorrano tre requisiti, i quali consistono nella titolarità del soggetto che si serve del luogo nell'esercizio dello ius excludendi alios, dunque della possibilità di impedire che altri soggetti vi accedano, in secundis dello scopo dei luoghi, in riferimento al fatto che il titolare se ne deve servire per lo svolgimento di attività di natura personale, e, in ultimo, è necessario che vi sia un rapporto di stabilità tra il titolare del luogo e il luogo stesso, tale che questa relazione giustifichi una tutela del luogo anche quando il soggetto è assente. Con riferimento al criterio della stabilità o transitorietà del rapporto con il luogo, è stato osservato che la casa di abitazione si caratterizza per un legame stabile e continuativo tra lo spazio fisico e il soggetto che vi dimora, in quanto sede ordinaria della vita privata. Diversamente, nei luoghi di privata dimora diversi dall'abitazione in senso stretto, la permanenza del soggetto può assumere natura occasionale o temporanea, purché finalizzata allo svolgimento di attività riconducibili alla sfera privata e personale. In questa prospettiva, il concetto di privata dimora assume una portata più ampia rispetto a quello di casa di abitazione, ricomprendendo ogni luogo, pur non stabilmente frequentato, dove il soggetto si trattiene, anche in via momentanea, per compiere atti attinenti alla propria vita

¹⁵⁶ È utile notare, come verrà approfondito nei paragrafi successivi, come tale elemento in più non sia invece richiesto quando si tratta di reati di criminalità organizzata e assimilati di cui all'art. 51 comma 3 bis e 3 quater cpp sia ivi non ricompreso – applicandosi in tali casi le disposizioni di cui all'art. 13, comma 1 seconda parte, D.L. 13 maggio 1991 n. 152 conv. in L. 12 luglio 1991, n. 203, nonché nel caso in cui l'attività di captazione pertenga a delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la P.A. per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 cpp, ai quali si applicano pure le disposizioni previste dalla l. 3 /2019.

¹⁵⁷ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

¹⁵⁸ Sui diversi requisiti si vedano: Cass. Pen., 20.12.1991, n. 5032, Marsella.; Corte Cost., sentenza del 16.4.2008, n. 149; Cass. Pen., Sez. Un., 28.3.2006, 26795, Prisco.

privata.¹⁵⁹ Trattando del tema della privata dimora, è certamente interessante rilevare la posizione giurisprudenziale sulla qualificazione dell'abitacolo dell'autovettura come privata dimora. Infatti, pur essendo emerso che il concetto di privata dimora presenta dei margini più estesi rispetto alla sola abitazione, la giurisprudenza ad oggi sembra pacifica nel ritenere che l'abitacolo di una autovettura non incarni le tre caratteristiche tipizzate dalla giurisprudenza¹⁶⁰ per poter identificare un luogo come privata dimora. Tuttavia, nel corso degli anni non sono mancate pronunce che si sono orientate in senso contrario, tra cui una nota sentenza del 1998¹⁶¹, che ha valutato l'abitacolo di una autovettura come luogo di privata dimora. Sul punto sono poi intervenute le Sezioni Unite Floris¹⁶², che basandosi sull'orientamento maggioritario, che ne escludeva la suddetta qualificazione, lo hanno ribadito ammettendo unicamente la possibilità di una valutazione caso per caso, stante la possibilità molto rara che in via eccezionale l'autovettura possa essere definita come tale. Tuttavia, la prospettiva muta qualora si tratti di un camper, per sua natura costruito come luogo di dimora¹⁶³ e dunque fornito di tutte le caratteristiche di vivibilità tipiche di una abitazione. Pertanto, ad oggi, l'ulteriore requisito di ammissibilità previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p. non trova applicazione con riferimento all'abitacolo dell'autovettura, a meno che questa non sia un camper, utilizzabile come luogo di privata dimora.¹⁶⁴

Dunque, una volta affrontato il tema dei luoghi di cui si parla all'interno della seconda parte del comma 2 dell'art.266 c.p.p., è necessario soffermare l'analisi sul requisito richiesto dal legislatore affinché le captazioni vengano effettuate nei suddetti luoghi privati, ossia il fondato motivo di ritenere che ivi si svolga l'attività criminosa: occorre innanzitutto sottolineare che la norma fa riferimento al fondato motivo di ritenere, escludendo dunque la necessità che vi sia effettivamente lo svolgimento di detta attività criminosa. Infatti, come sancito dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶⁵, è sufficiente che tale ipotesi possa, sulla base di una valutazione ex ante, essere ragionevolmente ritenuta sussistente al momento dell'adozione del provvedimento autorizzativo relativo

¹⁵⁹ Sul punto v. Cass. Pen., 17.09.2003, n.43671.

¹⁶⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 23.3.2017, n. 31345.

¹⁶¹ Cass. Pen., 12.3.1998, n. 1831, Zagaria.

¹⁶² Cass. Pen., Sez. Un., 26.6.2014, n. 32697.

¹⁶³ Cass. Pen., 12.1.2015, n. 7204

¹⁶⁴ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

¹⁶⁵ Cass. Pen., 12.12.1994, n. 1367.

all'esecuzione delle operazioni. Pertanto, non si tratta neanche della situazione descritta dall'art. 382 comma 1¹⁶⁶ del codice di procedura penale, poiché non è richiesta una situazione di flagranza di reato, anche in ragione del fatto che essa impone che vi sia una certezza della effettività della commissione del reato, la quale nell'articolo qui esaminato risulta sufficiente anche solo se potenziale. In ultimo, occorre dire che con riferimento all'ambito applicativo del principio secondo cui l'attività di intercettazione deve essere finalizzata all'accertamento di una "attività criminosa in atto", la giurisprudenza di legittimità ha offerto importanti chiarimenti interpretativi. In particolare, una pronuncia della Corte di Cassazione¹⁶⁷ ha precisato che, ai fini della verifica della sussistenza di tale presupposto, non può ritenersi esclusa la legittimità dell'intercettazione per il solo fatto che l'attività criminosa oggetto della captazione risulti diversa o ulteriore rispetto a quella già emersa nel corso delle pregresse attività investigative. Tale interpretazione valorizza una lettura molto più ampia del concetto di "attività criminosa in atto", la quale, proprio in virtù della sua formulazione aperta, consente l'attivazione del mezzo investigativo anche in presenza di ipotesi di reato non ancora del tutto emerse, ma comunque con carattere di attualità, nonostante esse possano presentarsi come differenti rispetto ad un quadro indiziario precedente. Inoltre, occorre precisare che delle intercettazioni ambientali mediante captatore informatico si parlerà nel capitolo successivo.

2.3. L'agente segreto attrezzato per il suono e il posizionamento dello strumento d'ascolto nella species delle intercettazioni ambientali

Un elemento di studio che risulta rilevante e particolarmente interessante nella trattazione delle tipologie di attività di captazione, è la problematica riguardante l'inquadramento del c.d. agente segreto attrezzato per il suono all'interno di una fattispecie normativa del codice di procedura penale. È primariamente essenziale chiarire che, qualora un soggetto che partecipa ad una conversazione decida di registrarla, non si palesano le classiche problematiche riguardanti le attività di intercettazione e le eventuali lesioni dell'art.15 della Costituzione. È infatti noto che tali aspetti controversi emergano esclusivamente

¹⁶⁶ Di seguito il testo dell'articolo: "È in stato di flagranza chi viene colto nell'atto di commettere il reato ovvero chi, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima"

¹⁶⁷ Cass. Pen., 6.10.1999, n. 3093; e nello stesso senso: Cass. Pen., 19.1.2004, n. 10776.

laddove la captazione riguardi comunicazioni private da cui lo strumento e/o il soggetto captante erano stati volontariamente esclusi, anche in virtù del fatto che i partecipanti alla conversazione non erano a conoscenza della loro presenza. Dunque, logicamente rientra nelle facoltà di un soggetto partecipante alla comunicazione, di cui è noto l'intervento, quello di registrare tale conversazione, la quale sarà poi eventualmente utilizzabile in sede processuale e sarà sottoposta alla disciplina riguardante l'acquisizione documentale ex art. 234 c.p.p., anche qualora tale soggetto sia un'appartenente alla polizia giudiziaria. Il problema sorge laddove il soggetto non registri la conversazione per un ascolto postumo, bensì sia munito di un microfono e la conversazione venga ascoltata in maniera contestuale. Ovviamente in questo caso si palesano evidenti similitudini con l'istituto delle intercettazioni ambientali. Sul punto si registrano diversi orientamenti, tra cui il maggioritario è contrario all'accostamento di questa ipotesi all'istituto qui esaminato. Infatti si ritiene che l'elemento della conoscenza da parte dei soggetti che partecipano alla conversazione della presenza di colui che registra (non rilevando nemmeno se si tratti di una registrazione che verrà poi riprodotta o di una registrazione che viene ascoltata contestualmente) sia da ritenere predominante nella fattispecie materiale analizzata, e che pertanto essendo la segretezza della captazione fondamento cardine dell'intercettazione, tale ipotesi non possa rientrare in questa fattispecie, non risultando dunque necessaria l'autorizzazione giurisdizionale ex art. 266 c.p.p.. Un secondo orientamento minoritario, al contrario, essendosi sviluppato da un caso¹⁶⁸ in cui gli appartenenti alla p.g. non solo avevano registrato la conversazione, ma l'avevano anche provocata, assimila tale scenario alle intercettazioni, ritenendo che sia necessaria l'autorizzazione da parte del giudice per procedere a tale captazione. Tuttavia, tale orientamento si limita alle specifiche ipotesi in cui l'intervento della p.g. sia particolarmente pregnante, proprio in virtù del fatto che il suo operato fa scaturire l'insorgenza della conversazione stessa; dunque, si pone l'accento su tale "impronta genetica che all'operazione deriva dall'iniziativa della polizia giudiziaria per la documentazione del colloquio medesimo"¹⁶⁹. Una risposta mediata, che tuttavia risulta ancora incerta, viene fornita da una pronuncia della Cassazione¹⁷⁰, la quale attenendosi alla dottrina maggioritaria non fa

¹⁶⁸ Cass., Sez. II, 5 luglio 1988, Belfiore, in *Giur. it.* 1990

¹⁶⁹ G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. «agente segreto attrezzato per il suono»*, in *Diritto penale contemporaneo*, trimestre 1/2012, pag.165.

¹⁷⁰ Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini, in *Guida dir.* 2010, 38, p. 75 segg

rientrare l'ipotesi dell'agente segreto attrezzato per il suono all'interno dell'istituto delle intercettazioni ritenendo che non vi sia una necessità di garanzia parificabile, stante la conoscenza della presenza del soggetto da parte degli interlocutori. Tuttavia, i giudici della Suprema Corte, comunque ravvedono la necessità di un controllo da parte di un'autorità giudiziaria qualora la registrazione sia eseguita in accordo con la polizia giudiziaria e mediante apparecchiature da essa fornite, il quale può però configurarsi anche in un decreto da parte del pubblico ministero, non essendo richiesta la giurisdizionalità del provvedimento.¹⁷¹ Un ulteriore aspetto significativo nella trattazione delle intercettazioni ambientali riguarda il problema del posizionamento dell'oggetto di captazione all'interno della privata dimora, in virtù del quadro costituzionale di tutela del domicilio previsto dall'art.14 Cost. Infatti, seppur sia stata sollevata una questione di legittimità costituzionale riguardo il comma 2 dell'art.266 c.p.p. in riferimento al suddetto parametro costituzionale, la Consulta¹⁷² ha chiarito che anche la tutela del domicilio necessita di essere temperata con altri principi fondamentali, quali l'esercizio dell'azione penale. Invero, anche la Corte di Cassazione¹⁷³ esprimendosi sul punto ha sempre ribadito che l'intrusione all'interno del domicilio sia una modalità essenziale, nonché l'unica, per effettuare captazioni ambientali di comunicazioni che devono trovare necessaria applicazione nella pratica in virtù del suddetto bilanciamento tra diritti fondamentali, nel quale in questo caso prevale il principio della repressione dei reati, non essendovi del resto altre possibilità attuative meno lesive della proprietà privata dei consociati.¹⁷⁴

2.4. Il collocamento delle microspie nei luoghi di privata dimora

In sede di disamina dell'istituto delle intercettazioni, viene contestualmente in rilievo la tutela costituzionale dell'art.15 e le garanzie che ne derivano. Tuttavia, come trattato nei paragrafi precedenti, la disciplina delle intercettazioni ambientali deve essere ispirata all'attuazione di un ulteriore diritto fondamentale, ossia l'art.14 Cost., il quale disciplina

¹⁷¹ Cfr. G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. «agente segreto attrezzato per il suono»*, in *Diritto penale contemporaneo*, trimestre 1/2012

¹⁷² Corte Cost., n. 45 del 1963; Corte Cost., n. 61 del 1964; Corte Cost., n. 10 del 1971; Corte Cost., n. 110 del 1976.

¹⁷³ Cass. Pen., 8.5.1992, n. 1586

¹⁷⁴ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

l'inviolabilità del domicilio. L'applicazione di tale disposizione costituzionale in relazione all'istituto delle intercettazioni è notoriamente stata molto dibattuta; infatti, seppur contenga al secondo comma una riserva di legge e una riserva di giurisdizione, la sua interpretazione in ordine all'intrusione statuale all'interno dei luoghi di privata dimora ha assistito al susseguirsi di diversi orientamenti contrastanti tra dottrina e giurisprudenza. Sul punto è innanzitutto necessario sottolineare che sia la riserva di legge che la riserva di giurisdizione contenute al secondo comma dell'art.14, sia quanto sancito dal terzo comma dello stesso, fanno espresso riferimento alle operazioni di ispezione e perquisizione e sequestro; pertanto, le problematiche, già risalenti, sono sorte in ordine all'inquadramento costituzionale delle interferenze pubbliche negli spazi di libertà garantiti dagli artt. 14 e 15 Cost., attuate mediante strumenti tecnologici utilizzabili all'insaputa del domiciliato, strumenti che i Costituenti non avrebbero potuto prevedere¹⁷⁵. Ciò detto, per quanto concerne nel dettaglio le intercettazioni ambientali, viene innanzitutto in rilievo che esse possono essere svolte all'interno dei luoghi descritti dall'art.614 c.p. anche tramite modalità che non implicano l'intrusione all'interno del luogo di domicilio, tramite l'utilizzo di strumenti tecnici capaci di captare le onde sonore, dunque le conversazioni, anche se posizionati fuori dall'abitazione stessa; pertanto il perimetro della questione è circoscritto esclusivamente ai casi in cui sia necessario posizionare strumenti d'ascolto all'interno della privata dimora tramite un'intrusione nella stessa. Sul punto, la giurisprudenza dominante, a differenza della dottrina prevalente, ritiene che le intercettazioni di comunicazioni tra presenti possano avvenire mediante l'introduzione, necessariamente occulta, all'interno di abitazioni o altri luoghi di privata dimora, al fine di installare dispositivi di ascolto e registrazione; e che pertanto, in questi casi, tale intrusione nelle sfere della libertà di comunicazione, della segretezza e del domicilio viene giustificata in virtù delle superiori esigenze di giustizia. Nel dettaglio, sulla suddetta linea interpretativa si colloca la sentenza n. 1586/1992 della Corte di Cassazione¹⁷⁶ che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266, comma 2, c.p.p. e della relativa disposizione contenuta nell'art. 2, n. 41, lett. b), della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81. I ricorrenti, infatti,

¹⁷⁵ C. Pinelli, "SULL'AMMISSIBILITÀ DI RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI DOMICILIO E ALLA LIBERTÀ DI COMUNICAZIONE TRAMITE "VIRUS DI STATO", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017.

¹⁷⁶ Corte di Cassazione, sezione VI, sentenza dell'8 maggio 1992 n. 1586

ritenevano che tali norme avrebbero violato l'inviolabilità del domicilio, stante la mancanza di una disciplina espressa in ordine alle modalità di captazione delle conversazioni tra presenti, e ciò avrebbe potuto legittimare interpretazioni tali da consentire l'ingresso fraudolento della polizia giudiziaria nei luoghi di privata dimora per installare microspie. La Corte ha però chiarito che è nella natura stessa dell'intercettazione, intesa come atto "a sorpresa", che i soggetti coinvolti ignorino la presenza di terzi in grado di captare le conversazioni. Dunque, secondo l'opinione dei giudici della Corte Suprema, sebbene l'art. 14, comma 2, della Costituzione protegga il domicilio da atti di coercizione da parte dell'autorità pubblica, tale tutela non è assoluta; infatti, essa deve confrontarsi con altri interessi generali, anch'essi costituzionalmente garantiti¹⁷⁷, come quello dell'esercizio dell'azione penale, sancito dall'art. 112 Cost¹⁷⁸. Di tutt'altro avviso è stata l'opinione dottrinale¹⁷⁹, la quale ritiene che l'intrusione all'interno del domicilio privato al fine di collocare strumenti di captazione si configuri come un comportamento illegittimo, poiché contrario al dettato dell'articolo 14 Cost., e che, in tale ambito, a nulla rilevi l'autorizzazione del magistrato, la cui presenza comunque non consente di valutare l'attività come lecita e costituzionalmente orientata. Tale orientamento, che ha fatto particolarmente leva sulla lettera del dettato dell'art. 14 della Carta fondamentale, dunque sull'enucleazione, ritenuta tassativa, degli istituti delle ispezioni, dei sequestri e delle perquisizioni, è stata certamente smentita da una pronuncia del 2002 della Corte costituzionale. Nel dettaglio, la Corte nella suddetta sentenza si è espressa anche a proposito di tale presunta tassatività delle attività previste dall'art. 14, e ne ha trattato il tema nei seguenti termini: "il riferimento, nell'art. 14, secondo comma, Cost., alle "ispezioni, perquisizioni e sequestri" non é necessariamente espressivo dell'intento di "tipizzare" le limitazioni permesse, escludendo a contrario quelle non espressamente contemplate; poichè esso ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali

¹⁷⁷ Sul punto Si vedano le Sentenze Corte Cost.: n. 45 del 1963, n. 61 del 1964, n. 10 del 1971, n. 76 del 1973, n. 173 del 1974, n. 106 del 1975, n. 110 del 1976

¹⁷⁸ Cfr. Nicola Canestrini, *"Intercettazioni telefoniche e ambientali, le videoriprese"*, in *CanestriniLex*, 14 novembre 2014.

¹⁷⁹ Cfr. E. GAITO, *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni a mezzo microspie*, in *Giur. it.*, 1991, II, c. 430 ss

solo per effetto dei progressi tecnici successivi.”¹⁸⁰ Dunque, nonostante il susseguirsi di posizioni e orientamenti contrapposti, ad oggi la giurisprudenza sulla questione è alquanto pacifica ed orientata nettamente in senso positivo. Infatti, sono diverse e numerose le decisioni della Corte suprema¹⁸¹ in cui si può leggere come la visione prevalente, valutando la collocazione delle microspie all’interno di una privata dimora come una modalità attuativa dell’attività di intercettazione stessa, la ritenga ammessa implicitamente all’interno del provvedimento di autorizzazione all’utilizzo del mezzo di ricerca della prova, specificando anche che non sia richiesta una autorizzazione specifica sul punto¹⁸². In ultimo, si può rilevare come anche in tale ambito si assista alla chiara manifestazione di quanto l’istituto in esame sia sottoposto a continui mutamenti applicativi e quanto risulti essenziale il ruolo della giurisprudenza, in qualità di fautrice del diritto vivente, che del resto si configura come un elemento imprescindibile per la disciplina di un’attività d’indagine dagli aspetti controversi e costantemente assoggettati alle innovazioni tecniche e digitali.

2.5. Le intercettazioni telematiche

La disciplina delle intercettazioni telematiche, di cui all’art. 266-bis del codice di procedura penale, può essere definita come recente, se si considera il fatto che sia entrata in vigore all’interno del nostro ordinamento in tempi moderni, nello specifico dall’art. 11 della l. 23 dicembre 1993, n. 547, con cui è stata inserita la suddetta previsione all’interno del codice di rito. L’introduzione, dettata dalla necessità di positivizzare uno strumento di captazione adatto alle novità tecnologiche del nuovo millennio, costituisce sicuramente una fase essenziale nel tentativo da parte del legislatore di fronteggiare i nuovi reati informatici. Tale tipologia di intercettazione, è caratterizzata dall’oggetto stesso della captazione, il quale è costituito dal “flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi”. È essenziale, dunque, definire in maniera più precisa tale oggetto. Infatti, nello specifico, per comunicazione relativa a sistemi informatici o telematici si intende quella comunicazione tra due apparecchi, in cui

¹⁸⁰ Corte Cost., sentenza n. 135/2002, Considerato in diritto, 2.1.

¹⁸¹ Tra le quali certamente rilevano: Sez. 6, n. 6071 del 21/01/2004, Parisi, Rv. 227651 – 01; Sez. 6, n. 41514 del 25/09/2012, Adamo, Rv. 253805 – 01; Sez. 2, n. 21644 del 13/02/2013, Badagliacca, Rv. 255541 – 01

¹⁸² Sul punto v. Sez. 6, n. 14547 del 31/01/2011, Di, Rv. 250032 – 01

solo uno dei due costituisce un sistema informatico o telematico, quale può essere l'invio di un fax ad un computer; mentre per quanto concerne la comunicazione intercorrente tra più sistemi il riferimento è a quelle comunicazioni in cui sia il sistema di invio che quello di ricezione costituiscono sistemi informatici o telematici, come il classico esempio dello scambio di messaggi tramite posta elettronica¹⁸³. Dunque, sicuramente rientrano in tale categoria gli scambi di messaggi tramite SMS e MMS, e in tale ambito è opportuno anche rimandare alla differenza di applicazione tra la disciplina del sequestro probatorio di dati, regolata dall'art. 254 bis c.p.p. e quella delle intercettazioni telematiche, applicabile, come ribadito anche in una nota pronuncia della corte di Cassazione, quando la captazione ha ad oggetto quelle chat che “anche se non contestuali, costituiscono un flusso di comunicazioni”¹⁸⁴.

Per quanto concerne le e-mail, esse richiedono una riflessione separata rispetto ad altri strumenti di comunicazione digitale, in quanto non possono essere assimilate a forme di comunicazione istantanea. A differenza delle chat o dei messaggi in tempo reale, infatti, i messaggi di posta elettronica, prima di giungere all'effettivo destinatario, vengono processati e archiviati temporaneamente dai server del fornitore del servizio. Questo particolare meccanismo ha generato un acceso dibattito dottrinale sul piano giuridico.

Secondo una parte della dottrina, sebbene il messaggio risulti già recapitato nella casella del destinatario ma non sia stato ancora visualizzato, non si dovrebbe parlare di intercettazione nel senso tecnico previsto dalla normativa penale, bensì di un sequestro di tipo probatorio. In altre parole, l'acquisizione di un messaggio già memorizzato non costituirebbe un'interferenza nel flusso della comunicazione, ma un intervento su un contenuto statico, già esistente. Alcuni autori si spingono oltre, sostenendo che anche quando l'e-mail è ancora custodita sui server del provider e non è stata ancora scaricata dall'utente, ci si dovrebbe comunque orientare verso la qualificazione come documento sequestrabile e non come oggetto di intercettazione.

Queste posizioni non trovano uniformità nella giurisprudenza. Una pronuncia della Corte di Cassazione del 2016¹⁸⁵, ad esempio, ha ricondotto le e-mail ricevute alla categoria dei “flussi informatici”, sottolineando che l'elemento dirimente non risiede tanto nel fatto che il messaggio sia stato letto, quanto nell'atto dell'invio da parte del mittente. Secondo

¹⁸³ C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2006, pag. 303-304.

¹⁸⁴ Cass. Pen., sez.III, sent. n.50452/ 2015

¹⁸⁵ Cass. pen. sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903

questo orientamento, solo i messaggi non ancora inviati – come quelli salvati nella cartella “bozze” – possono essere oggetto di sequestro, mentre le comunicazioni già inoltrate e in transito rientrerebbero nella disciplina delle intercettazioni previste dall’art. 266-bis c.p.p. Tuttavia, tale ricostruzione è stata successivamente rimessa in discussione. In una decisione successiva¹⁸⁶, la stessa Corte ha affermato che anche le e-mail ricevute debbano essere trattate come documenti informatici, analogamente ai messaggi delle app di messaggistica istantanea. In base a questa lettura, i messaggi già conservati sui server del destinatario non rappresenterebbero un “flusso” da intercettare, bensì un contenuto statico, suscettibile di acquisizione tramite strumenti probatori ordinari. Si può dunque comprendere come l’introduzione di tale ampia disposizione normativa abbia sicuramente creato una nuova modalità investigativa che ad oggi, pur essendovi problematiche interpretative sui singoli server oggetto di captazione, continua a rivelarsi come essenziale per affrontare la repressione di nuove forme di reato di tipo informatico e digitale e delle nuove modalità tecnologiche con cui vengono compiuti anche i reati che si possono ritenere più “classici”.

2.6. Una tipologia sui generis: le intercettazioni preventive

Nell’effettuare una particolareggiata disamina dell’istituto delle intercettazioni merita sicuramente di essere approfondito il tema delle intercettazioni preventive. Questo peculiare strumento giuridico, infatti, presenta delle rilevanti differenze con le species di captazioni già trattate, in primis in quanto dobbiamo ricordare che le intercettazioni possono essere suddivise in due ulteriori macrocategorie, le quali consistono nelle intercettazioni processuali, quali quelle di cui si è già provveduto a esaminare nei paragrafi precedenti, e le intercettazioni preventive, sui cui occorre porre l’accento. Le prime, infatti, hanno uno scopo ben preciso focalizzato sull’obiettivo della prosecuzione delle indagini, mentre le seconde, al contrario nascono come finalizzate alla prevenzione dei reati, scorgendosi dunque la ratio in ragioni di pubblica sicurezza, di ordine pubblico e di attentati alla sicurezza dello Stato. Nel dettaglio, ad oggi¹⁸⁷, le intercettazioni

¹⁸⁶ Cass. pen. III sez., 16 aprile 2019, n. 29426, in CED Cassazione penale, 2019

¹⁸⁷ In passato, le previgenti ipotesi di intercettazione preventiva risalivano all’art. 25-ter d.l. 8.6.1992, n.306, conv. con mod. dalla l. 7.8.1992, n. 356, e all’art. 16 l. 13.9.1982, n. 646, in L. Filippi, *LE “NUOVE” INTERCETTAZIONI PREVENTIVE E LE ALTRE ATTIVITA’ DI PREVENZIONE*, in Riv. Pen. dir. e proc., 30 gennaio 2023.

preventive sono disciplinate da tre disposizioni normative, quali gli artt. 226 disp. coord. c.p.p., 4 d.l. 27.7.2005, n. 144, conv. dalla l. 31.7.2005, n. 155 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale – c.d. decreto Pisanu) e 78 (“Intercettazioni telefoniche”) d. lgs. 6.9.2011, n. 159 “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”. Inoltre, nel 2022, con l’entrata in vigore della nuova legge di bilancio¹⁸⁸, è stato modificato il d.l. n.144/2005, nello specifico mediante la modificazione dell’articolo 4 e l’introduzione dell’articolo 4-bis. La suddetta modifica all’articolo 4 ha ampliato la possibilità di effettuare tali intercettazioni preventive anche all’interno dei luoghi previsti dall’art.614 c.p., lasciando tuttavia inalterato il regime di tali operazioni, le quali avvengono su impulso del Presidente del Consiglio dei ministri, che può delegare i direttori dei servizi di informazione per la sicurezza¹⁸⁹ a richiedere l’autorizzazione per effettuare le intercettazioni al procuratore generale presso la Corte d’Appello di Roma. Tale scelta di affidare il rilascio del provvedimento autorizzativo ad una autorità giudiziaria e non giurisdizionale, secondo autorevole dottrina, seppur costituzionalmente legittima in virtù del secondo comma dell’art.15 Cost. potrebbe avere dei tratti problematici. Nel dettaglio, infatti, se da un lato è vero che il provvedimento si basa sull’accertamento di un sospetto promosso dalla polizia di sicurezza e non sull’accertamento di un fatto, dall’altro l’attuale quadro normativo impone che ogni sospetto, per essere considerato legittimo, debba fondarsi su elementi concreti e specifici, sintomatici di una reale pericolosità. Non è più sufficiente un generico sospetto o un’intuizione soggettiva: è necessario che vi siano fatti

¹⁸⁸ Nel dettaglio tale introduzione è avvenuta ai sensi dell’art.1 co. 684 della l. 29.12.2022, n. 197

¹⁸⁹ Si tratta dei i direttori dei servizi di informazione per la sicurezza di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 3 agosto 2007, n. 124. Nel dettaglio l’AISE (Agenzia informazioni e sicurezza esterna) si occupa di raccogliere informazioni e svolgere attività di intelligence all’estero per proteggere la sicurezza, l’indipendenza e gli interessi strategici dell’Italia, contrastando minacce, spionaggio e proliferazione di materiali sensibili (art. 6 l. 3.8.2007, n. 124), mentre l’AISI (Agenzia informazioni e sicurezza interna) opera sul territorio nazionale per tutelare la sicurezza interna dello Stato e le istituzioni democratiche, contrastando minacce eversive, criminali, terroristiche e attività di spionaggio contro l’Italia (art.7 l. 3.8.2007, n. 124).

precisi, valutabili in modo oggettivo. Di conseguenza, il compito di esprimere tale valutazione non può essere lasciato esclusivamente a una delle parti coinvolte nel procedimento, nemmeno quando si tratti di un'autorità pubblica come il procuratore generale. Al contrario, la delicatezza dei diritti fondamentali potenzialmente coinvolti, e in particolare quelli che possono essere limitati o incisi dalle misure di prevenzione, impone che tale funzione di controllo sia affidata a un soggetto imparziale e terzo quale il giudice. Questo principio sancisce chiaramente che non vi è alcuna antinomia tra l'attività di prevenzione e l'intervento giurisdizionale. Anzi, le misure di prevenzione, siano esse di carattere personale o patrimoniale, vengono attualmente disposte proprio dal tribunale, a dimostrazione del fatto che la dimensione giuridica e quella preventiva possono e devono coesistere armonicamente. Il giudice, quindi, non solo legittima, ma garantisce la legalità dell'intervento preventivo. Infine, alla luce del richiamo all'articolo 15 della Costituzione, che tutela la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, è opportuno interrogarsi se, nel momento in cui si ritiene necessario invocare tale norma per giustificare limitazioni, non si debba contemporaneamente garantire anche il pieno rispetto dell'altra condizione da essa prevista: l'osservanza delle "garanzie stabilite dalla legge". In tal modo, si assicurerebbe un equilibrio effettivo tra le esigenze di sicurezza e i diritti costituzionalmente garantiti, evitando che le misure preventive si trasformino in strumenti arbitrari o eccessivamente invasivi¹⁹⁰. Per quanto concerne le modalità di attuazione di tali operazioni, esse sono disciplinate dal novellato articolo 4-bis, nel quale si legge che l'autorizzazione viene rilasciata mediante decreto motivato quando il procuratore generale presso la corte d'appello di Roma le ritiene indispensabili per l'espletamento delle attività di prevenzione demandate ai servizi di sicurezza, per la durata massima di quaranta giorni, prorogabile per periodi successivi di venti giorni. L'autorizzazione alla prosecuzione delle operazioni è data con decreto motivato nel quale sono indicate le ragioni che rendono necessaria la proroga¹⁹¹. Inoltre, viene redatto verbale delle operazioni che deve essere depositato presso il Procuratore generale della corte d'appello di Roma, il quale a seguito del deposito e della verifica della conformità delle operazioni procederà con la distruzione di

¹⁹⁰ L. Filippi, *LE "NUOVE" INTERCETTAZIONI PREVENTIVE E LE ALTRE ATTIVITA' DI PREVENZIONE*, in Riv. Pen. dir. e proc., 30 gennaio 2023.

¹⁹¹ Art. 4-bis co. 1 d.l. n. 144/2005 (Disposizioni in materia di intercettazioni preventive dei servizi di informazione per la sicurezza).

tutto il materiale. La disciplina è infatti molto precisa e specifica sul versante della distruzione dei verbali e dei contenuti intercettati, naturalmente al fine di evitare propagazione di notizie e dati sensibili. Un ulteriore elemento rilevante, sancito dal comma 5 del suddetto art.4-bis, riguarda la totale inutilizzabilità dei risultati di tali operazioni all'interno di un procedimento penale, e rileva in particolar modo se confrontata alla previsione normativa delle intercettazioni preventive ex art. 226 disp. Coord., in quanto la disciplina ne sancisce ugualmente l'inutilizzabilità processuale ma fa salvo l'utilizzo degli esiti delle captazioni per "fini investigativi".

Per quanto invece concerne le intercettazioni preventive di cui all'art.226 disp. Coord. c.p.p., l'articolo stesso, relativo alle intercettazioni e ai controlli preventivi sulle comunicazioni, stabilisce che il Ministro dell'interno, oppure, su sua delega, i vertici dei Servizi centrali della Polizia di Stato, dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, nonché i responsabili a livello provinciale (il questore o il comandante provinciale dei Carabinieri o della Guardia di Finanza), possono rivolgersi al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto competente, ossia quello in cui si trova la persona da sottoporre a controllo, o, se non individuabile, quello in cui sono sorte esigenze di prevenzione, per ottenere l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, anche via telematica. Tale autorizzazione può riguardare anche colloqui tra presenti, inclusi quelli che avvengono in luoghi tutelati dall'art. 614 c.p., qualora ciò sia necessario a fini preventivi rispetto a reati di particolare gravità, indicati all'art. 407, co. 2, lett. a), n. 4 e all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. Inoltre, il Ministro dell'interno ha facoltà di delegare, per i soli reati previsti dall'art. 51, co. 3-bis, c.p.p., anche il Direttore della Direzione Investigativa Antimafia¹⁹². Il procuratore della Repubblica, qualora ravvisi elementi investigativi sufficienti a giustificare un'attività di prevenzione e la ritenga necessaria, può autorizzare l'intercettazione per un periodo massimo di quaranta giorni, prorogabile per ulteriori periodi di venti giorni ciascuno, a condizione che persistano i requisiti previsti dalla legge. Ogni proroga deve essere disposta tramite un decreto motivato, in cui siano esplicitati i motivi che giustificano la continuazione dell'attività¹⁹³. Le operazioni svolte devono essere documentate tramite un verbale sintetico, e la registrazione dei contenuti intercettati è obbligatoria. Il verbale,

¹⁹² Ex art. 226 co.1 dip. Coord. C.p.p.

¹⁹³ Ex art. 226 co.2 dip. Coord. C.p.p.

unitamente ai supporti utilizzati, deve essere depositato entro cinque giorni dal termine dell'attività presso l'ufficio del procuratore che ha autorizzato l'intercettazione. Dopo aver verificato che le attività si siano svolte nei limiti dell'autorizzazione, il procuratore dispone la distruzione immediata dei supporti e dei verbali¹⁹⁴. Alle stesse condizioni previste nei commi 1 e 3, può essere autorizzato anche il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche, nonché l'acquisizione dei dati esterni delle stesse e di qualsiasi altra informazione utile disponibile presso gli operatori di telecomunicazione¹⁹⁵. Infine, è stabilito che le informazioni ottenute attraverso queste attività preventive non possono essere utilizzate nel processo penale, salvo che per fini investigativi. In ogni caso, né le intercettazioni preventive, né le informazioni da esse derivate, possono essere richiamate in atti d'indagine, utilizzate in deposizioni o diffuse in qualsiasi modo¹⁹⁶. È inoltre prevista una disciplina specifica per tale istituto, contemplata dall'art. 78 d.lgs n. 159/2011¹⁹⁷, rubricato "Intercettazioni telefoniche", allo scopo di verificare che i soggetti nei cui confronti sia stata applicata una misura di prevenzione di cui al libro I, titolo I, capo II¹⁹⁸ del suddetto decreto-legge, non reiterino i comportamenti che hanno condotto all'applicazione della misura. In tale ambito è rilevante sottolineare che anche in questo caso l'autorizzazione viene rilasciata dal Procuratore della Repubblica e si applica, in quanto compatibile, la disciplina codicistica ex art.268 c.p.p. co.2.

3. La disciplina ordinaria

3.1. I limiti di ammissibilità

La disciplina codicistica delle intercettazioni prevede la presenza di criteri limitativi dell'utilizzo di tale strumento investigativo, poiché ritenuto particolarmente lesivo della sfera del privato. In realtà tale principio non è sempre stato presente all'interno del nostro ordinamento, bensì è stato inserito nel 1974 con una legge¹⁹⁹ di modifica del Codice

¹⁹⁴ Ex art. 226 co.3 dip. Coord. C.p.p.

¹⁹⁵ Ex art. 226 co.4 dip. Coord. C.p.p.

¹⁹⁶ Ex art. 226 co.5 dip. Coord. C.p.p.

¹⁹⁷ Si tratta nello specifico del Codice antimafia e delle misure di prevenzione

¹⁹⁸ Nel dettaglio si tratta delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria

¹⁹⁹ Legge 8 aprile 1974 n.8, in *Normattiva*

penale e del Codice di procedura penale, per l'appunto rubricata "Tutela della riservatezza e della libertà e segretezza delle comunicazioni". Infatti, nel panorama precedente all'entrata in vigore della suddetta norma, era consentito l'utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova per qualsiasi tipologia di reato, e dunque non erano state effettuate considerazioni sulla portata invasiva dello strumento parametrandola ad una, seppur presunta, gravità del reato. Pertanto, il legislatore, anche in virtù di considerazioni dottrinali che vertevano particolarmente sulla lesione di garanzie costituzionali operate da tale indistinta applicazione dell'istituto, ha introdotto con tale norma un elenco tassativo di reati, introducendo quello che verrà poi considerato come "limite oggettivo" e che nella disciplina vigente ritroviamo all'art. 266 c.p.p.²⁰⁰

Il suddetto articolo, invero, distingue le diverse fattispecie penalmente rilevanti mediante due criteri: in primis viene utilizzato un criterio quantitativo²⁰¹, che dunque si basa sull'entità della pena edittale²⁰², ed in secondo luogo viene utilizzato un criterio qualitativo che contraddistingue una serie di reati in base alle loro modalità e in virtù di quanto le intercettazioni possano essere efficaci durante la fase delle indagini. In tale ambito rileva il classico esempio della minaccia per mezzo del telefono, o del traffico delle sostanze stupefacenti, la cui organizzazione ed esecuzione viene notoriamente effettuata mediante apparecchi elettronici. Nel dettaglio tali previsioni sono contenute al primo comma dell'art. 266 c.p.p. dalla lettera c) alla lettera f- quinquies)²⁰³. Quest'ultima, inoltre, merita una specificazione aggiuntiva: è stata infatti inserita con la l. 28 febbraio

²⁰⁰ Sul punto v. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.156.

²⁰¹ In particolare, si tratta delle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 266 c.p.p. il cui testo recita: "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"

²⁰² La determinazione della pena edittale è effettuata ex art. 4 c.p.p.

²⁰³ Di seguito il testo della norma: "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, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato (2), molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono;

f-bis) delitti previsti dall'articolo 600 ter, terzo comma, del Codice penale (3), anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600 quater 1 del medesimo codice, nonché dall'art. 609 undecies;

f-ter) delitti previsti dagli articoli 444, 473, 474, 515, 516, 517 quater e 633, secondo comma, del Codice penale (4);

f-quater) delitto previsto dall'articolo 612 bis del codice penale (5).

f-quinquies) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo

2020 n.7²⁰⁴, e la previsione risulta alquanto singolare poiché prevede che si possa utilizzare l'istituto in esame in sede di indagine anche per reati minori, c.d. "bagatellari", qualora vi sia l'aggravante della modalità "mafiosa", seppur la semplice pena edittale non avrebbe consentito autonomamente il ricorso a tale istituto. Inoltre, trattando del limite oggettivo e, nello specifico, dei casi in cui esso sia utilizzato mediante un criterio quantitativo dal legislatore, appare opportuno menzionare una tesi dottrinale²⁰⁵ che ne sottolinea talune problematiche. Infatti, la suddetta autorevole dottrina, pone in luce diverse perplessità riguardo alla scelta, operata nella redazione codicistica, di utilizzare l'art.4 c.p.p.²⁰⁶ come norma di relazione per il computo della pena edittale per l'ammissibilità delle intercettazioni. Nel dettaglio viene rilevato come esso comporti un aumento della pena edittale, data la considerazione delle sole aggravanti che prevedono una specie di pena diversa da quella stabilita per il reato e quelle ad effetto speciale, con un conseguente innalzamento dei casi di ammissione delle intercettazioni. Si ritiene, pertanto, che sarebbe stato sicuramente più preciso e adeguato, l'utilizzo della quantificazione della pena prevista dall'art.278²⁰⁷ del Codice di procedura penale, in cui vengono computate sia le circostanze aggravanti che le circostanze attenuanti. Dunque, per completezza della trattazione, è necessario volgere l'attenzione sulla seconda tipologia di limiti, i c.d. "limiti soggettivi". Prioritariamente va osservato che tali limitazioni all'utilizzo dell'istituto delle intercettazioni trovano per lo più fonte all'interno di norme speciali, e si basano su criteri che distinguono i soggetti passivi "*ratione personae sive officii*"²⁰⁸. Nel dettaglio, sono vietate le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni nei confronti del Presidente della Repubblica²⁰⁹, del

²⁰⁴ Il D.L. 30 dicembre 2019 n.161, convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 2020, n.7, ha disposto all'art.2 comma 8 che "Le disposizioni del presente articolo si applicano ai procedimenti penali iscritti successivamente al 30 aprile 2020".

²⁰⁵ Sul punto v. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.163.

²⁰⁶ Di seguito il testo dell'art.4 c.p.p.: "Per determinare la competenza si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale."

²⁰⁷ Di seguito il testo dell'art. 278 c.p.p.: Agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato [56 c.p.]. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva [99 c.p.] e delle circostanze del reato [59-70, 118-119 c.p.], fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del Codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale [4, 379; 63 c.p.]

²⁰⁸ Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.44.

²⁰⁹ Art. 7, 1° co., l. 5 giugno 1989, n. 219

parlamentare italiano²¹⁰ ed europeo²¹¹, del giudice costituzionale²¹², del Presidente del Consiglio dei ministri e dei ministri per i reati ministeriali²¹³ e delle persone per le quali è richiesta l'autorizzazione a procedere. In ultimo, va annoverato il limite soggettivo imposto dai commi 5 e 7 dell'art.103 del Codice di procedura penale, secondo cui è previsto che "Non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni [266 c.p.p.] 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"²¹⁴ a pena di inutilizzabilità delle stesse²¹⁵.

Sicuramente in questo ambito rileva notevolmente il tema delle garanzie costituzionali del diritto alla difesa tutelato dall'art.24 della Costituzione e delle libertà del difensore, ed inoltre, la medesima ratio viene rinvenuta anche nell'art.35 comma 5 disp. Att. C.p.p., il quale prevede una limitazione all'intercettazione dei colloqui telefonici, debitamente autorizzati, tra l'imputato detenuto e il difensore.

3.2. I presupposti: gravi indizi di reato e assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini

Stando alla lettera dell'art. 267 del Codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le intercettazioni viene rilasciata con decreto motivato²¹⁶ "quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini". Pertanto, al fine di compiere un'analisi dettagliata dell'istituto è necessario approfondire i due requisiti summenzionati. In primo luogo, occorre notare che il codice vigente, a differenza della previsione dell'art. 226-ter del codice del 1930²¹⁷, prevede che i due presupposti concorrano cumulativamente perché sia rilasciato il

²¹⁰ Art. 68, 2° e 3° co., Cost.

²¹¹ Artt. 1 e 2, l. 3 maggio 1966, n. 437; l. 6 aprile 1977, n. 150

²¹² Art. 3, 2° co., l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, modificata dall'art. 7 l. cost. 22 novembre 1967, n. 2

²¹³ Art. 10, 1° co., l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1; art. 1, 4° co., l. 5 giugno 1989, n. 219

²¹⁴ Art. 103 comma 5 c.p.p.

²¹⁵ Art. 103 comma 7 c.p.p. di cui si riporta il testo: "Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 271, i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati [191 c.p.p.]. Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta (3)(4)."

²¹⁶ L'autorizzazione viene rilasciata con decreto motivato dal giudice delle indagini preliminari a seguito di una richiesta effettuata da parte del Pubblico Ministero

²¹⁷ L'art. 226- ter del codice del 1930 prevedeva l'alternatività dei due presupposti, ed infatti riportava la particella disgiuntiva "oppure".

provvedimento autorizzativo, e ciò si può facilmente intendere dall'utilizzo della locuzione congiuntiva "e" all'art.267 c.p.p.²¹⁸. Inoltre, proseguendo nella trattazione e volgendo l'attenzione sul primo dei due presupposti, va immediatamente evidenziato che il legislatore parla di "gravi indizi di reato"²¹⁹ e non di "gravi indizi di colpevolezza"²²⁰. Tale elemento risulta particolarmente rilevante, così come ne risulta rilevante l'interpretazione effettuata da parte della Corte di Cassazione. La Suprema Corte, infatti, esprimendosi sul punto, ha chiarito che i "gravi indizi di reato non devono essere intesi in senso probatorio, ossia come valutazione del fondamento dell'accusa, ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, che non devono risultare meramente ipotetiche"²²¹. Pertanto, va sottolineato un altro punto molto rilevante, poiché è stato chiarito tanto in dottrina²²² quanto in giurisprudenza²²³, che la locuzione dei gravi indizi di reato esuli dalla ricerca di un collegamento con un soggetto individuato, in primo luogo poiché vi è la possibilità che il presunto autore del reato non sia ancora stato individuato e, in secondo luogo, poiché si ritiene che tale presupposto attenga alla presenza di elementi sintomatici della commissione di un illecito penale indipendentemente da una specifica riferibilità soggettiva²²⁴. Inoltre, un ulteriore elemento della disposizione da evidenziare, riguarda il concetto di "indizio", che del resto continua a rappresentare un concetto molto dibattuto in dottrina. Infatti, mediante uno studio basato sul confronto tra l'art. 192 comma 2 c.p.p.²²⁵ e l'art.267 c.p.p., la dottrina ha rilevato che anche nel caso dell'articolo in esame, come in altri articoli²²⁶, il concetto di indizio slitta dalla nozione prevista dall'art.192 comma 2 c.p.p. poiché risulta solo relativamente ed indirettamente collegato ad un addebito soggettivo. Esso, invero, in questa accezione rappresenta in maniera prioritaria una premessa per lo svolgimento di

²¹⁸ Sul punto v. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.163.

²¹⁹ "o dei "sufficienti indizi", allorché si verta in ipotesi di reati di criminalità organizzata: articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991 n. 203", Cass. Pen., sez. II, 28 giugno 2023, n. 36387, in *italgiure.giustizia.it*

²²⁰ Espressione utilizzata come condizione per l'applicazione di misure cautelari personali ex art. 273 c.p.p.

²²¹ In questo senso, da ultimo Cass., sez. III, 2 dicembre 2014, n. 14954/15, Carrara.

²²² Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G. Giappichelli Editore- Torino, 2007, pag.43.

²²³ In questo senso Cass., sez. IV, 12 novembre 2013, n. 8076/14

²²⁴ Sul punto v. Cass, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 223913

²²⁵ Di seguito il testo del comma 2 dell'art.192 c.p.p.: "L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti."

²²⁶ Tra gli altri articoli che non applicano l'accezione di indizio prevista dal comma 2 dell'art.192 c.p.p. vi sono gli art.63 comma 1, 207 comma 2, 273 comma 1, 275 comma 3, 292 comma 2 lett. c).

alcuni atti di indagine, i quali, come già ribadito, possono essere anche svolti in una fase di indagine in cui non vi è stata alcuna iscrizione di un soggetto nel registro delle notizie di reato. Pertanto, in tale ambito la nozione di indizio viene utilizzata in maniera pressoché atecnica, poiché è volta a soddisfare necessità legate a sviluppi intermedi del procedimento²²⁷. Tuttavia, parte della dottrina più autorevole²²⁸ sostiene che anche nella fase antecedente all'instaurazione del processo vero e proprio, ovvero in sede di valutazione della sussistenza dei gravi indizi di reato ai fini dell'emissione del provvedimento autorizzativo alle attività di intercettazione, trova applicazione l'art. 192 del codice di procedura penale. Tale orientamento si fonda sull'idea che, in assenza di una disciplina specifica che deroghi espressamente, debbano valere anche in ambito investigativo i principi generali in materia di prova, ivi compresi i criteri di apprezzamento del materiale probatorio previsti dalla disposizione richiamata. La ratio di tale impostazione risiede nella volontà di assicurare uniformità e coerenza logico-sistematica all'interno del procedimento penale, evitando che le valutazioni poste a fondamento di un atto invasivo e altamente lesivo della sfera privata – quale è l'autorizzazione alle intercettazioni – siano affidate a criteri meno rigorosi rispetto a quelli richiesti in fase dibattimentale. In tale prospettiva, si ritiene che anche la fase delle indagini preliminari debba essere sorretta da standard valutativi di affidabilità e concretezza, affinché sia garantita la tutela dei diritti fondamentali degli indagati. Sul punto è più volte intervenuto il legislatore, in particolare per risolvere dubbi interpretativi sollevati con una pronuncia della Suprema Corte²²⁹, la quale volgendo in senso contrario alla ricostruzione dottrinale appena riportata, riportava l'inutilizzabilità dei criteri di valutazione probatoria di cui all'articolo 292 comma 2 c.p.p. alla fase delle indagini preliminari. Infatti, se è pur vero che la pronuncia in questione era stata vagliata in relazione all'istituto delle misure cautelari di cui all'art. 273 c.p.p., il legislatore, in tale novella normativa²³⁰, ha effettuato delle specificazioni sul tema anche nell'ambito delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni. Invero, se sul tema delle misure cautelari è stato specificato che si applichino anche a tale provvedimento autorizzativo

²²⁷ Sul punto v. G. Ubertis, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995, p.49-50, Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.165-166.

²²⁸ Cfr. G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 33-34.

²²⁹ Cass. Sez. Un. 1995, in *Cassazione Penale* 1995, pag.2838.

²³⁰ Nel dettaglio si tratta della l. n.63/2001

gli articoli 192 co. 3 e 4, 195 co.7, 203 e 271 co. 1 c.p.p., sul tema delle intercettazioni la norma ha inserito il co. 1-bis all'art.267 c.p.p., che rimanda all'art.203 c.p.p.²³¹ Tuttavia, autorevole dottrina, ha ritenuto che gli interventi normativi vadano comunque interpretati in maniera sistematica e non restrittiva, ritenendo che si possa estendere anche all'art. 267 c.p.p. l'applicazione delle norme richiamate per l'art. 273 c.p.p., poiché si ritiene che la ratio decisoria insita all'interno dei due provvedimenti autorizzativi emanati nella fase delle indagini non muti per la sola ragione dell'assenza della necessità di un requisito di colpevolezza soggettiva all'interno del provvedimento disciplinato ex art.267 c.p.p. A maggior ragione in luogo del fatto che entrambi i provvedimenti vengono assunti su elementi comunque provvisori e soprattutto che siano entrambi particolarmente lesivi di diritti fondamentali costituzionalmente tutelati²³². Inoltre, per quanto concerne gli elementi valutativi degli indizi di cui al co.2 dell'art.192 c.p.p., gli orientamenti si sono divisi tra coloro i quali ritengono ormai inapplicabile²³³, proprio in virtù della summenzionata novella normativa, la norma in esame sia all'ambito delle misure cautelari, e dunque dei gravi indizi di colpevolezza, sia nell'ambito del regime delle intercettazione dove si parla di gravi indizi di reato, e coloro i quali, contrariamente ritengono che la valutazione dei suddetti indizi vada comunque effettuata tenendo conto degli elementi della precisione, gravità e concordanza, al fine di evitare che il provvedimento possa basarsi su elementi equivoci e discordanti, sicuramente non adatti a porre le basi ad un provvedimento lesivo di un diritto fondamentale²³⁴. Per quanto concerne il secondo presupposto di ammissibilità, consistente nella assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, attiene al fatto che tale strumento viene utilizzato solo nel caso in cui non sia possibile proseguire le indagini mediante l'utilizzo di un mezzo di ricerca della prova diverso. Anche in questo caso si può notare l'attenzione del legislatore ad evitare che uno strumento così tanto invasivo della sfera

²³¹ Di seguito il testo dell'art. 203 c.p.p.: "Il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate [191, 195 7] (1).
1-bis. L'inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni."

²³² Cfr. L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni e il segreto di polizia*, in *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n.63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, pag.398.

²³³ Sul punto v. D. Manzone, D. Carcano, *Il giusto processo. Commento alla Legge 1° marzo 2001, n. 63*, in *Quaderni di diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2001, p.41.

²³⁴ Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pagg. 169-170.

personale del soggetto privato venga utilizzato nei casi in cui non sia effettivamente necessario, sempre in virtù del bilanciamento tra principi fondanti, i quali naturalmente per poter essere compressi necessitano di una situazione giuridica e di fatto che ne giustifichi la lesione.

3.3.La fase introduttiva dell'attività: la richiesta del pubblico ministero

Ai sensi dell'articolo 267 comma 1 c.p.p., è il pubblico ministero a richiedere al giudice delle indagini preliminari l'emissione di un decreto motivato per autorizzare lo svolgimento delle operazioni di cui all'art. 266 c.p.p. Dunque, le intercettazioni si configurano come un "atto proprio del pubblico ministero"²³⁵, del resto anche in virtù del fatto che a tale autorità giudiziaria spetti la gestione delle indagini preliminari. Pertanto, allorquando sussistano gli elementi causali per richiedere l'utilizzo del mezzo di ricerca di prova in esame, la parte pubblica procede con un provvedimento motivato e con l'allegazione del fascicolo contenente tutti gli atti di indagine sino a quel momento compiuti²³⁶, sui quali dovrà concentrarsi il vaglio del giudice al fine di emettere un decreto motivato. Il legislatore, superando in maniera netta la disciplina del codice del 1930 sempre in virtù di una lettura costituzionalmente orientata degli istituti processuali, ha previsto che non spettasse più al pubblico ministero il potere autorizzativo in riferimento all'esecuzione delle intercettazioni proprio in virtù delle "potenzialità lesive"²³⁷ delle stesse, le quali dunque richiedono un vaglio giurisdizionale. Inoltre, un ulteriore elemento da sottolineare è che tale richiesta può essere proposta unicamente nella fase delle indagini preliminari, sia in quanto l'art.267 co.1 c.p.p. prevede che uno dei presupposti su cui essa si fonda debba essere la indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini, sia in quanto il deposito dei verbali non può avvenire oltre la chiusura delle indagini preliminari ex art.268 co. 5 c.p.p.²³⁸. Pertanto, si ritiene che tale

²³⁵ G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *il progetto preliminare del 1988*, Cedam, Padova, 1990, p. 668.

²³⁶ Sul punto si è molto discusso in dottrina, anche in virtù della mancanza di una specificazione in questo senso all'interno dell'art.267 c.p.p., pertanto i dubbi riguardavano gli elementi da inserire all'interno della richiesta di autorizzazione e nel dettaglio se essa dovesse contenere solo gli elementi idonei a giustificare la richiesta o l'intero fascicolo contenente tutti gli atti di indagine, opzione che è sembrata preferibile per facilitare il controllo da parte del giudice sui presupposti previsti dalla legge per il provvedimento di autorizzazione. In Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pagg. 154-155.

²³⁷ A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, op. cit., p.90.

²³⁸ Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pagg. 153.

istituto non possa essere utilizzato neanche in sede di attività integrativa di indagine ex art. 430 c.p.p., in quanto, secondo autorevole dottrina²³⁹, il suddetto articolo costituisce una norma eccezionale, dunque di cui è necessario effettuare una interpretazione restrittiva, nel senso di negare che il pubblico ministero, nei casi dubbi, possa esperire ulteriori mezzi di indagine una volta conclusa la fase delle indagini preliminari con l'emissione del decreto che dispone il giudizio.

3.4. Il decreto motivato del giudice delle indagini preliminari

Proseguendo l'analisi dell'iter autorizzativo che porta all'esperimento materiale del mezzo di ricerca della prova qui analizzato, è necessario focalizzare il discorso sul provvedimento autorizzativo emesso dal giudice delle indagini preliminari, il quale una volta ricevuta la richiesta da parte del pubblico ministero, si esprime mediante parere motivato. Anche in questo caso, il riferimento normativo è l'art. 267 comma 1 del codice di procedura penale, il quale prevede che "L'autorizzazione è data con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini"²⁴⁰ e prosegue con alcune previsioni specifiche riguardanti il captatore informatico di cui si tratterà nel capitolo successivo. Trattando della motivazione del decreto, è bene rimandare ad uno dei principi fondanti del nostro ordinamento, sancito dall'articolo 111 comma 6 Cost., il quale contiene la previsione compiuta dell'obbligo di motivazione di ogni provvedimento giurisdizionale. È proprio in tale direzione che si muove una critica dottrinale²⁴¹ nei confronti di una pronuncia della Corte di giustizia dell'UE²⁴², con la quale i giudici di Lussemburgo hanno ammesso un provvedimento autorizzativo delle intercettazioni seppur privo di motivazione, in quanto hanno sostenuto che essa si potesse ricavare dal provvedimento di richiesta, il quale tuttavia, secondo la critica, non conteneva una motivazione adeguata per potersi definire il provvedimento del giudice motivato *per relationem*. La sentenza citata si discosta, inoltre, dall'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale riconosce,

²³⁹ A. Di Maio, *Attività integrativa di indagine. Gli atti investigativi utilizzabili e non utilizzabili*, Cedam, Padova, 1999, pag. 103 ss.

²⁴⁰ Dei due limiti di ammissibilità dei gravi indizi di reato e l'indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini si è già trattato nei paragrafi precedenti.

²⁴¹ Cfr. L. Filippi, *Intercettazioni: la corte di Lussemburgo ammette un'autorizzazione su prestampato privo di motivazione*, in Riv. Pen. dir. e proc., 13 marzo 2023

²⁴² Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023 (Causa C-349 /21)

sia pure implicitamente, che l'art. 6, § 1, C.E.D.U. impone al giudice l'obbligo di motivare le proprie decisioni. Oltre a ciò, è doveroso sottolineare, che essa si discosta anche da quanto sancito nella nota sentenza "Primavera"²⁴³ delle Sezioni Unite, con la quale la suprema Corte, con lo scopo di risolvere un contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità o meno della motivazione *per relationem*, ha sancito che tale contrasto può definirsi quasi apparente e che ciò che realmente rileva in puto di motivazione, è che dalla stessa emerga l'iter cognitivo e valutativo seguito dall'organo che ha emesso il provvedimento, e che pertanto se ne possano desumere gli esiti. Analizzando il dettato normativo contenuto nell'art. 267, comma 1, del codice di procedura penale, si osserva che il legislatore ha previsto espressamente soltanto l'ipotesi in cui il giudice esprima un parere favorevole, autorizzando dunque la richiesta di captazione formulata dal pubblico ministero. Tale formulazione normativa, tuttavia, non esclude la necessità che anche un eventuale rigetto della richiesta debba assumere una forma provvedimentoale esplicita e motivata. Questo principio trova giustificazione non solo nei canoni generali del giusto procedimento e della trasparenza amministrativa, ma anche nel fatto che, sebbene il pubblico ministero non sia legittimato a proporre impugnazione²⁴⁴ avverso il diniego, ha comunque la facoltà di ripresentare la medesima istanza, eventualmente integrata o modificata. Affinché tale facoltà sia esercitabile in modo consapevole e mirato, è imprescindibile che egli conosca con precisione le ragioni che hanno determinato la precedente decisione di rigetto. Pertanto, si ritiene necessario che anche i provvedimenti negativi siano redatti in forma adeguatamente motivata, al pari di quelli autorizzativi²⁴⁵. In conclusione, appare opportuno soffermarsi sulle ricadute processuali derivanti dalla mancata osservanza dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti autorizzativi, questione che ha generato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Una parte della dottrina, infatti, sostiene che, qualora il giudice ometta di motivare adeguatamente il decreto autorizzativo, debba trovare applicazione l'art. 125, comma 3, del codice di procedura penale, il quale stabilisce espressamente la nullità dei provvedimenti privi di

²⁴³ Nel dettaglio si tratta di Sez. Un., 21 giugno 2000, n.17, Primavera.

²⁴⁴ Il decreto con cui il giudice autorizza o rigetta la richiesta del PM non è impugnabile in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 c.p.p.

²⁴⁵ Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pag. 213.

motivazione. Secondo questa impostazione, la mancanza di motivazione comporterebbe un vizio formale dell'atto, tale da inficiarne la validità sin dall'origine.²⁴⁶

Di diverso avviso è, tuttavia, la tesi maggioritaria, che ha trovato ampia adesione anche in ambito giurisprudenziale. Secondo tale orientamento, non si dovrebbe far leva sul regime delle nullità, bensì sull'art. 271 c.p.p., che si concentra non tanto sull'atto in sé, quanto piuttosto sulle conseguenze della sua illegittimità. Tale disposizione, infatti, non prevede la nullità del decreto, ma ne colpisce direttamente gli effetti, prevedendo l'inutilizzabilità delle captazioni eseguite sulla base di un provvedimento privo della necessaria motivazione. La sanzione dell'inutilizzabilità si configura, in tal modo, come garanzia effettiva a tutela dei diritti fondamentali, assicurando che solo le attività investigative autorizzate nel rispetto delle garanzie formali possano essere legittimamente impiegate nel processo.²⁴⁷ Infine, una terza impostazione teorica, seppur minoritaria, propone una lettura conciliativa tra i due regimi: secondo tale ricostruzione, non si tratterebbe di opzioni tra loro alternative, ma piuttosto di strumenti giuridici tra loro compatibili, destinati a operare su piani distinti. La nullità, in quanto vizio strutturale dell'atto, e l'inutilizzabilità, in quanto sanzione sostanziale sull'efficacia probatoria, potrebbero dunque coesistere, offrendo una tutela multilivello a fronte della violazione dell'obbligo motivazionale²⁴⁸. A tal proposito occorre di nuovo rifarsi alla già menzionata sentenza Primavera, nella quale i giudici della Corte Suprema hanno differenziato l'ipotesi di elusione dell'obbligo motivazionale tra mancanza di motivazione e difettosità della suddetta. Infatti, nel primo caso, ossia quando la motivazione non solo sia materialmente assente, ma anche allorquando essa sia solo "apparente"²⁴⁹, si è sancita l'applicabilità dell'art. 271 c.p.p. e dunque della inutilizzabilità delle risultanze a livello processuale. Al contrario, nell'ipotesi in cui la motivazione difetti, dunque risulti viziata, "il vizio andrebbe emendato"²⁵⁰ dal giudice che lo rileva. Tuttavia, parte della dottrina²⁵¹ risulta avversa a tale ipotesi, ritenendo che tale distinzione, isolando il regime di

²⁴⁶ Sul punto v. R. D'Ajello, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in Riv. Pen. econ., 1990, pag. 111

²⁴⁷ Cfr. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 118, nonché Cass. Sez. I, 2 giugno 1999, Sasso, in *Cass. Pen.* 2000.

²⁴⁸ A.V. Seghetti, *Intercettazioni telefoniche illegittime per motivazione insufficiente e nullità della custodia cautelare*, in Giur.it., 1992, pag. 134

²⁴⁹ Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera.

²⁵⁰ Sez. Un., 21 giugno 2000, n. 17, Primavera.

²⁵¹ Sul punto v. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pag. 220.

inutilizzabilità alle ipotesi, molto rare, della mancanza assoluta (testuale o apparente) di motivazione, non solo rappresenti uno svilimento del diritto ad una limitazione della libertà personale solo mediante provvedimenti motivati, ma contrasti del tutto con l'art. 15 Cost. che ne sancisce l'obbligo. In ultimo, va anche rilevato che, l'obbligo di motivazione di cui si è trattato concerne anche tutti i provvedimenti giurisdizionali con cui si prorogano le captazioni già autorizzate.

3.5. La procedura d'urgenza e la convalida

Il comma 2 dell'art. 267 c.p.p., disciplina quella che viene definita come procedura d'urgenza prevedendo che “Nei casi di urgenza, 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, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1.”²⁵² Si tratta, dunque, dei casi in cui il ritardo nell'attivazione della procedura di intercettazione potrebbe comportare un grave e irreparabile pregiudizio per il buon esito delle indagini, in quanto, con ragionevole probabilità, è presumibile che proprio nell'immediatezza temporale si svolgano, sull'utenza oggetto di monitoraggio, comunicazioni di particolare rilevanza investigativa. Tali conversazioni potrebbero infatti contenere informazioni cruciali e determinanti ai fini dell'acquisizione di elementi probatori indispensabili per la ricostruzione dei fatti oggetto di indagine e per l'individuazione dei soggetti coinvolti. Dunque, il legislatore, in virtù di un principio costituzionale volto alla repressione dei reati, ha previsto che le suddette operazioni di captazione potessero essere autorizzate in maniera autonoma e diretta dal PM, tuttavia prevedendo, in ossequio al bilanciamento del già menzionato principio costituzionale con la riserva di giurisdizione prevista dall'articolo 15 Cost., che il giudice debba decidere sulla legittimità delle stesse entro 48 ore con decreto motivato. Inoltre, nel caso di mancata convalida entro il termine stabilito, le operazioni captative andranno interrotte immediatamente e i risultati ottenuti da quelle già effettuati saranno sottoposti al regime della inutilizzabilità processuale. Anche in questo caso, la norma tratta del solo provvedimento di convalida, prevedendo che qualora il giudice opti per la negazione del decreto egli non sia tenuto ad emettere alcun

²⁵² Art. 267 comma 2 c.p.p.

provvedimento poiché tale effetto risolutivo è contenuto all'interno della norma, dunque scaturisce ex lege. Tuttavia, in dottrina²⁵³ si ritiene che sia comunque preferibile che il giudice motivi, anche mediante un provvedimento tardivo, le ragioni della mancata convalida del decreto del pubblico ministero, il quale ha comunque un interesse a conoscere tali elementi alla base del mancato avallo, essenziali anche in vista dell'individuazione di una eventuale responsabilità disciplinare e penale del pubblico ministero che ha emesso il provvedimento d'urgenza²⁵⁴. È bene però ricordare che anche in questo caso, il provvedimento con cui si dispone la mancata convalida non è impugnabile in ossequio al principio di tassatività ex art.568 c.p.p.²⁵⁵. Inoltre, trattando questo tema, appare interessante anche rifarsi alle numerose pronunce giurisprudenziali²⁵⁶ che hanno trattato il tema della convalida da parte del g.i.p. del decreto autorizzativo emesso d'urgenza da parte del PM. In particolare, ciò che risulta particolarmente interessante, riguarda il fatto che, in diverse pronunce, la suprema corte ha sancito che il provvedimento di convalida da parte dell'organo giurisdizionale sana completamente eventuali vizi formali e sostanziali del provvedimento del pubblico ministero, e che pertanto una volta emesso non sia più possibile opinare né sul requisito dell'urgenza del provvedimento convalidato, né tantomeno sul requisito della motivazione dello stesso, la cui mancanza viene ugualmente sanata dal provvedimento del giudice²⁵⁷. In ultimo, occorre affrontare il tema della convalida tardiva, posto il termine perentorio pena l'inutilizzabilità ex lege posto dal secondo comma dell'art.267 c.p.p. in tema di convalida. Sul punto, la giurisprudenza²⁵⁸ ha chiarito che esso pur non potendo assurgere a provvedimento di convalida, possa essere ugualmente ritenuto come un provvedimento autorizzativo, laddove contenga tutti i requisiti di forma e sostanza richiesto per quest'ultimo. È infatti evidente, come la perentorietà del termine di convalida non possa essere assolutamente superata in virtù del fatto che una apertura su questo tema comporterebbe una illegittima compressione di quanto costituzionalmente tutelato e sancito dall'art. 15 Cost.

²⁵³ Sul punto v. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, op. cit., pag. 106.

²⁵⁴ Cfr. L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 111

²⁵⁵ Così Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pag. 223.

²⁵⁶ Cass. Pen., 22.11.1994, n.2533, Seminara; Cass. Pen., 22.4.2004, n. 23512, Termini.

²⁵⁷ Cass. Pen., 14.09.2017, n. 55748

²⁵⁸ Cass. Pen., 7.09.2016., n. 43419

3.6. Il decreto esecutivo del pubblico ministero e le modalità operative

Dopo aver esaminato i provvedimenti del pubblico ministero e dell'autorità giurisdizionale competente, volti ad autorizzare l'esecuzione delle attività di captazione, è necessario soffermare la trattazione su quanto concerne l'attività esecutiva e materiale con cui le medesime avvengono e si estrinsecano. Invero, la disciplina codicistica viene rinvenuta ancora una volta all'interno del dettato dell'art.267 del codice di procedura penale e, nel dettaglio, nei commi 3 e 4 dell'articolo menzionato. Dunque, dalla lettura delle disposizioni normative, va primariamente rilevato che spetta al pubblico ministero disporre le intercettazioni mediante decreto, con il quale è necessario indicare anche "le modalità e la durata delle operazioni"²⁵⁹. Sul punto si sono succeduti distinti dibattiti dottrinali che hanno fatto emergere contrasti interpretativi. Infatti, secondo una parte della dottrina²⁶⁰ minoritaria il comma 3 sarebbe una norma generale, volta ad indicare che deve essere il provvedimento autorizzativo, sia esso del giudice o del pubblico ministero poi convalidato, a contenere le modalità e la durata delle operazioni. Mentre una seconda linea interpretativa, sostenuta dalla dottrina maggioritaria²⁶¹ ritiene che competa sempre al pubblico ministero la determinazione delle modalità e della durata delle operazioni, il quale in entrambi i casi; dunque, sia che si tratti di una procedura autorizzata dal g.i.p. sia che si tratti di una procedura d'urgenza, dovrà emettere un secondo decreto esecutivo con cui effettuare tali specificazioni richieste dalla legge. Inoltre, il comma 3 prevede anche un limite di durata per le attività di intercettazione, le quali non possono avere una durata superiore ai 15 giorni, prorogabili tuttavia dal giudice per periodi successivi di 15 giorni qualora permangano i requisiti previsti dal comma 1 dello stesso articolo. Sul punto è però necessaria una specificazione: è infatti recentissimo l'intervento del legislatore sul comma di cui si sta trattando e che merita una analisi più approfondita. Nel dettaglio, in data 24 aprile 2025, dopo l'ordinario periodo di *vacatio legis*, è entrata in vigore la l. 31.3.2025, n. 47 (legge Zanettin), con la quale è stato inserito un limite alla durata

²⁵⁹ Art. 267, comma 3, c.p.p.

²⁶⁰ Sul punto v. F. Cordero, sub art.267, in *Codice di procedura penale commentato*, op.cit., pag.310; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, op.cit., pag. 119.

²⁶¹ Sulla preferibilità di tale interpretazione Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pag. 189.

complessiva²⁶² delle attività di captazione, la quale non potrà superare i 45 giorni. La modifica avviene mediante l'aggiunta di un postulato finale al comma 3 dell'art. 267 c.p.p. che recita: "Le intercettazioni non possono avere una durata complessiva superiore a quarantacinque giorni, salvo che l'assoluta indispensabilità delle operazioni per una durata superiore sia giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione"²⁶³. Tuttavia, il legislatore tramite tale novella ha apportato anche una modifica all'art.13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, prevedendo una deroga del limite complessivo di cui si è appena trattato per i reati previsti dal suddetto decreto-legge, dunque i reati di criminalità organizzata, terrorismo e parificati.²⁶⁴ Oltre a ciò, per quanto invece concerne il comma 4 dell'articolo 267, esso riguarda la possibilità per il pubblico ministero di procedere alle operazioni personalmente, ovvero di usufruire dell'opera di un ufficiale della polizia giudiziaria per lo svolgimento delle captazioni, come del resto avviene di solito nella prassi²⁶⁵. Infatti, è lo stesso legislatore a suggerire elementi a supporto di tale prassi consolidata, prevedendo, non solo, all'art.268 comma 2-bis, un'attività di vigilanza²⁶⁶ da parte del pubblico ministero, ma anche esplicitando l'obbligo di immediata trasmissione allo stesso di verbali e registrazioni all'art.268 comma 4. Dunque, inserendo specificazioni che risultano inutili se lo svolgimento delle operazioni viene eseguito personalmente dal pubblico ministero. In ultimo, è lo stesso comma 4 a richiamare l'art.268 nel disciplinare le modalità con cui tali procedure devono essere poste in atto, ossia mediante la registrazione delle intercettazioni e la redazione di un verbale sulle operazioni.

3.7. L'esecuzione materiale mediante gli impianti presso la Procura della Repubblica

²⁶² Naturalmente quando si parla di durata complessiva si fa riferimento anche alle eventuali proroghe.

²⁶³ Art. 1, comma 1, l. 31.3.2025, n. 47

²⁶⁴ Cfr. G.L. Gatta, *Durata delle intercettazioni (45 gg): pubblicata in G.U. la l. 31.3.2025, n. 47 (legge Zanettin)*, in *Sistema penale*, 10 aprile 2025.

²⁶⁵ Nel dettaglio questo concetto è così consolidato che è stata utilizzata una espressione molto efficace che viene riportata in seguito, "l'esecuzione delle intercettazioni è un affare esclusivo della polizia; l'incarico ad essa, una clausola di stile". A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

²⁶⁶ L'attività di vigilanza del Pm, invero, come già specificato nell'esame delle riforme legislative succedutesi, si appalesa particolarmente pregnante nella individuazione delle intercettazioni "rilevanti" ai fini investigativi e, di converso, nella esclusione di ogni e qualsivoglia "dialogo" ininfluenza o addirittura lesivo della reputazione di parti processuali e soggetti terzi estranei alle investigazioni.

L'art.268 del codice di procedura penale, rubricato "esecuzione delle operazioni", riporta una serie indicazioni specifiche affinché l'esecuzione materiale delle attività di captazione avvenga in ossequio a tutti i principi costituzionali ivi coinvolti. Più precisamente, il terzo comma del medesimo articolo sancisce una regola di primaria importanza in materia di intercettazioni, stabilendo che "Le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica"²⁶⁷. Invero, anche questa previsione normativa rappresenta la volontà del legislatore di riaffermare e cristallizzare un principio divenuto cardine tramite la giurisprudenza²⁶⁸, ossia il concetto in ordine al quale la concreta attuazione di tutte le garanzie previste dall'art.15 non può che esplicarsi anche nella puntuale previsione delle modalità di esecuzione materiale delle operazioni all'interno di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Inoltre, tale previsione delle modalità di esecuzione viene connota anche da una necessaria funzione di controllo da parte del pubblico ministero sul *modus operandi* della polizia giudiziaria nell'esercizio delle attività di captazione, motivo per cui all'interno della norma leggiamo chiaramente che esse debbano essere compiute esclusivamente mediante gli impianti presenti presso la Procura della Repubblica, dunque sottoposti alla vigilanza del PM. Tuttavia, anche per ragioni pratiche, il legislatore ha inserito una deroga nello stesso comma 3, prevedendo che "quando tali impianti risultano insufficienti o inadeguati 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"²⁶⁹. Per quanto concerne tale deroga, preme sottolineare che ad oggi si presenta come più stringente rispetto alla disciplina previgente, nella quale era contemplata all'art. 226- quater, comma 2. Infatti, si prevedeva esclusivamente che potesse eludersi la regola del luogo di esecuzione qualora sussistessero generiche "ragioni d'urgenza", mentre nella disciplina vigente il legislatore richiede non solo la presenza di eccezionali ragioni d'urgenza, bensì anche il requisito dell'inidoneità e insufficienza degli impianti²⁷⁰. Inoltre, è necessario anche rilevare che, come ribadito dalla giurisprudenza della Suprema Corte²⁷¹, si tratta di

²⁶⁷ Art.268 comma 3 c.p.p.

²⁶⁸ Così in primordine la sent. n. 34/1973 della Corte Costituzionale.

²⁶⁹ Art.268 comma 3 c.p.p.

²⁷⁰ Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, pagg. 195-196.

²⁷¹ Cassazione penale, SS.UU., sentenza 31/10/2001 n° 42792

una ipotesi eccezionale, tale per cui una volta terminata la necessità delle ragioni d'urgenza o qualora venisse ripristinata l'idoneità degli impianti, le captazioni dovranno proseguire nel luogo ordinario previsto dal legislatore, dunque presso la Procura della Repubblica, pena l'inutilizzabilità delle stesse ex art.271 co.1. c.p.p.. Oltre a ciò, il legislatore precisa che tale dislocamento delle procedure può sussistere solo in presenza di un provvedimento motivato da parte del pubblico ministero, sempre in ossequio al principio che si tratta di un regime derogatorio rispetto ad una disposizione applicativa di garanzie costituzionali, e dal quale deriva la sanzione dell'inutilizzabilità di tutte quelle captazioni effettuate fuori dalla Procura in presenza di un vizio di motivazione²⁷². In ultimo, è bene precisare che non rientra nelle ipotesi di dislocamento che richiedono un provvedimento motivato le ipotesi di "remotizzazione". Infatti, come sancito in una pronuncia dai giudici della Corte di Cassazione²⁷³, l'utilizzo della tecnica di ascolto remotizzato²⁷⁴ non configura una lesione delle garanzie codicistiche purchè la registrazione²⁷⁵ della captazione avvenga mediante gli impianti presso la Procura della Repubblica. Inoltre, occorre sottolineare che tale previsione specifica del luogo riguarda esclusivamente la fase di registrazione, non essendo richiesto questo requisito dal legislatore né per quanto concerne la verbalizzazione delle registrazioni, né per una eventuale riproduzione dei brani stessi, naturalmente sempre nel contesto delle indagini preliminari.

3.8. La trascrizione delle intercettazioni

Per quanto concerne la disciplina della trascrizione delle intercettazioni, essa è disciplinata dal comma 7 dell'art.268, all'interno del quale si legge che "Il giudice, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431, dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma

²⁷² Le Sezioni Unite hanno precisato che il vizio di motivazione, da ravvisarsi quando la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che dovrebbe giustificare, comporta la inutilizzabilità delle operazioni captative, in Cass., Sez. un, 25 marzo 1998.

²⁷³ Sezioni unite penali; sentenza 26 giugno 2008; Pres. Gemelli, Est. Romis, P.M. Ciani (concl. conf.); ric. Carli. Conferma Trib. Bologna, ord. 19 settembre 2007, in *Il Foro Italiano*, Vol. 132, No. 2 (FEBBRAIO 2009).

²⁷⁴ Mediante tale tecnica di ascolto i flussi sonori vengono istradati e può essere immediatamente ascoltata presso gli uffici della p.g.

²⁷⁵ Si tratta della immissione nel server dei dati captati dall'operatore telefonico

intelligibile 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. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento". Tale tipologia di attività può avvenire in diversi momenti processuali. Infatti, se si procede mediante la procedura ordinaria l'attività in questione verrà effettuata nella fase delle indagini preliminari, ma tuttavia il comma 7 si presenta come una norma generale, non essendoci alcuna specificazione sull'organo giudicante, da cui deriva che si potrà procedere in questo senso sia nella fase dell'udienza preliminare dinanzi al G.u.p.²⁷⁶, sia dinanzi al G.i.p. se si procede mediante rito immediato ex artt. 454 e 457 c.p.p. In ultimo, tale operazione può essere anche effettuata dal giudice del dibattimento. Proseguendo poi nell'analisi della norma, preme rilevare che il legislatore prevede che il giudice possa anche "disporre l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini", ma solo nel caso in cui vi acconsentano le parti, motivo per cui in caso in cui vi siano contestazioni è previsto che sia obbligatorio seguire la disciplina di cui al punto 1 del comma 7 dell'art.268, dunque la disciplina ordinaria nella fase delle indagini preliminari. I difensori delle parti hanno la facoltà di estrarre copia delle trascrizioni delle intercettazioni effettuate nel corso delle indagini preliminari e possono altresì richiedere che le relative registrazioni audio siano trasposte su un supporto tecnico idoneo alla conservazione e alla consultazione, al fine di consentire un'adeguata attività difensiva e di valutazione del contenuto captato. In ogni caso, qualora la complessità del materiale intercettivo lo richieda, il Giudice dell'udienza preliminare ha la possibilità di conferire incarico a un perito trascrittore, affinché proceda alla redazione della perizia fonica. Tuttavia, il GUP, senza essere vincolato all'attesa del completamento e del deposito formale della perizia, può comunque disporre il rinvio a giudizio, qualora ne sussistano i presupposti, inserendo le trascrizioni disponibili delle intercettazioni nell'elenco degli atti destinati a confluire nel fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 431 c.p.p., nel quale verrà successivamente versata anche la perizia trascrittiva. Una volta che il materiale intercettivo sia stato regolarmente acquisito nel fascicolo del dibattimento, in conformità

²⁷⁶ Si tratta del caso in cui gli atti vengono depositati dopo l'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari ex art.415 bis c.p.p.

alle previsioni normative e nel rispetto del contraddittorio, esso potrà essere considerato a tutti gli effetti una prova utilizzabile nel processo. In tal senso, l'art. 526 c.p.p. stabilisce che possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice soltanto le prove acquisite in dibattimento secondo le regole del codice, tra cui rientrano le intercettazioni regolarmente trascritte e periziate.²⁷⁷

3.9. La creazione dell'archivio digitale e lo stralcio

Ai sensi dell'art. 269 c.p.p. "I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni.". Infatti, per archivio digitale si intende uno spazio informatico che viene creato appositamente al fine di conservare tutti gli atti riguardanti le attività di captazione, ed è il meccanismo che ha sostituito il risalente metodo di deposito presso la segreteria del pubblico ministero. Nell'inquadramento temporale delle fasi in cui si concreta l'istituto qui in esame, tale attività avviene a seguito della trasmissione dei verbali sommari e le registrazioni al pubblico ministero ad opera della p.g., come previsto ex art. 268 comma 4 c.p.p.. Inoltre, il legislatore all'interno dell'art.269 c.p.p., esplicita una ulteriore previsione in ordine alla possibilità di accesso e consultazione dell'archivio digitale. Nel dettaglio, la disciplina prevede che l'accesso per la consultazione e l'ascolto delle registrazioni sia concessa al giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti a seguito del deposito ex art.268 c.p.p. e a seguito della notifica dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari ex art.415 comma 2- bis c.p.p. o anche a seguito della richiesta di giudizio immediato ex art.415-bis, in cui il deposito avviene mediante tale richiesta. Inoltre, qualora il pubblico ministero ritenga che dal deposito possa derivare un pregiudizio alle indagini, e dunque che vi siano informazioni che necessitano di essere riservate per consentire di proseguire con l'apparato investigatorio, può richiedere al giudice l'autorizzazione al differimento del deposito ex art.268 comma 5 c.p.p., il quale comunque dovrà avvenire entro il termine per la chiusura delle indagini preliminari. Ciò detto, invero, occorre sottolineare che l'art.269 disciplina anche la conservazione e la

²⁷⁷ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

distruzione delle registrazioni e gli atti contenuti all'interno dell'archivio digitale. Nello specifico, infatti, il secondo comma prevede che essi vengano conservati all'interno del suddetto archivio "fino alla sentenza non più soggetta ad impugnazione". Tale regola generale, secondo interpretazioni dottrinali, trova la sua ratio nella necessità di tutela del dato probatorio per un suo conseguente utilizzo all'interno del procedimento per cui è stato autorizzato o di un altro procedimento. È proprio la delicatezza della questione che impone al giudice uno stretto controllo sulla possibilità o meno di distruggere tale materiale qualora si palesino le ipotesi derogatorie previste dallo stesso articolo 269 c.p.p.. Infatti, preme rilevare che il legislatore abbia previsto che gli interessati, qualora non sia più necessario per il procedimento, possano richiedere al giudice la distruzione del materiale per ragioni di riservatezza e che il giudice debba decidere sulla eventuale utilità del suddetto materiale, come ribadito anche in visione futura, ex art.127 c.p.p., dunque con una apposita udienza in camera di consiglio.²⁷⁸ In ultimo il comma 3 dell'art.269 c.p.p. prevede che, qualora sia prevista, la distruzione avvenga sotto il controllo del giudice e ne viene redatto verbale.

Oltre a ciò, proseguendo la trattazione dell'istituto non ci si può esimere dall'approfondire il tema della udienza di stralcio, intendendosi la procedura camerale a cui sono ammesse le parti in cui avviene una selezione delle intercettazioni che risultano rilevanti, con il conseguente stralcio delle restanti captazioni depositate. Durante tale udienza, che naturalmente può avvenire solo a seguito del deposito presso l'archivio digitale, il giudice delle indagini preliminari dispone l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti che appaiono "non irrilevanti", opta per la restituzione al pubblico ministero di quelle conversazioni che ritiene invece irrilevanti e, infine, procede allo stralcio di quelle comunicazioni e conversazioni non utilizzabili ex art.271 comma 3 e di quei verbali che riguardano categorie particolari di dati personali se non risultano rilevanti.²⁷⁹

4. L'inutilizzabilità degli esiti delle intercettazioni

²⁷⁸ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

²⁷⁹ Cfr. Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 437.

4.1. Il regime dell'inutilizzabilità

L'art. 271 del codice di procedura penale, che disciplina specifiche ipotesi di inutilizzabilità speciale delle intercettazioni, è stato modificato dal D. Lgs. 216/2017. In base a tale norma, continuano a essere considerate inutilizzabili le intercettazioni effettuate:

- al di fuori dei casi previsti dalla legge (artt. 266 c.p.p. e 103, comma 5, c.p.p.; art. 271, comma 1, c.p.p.);
- senza il rispetto delle disposizioni stabilite dall'art. 267 c.p.p. (art. 271, comma 1, c.p.p.);
- in violazione delle prescrizioni contenute nei commi 1 e 3 dell'art. 268 c.p.p. (art. 271, comma 1, c.p.p.).²⁸⁰

Per quanto concerne la prima ipotesi presa in considerazione dal legislatore, si tratta innanzitutto dei casi di tassatività descritti dall'art. 266 c.p.p., al di fuori dei quali ovviamente non si può procedere con le captazioni, mentre l'art. 103 comma 5 prevede che non siano utilizzabili le captazioni di comunicazioni o conversazioni 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”, trovando la sua ratio di limitazione soggettiva nelle garanzie concernenti il diritto alla difesa. Ciò detto, Con riferimento alla violazione delle disposizioni contenute negli articoli 267 e 268, commi 1 e 3, del codice di procedura penale, si pongono all'attenzione diverse ipotesi di possibile invalidità, in considerazione della molteplicità e complessità delle prescrizioni normative previste da tali articoli. In particolare, assume notevole importanza l'ipotesi di nullità di vizio di motivazione del provvedimento con il quale è stata autorizzata, convalidata o prorogata l'intercettazione. In tal caso si è in presenza di un vizio che compromette l'intera operazione, comportando dunque l'invalidità del provvedimento stesso e di conseguenza l'inutilizzabilità di tutte quelle attività di captazione che detto provvedimento aveva autorizzato. Inoltre, un ulteriore caso critico riguarda la motivazione del decreto del pubblico ministero nei casi in cui si ponga in atto

²⁸⁰ Cfr. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

la procedura d'urgenza, ed infine la motivazione del decreto esecutivo, sempre di competenza del P.M., con il quale si permette lo svolgimento delle attività di intercettazioni con impianti situati al di fuori della procura della repubblica. Infatti i suddetti atti, come è già stato analizzato in precedenza, rivestono una importanza tale da comportare una deroga al regime ordinario, motivo per cui il legislatore ne richiede una motivazione specifica in virtù dei requisiti richiesti affinché vengano disposti, da cui discende il principio in ordine al quale la mancanza di enunciazione ed esplicazione di tali elementi comporta l'inutilizzabilità dei risultati. Per quanto concerne, invece, il secondo comma dell'art.271 c.p.p., esso disciplina l'inutilizzabilità delle intercettazioni aventi ad oggetto conversazioni o comunicazioni di soggetti indicati nell'art. 200, comma 1, c.p.p.²⁸¹, qualora esse si riferiscano a fatti conosciuti per ragione del proprio ministero, ufficio o professione. Tale preclusione all'utilizzabilità viene meno solo nel caso in cui le stesse persone abbiano già reso deposizione su tali fatti o li abbiano, in altro modo, volontariamente divulgati. La ragion d'essere di tale previsione si rinviene nella volontà del legislatore di tutelare in maniera specifica il segreto professionale, come del resto avviene anche in ulteriori istituti processuali²⁸². Invero, si è ritenuto che questa norma possa essere letta come una proiezione del diritto di astensione della testimonianza rivolto a determinati soggetti previsti dal comma 1 e 3 dell'articolo 200 c.p.p., in virtù del fatto che il legislatore abbia voluto evitare che gli elementi che essi avevano diritto a non rivelare in sede di dichiarazioni testimoniali potessero entrare all'interno del procedimento mediante l'attività di intercettazione. Teoria che viene ulteriormente confermata anche dalla stessa norma, che infatti prevede che tale limitazione abbia luogo solo allorquando i soggetti in questione non abbiano già deposto sui fatti captati²⁸³. In ultimo, il terzo comma dell'art.271 c.p.p. prevede la distruzione di tutta la documentazione inutilizzabile poiché rientrante tra i casi previsti dai commi precedenti

²⁸¹ Di seguito si riporta il testo integrale del comma 1 dell'art.200 c.p.p.: "Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria:

- a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano;
- b) gli avvocati, gli investigatori privati autorizzati, i consulenti tecnici e i notai;
- c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria;
- d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale

²⁸² Si tratta ad esempio del caso della testimonianza diretta (art. 200 c.p.p.), della testimonianza indiretta o "de auditu" (art. 195, comma 6, c.p.p.), nonché in materia di sequestri (art. 256, comma 2, c.p.p.)

²⁸³ Sul punto v. D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.

dello stesso articolo. Preme sottolineare che tale distruzione si differenzia da quella prevista dall'art.269 commi 2 e 3, che contempla l'ipotesi di distruzione di tutte quelle intercettazioni non acquisite perché irrilevanti o trascrivibili ex art.268 comma 2- bis c.p.p.

4.2. L'utilizzabilità in procedimenti diversi: le criticità dell'art.270 c.p.p.

L'art. 270 c.p.p., da sempre al centro di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale per la sua natura alquanto complessa, è stato ritenuto, unitamente alle disposizioni di cui agli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. Att. C.p.p., come un antidoto²⁸⁴ al fenomeno processuale della c.d. frammentazione eccessiva dei procedimenti²⁸⁵, con la conseguente necessaria predisposizione di singoli apparati probatori posti a fondamento delle rispettive autonome decisioni. Infatti, la norma, rubricata "Utilizzazione in altri procedimenti", enuncia dei casi tassativi in cui è consentito che i risultati delle intercettazioni vengano utilizzati in procedimenti diversi, derogando alla regola generale, allo stesso modo espressa al comma 1 dell'art.270 c.p.p.²⁸⁶, che ne sancisce l'inutilizzabilità. Le problematiche concernenti questo tema, più volte proposte dinanzi alla Consulta sino alla pronuncia di una decisione definitiva che verrà analizzata nel prosieguo, vertevano sul complesso bilanciamento di diritti fondamentali che il legislatore è stato chiamato ad affrontare nella norma qui esaminata. Invero, se essa poteva contenere principi lesivi all'art.15 Cost. e tutte le garanzie che ne potevano derivare soprattutto in punto di motivazione del provvedimento autorizzativo, da un altro punto di vista l'enucleazione di pochi casi tassativi in deroga alla regola generale dell'inutilizzabilità, è parsa a molti come potenzialmente contraria al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ulteriore cardine del nostro ordinamento giuridico costituzionale. Sul punto, in principio, la Corte costituzionale²⁸⁷ aveva ritenuto ragionevole il bilanciamento operato dal legislatore mediante la delimitazione a casi specifici, posta la rilevanza e l'indispensabilità ai fini dell'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza. Infatti, il divieto generale di utilizzabilità in altri

²⁸⁴ Così A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

²⁸⁵ Sul punto v. S. LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Archivio Penale*, 1994, 480.

²⁸⁶ Di seguito il testo integrale del comma 1 dell'art.270 c.p.p.: "I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza".

²⁸⁷ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giust. pen.*, 1992, I, 35.

procedimenti trova la sua ratio nella risoluzione al problema che deriverebbe dall'utilizzo in un altro procedimento di intercettazioni basate su un provvedimento di autorizzazione fondato sull'accertamento di fatti esterni al procedimento in cui vengono utilizzate, facendo venir meno la garanzia della motivazione del provvedimento ex art.15 Cost. Invero, dunque, si può ritenere che l'art.270, anche topograficamente parlando, si configuri come una norma di chiusura, rappresentatrice dell'interesse del legislatore a limitare le possibili combinazioni tra gli articoli precedenti²⁸⁸. Motivo per cui, come è stato ribadito in una pronuncia del 1994 della Corte Costituzionale²⁸⁹ l'inutilizzabilità rappresenta la regola mentre la possibilità di utilizzare i risultati delle captazioni in altri procedimenti è una norma del tutto "eccezionale".

4.3. L'esegesi interpretativa dei "procedimenti diversi"

Al fine di delineare una visione composita e logico giuridica delle diverse interpretazioni che si sono susseguite sul significato di "procedimenti diversi", occorre innanzitutto precisare l'importanza che riveste questo concetto all'interno dell'articolo, da cui discende del resto la complessità della disciplina e il dibattito sorto in merito. Invero, se la ratio dell'articolo 270 c.p.p. era quella di limitare l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni al fine di salvaguardare il diritto costituzionalmente sotteso indicato dall'art.15 Cost, il concetto di "procedimenti diversi" ha storicamente rappresentato una *fictio iuris* per tentare di evitare il divieto imposto dal legislatore, motivo per cui è sempre stato rilevante per le giurisdizioni superiori cercare di arginare questo fenomeno e riportare in auge la volontà legislativa, seppur con orientamenti che, come vedremo, non sempre sono risultati condivisi. Nel dettaglio, dalla qualificazione o meno di un procedimento come "diverso", prescindendo dai casi espressamente individuati dal legislatore per cui non è stato necessario opinare sul regime di utilizzabilità, discendeva una importante preclusione nella conduzione e gestione dell'indagine, e dall'altro lato una fondamentale garanzia per i diritti del cittadino. Ciò detto, è facile comprendere la ragione per cui la vera svolta interpretativa, con carattere definitivo, arriva in tempi molto recenti, specificatamente nel 2019 con la pronuncia n. 51 delle sezioni unite penali della Corte di Cassazione, nota come la c.d. sentenza "Cavallo". Con tale pronuncia, i giudici

²⁸⁸ Sul punto v. M. Griffo, *Non c'è pace per l'articolo 270 c.p.p.: un recente contrasto in ordine ai presupposti di applicabilità della "nuova" disciplina.*, in *Archivio Penale*, 2023 n.2

²⁸⁹ Così, Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in Cass. pen., 1994, 1477.

della Corte Suprema, attendendo a quella funzione nomofilattica tipica dell'organo in questione, offrono una risposta ad un dibattito giurisprudenziale e dottrinale intercorso per anni, che viene ripercorso all'interno della sentenza, la cui analisi è qui essenziale per trattare in maniera compiuta dell'istituto in questione. Dunque, l'analisi della Corte prende avvio ripercorrendo gli orientamenti a partire dal più risalente²⁹⁰, il quale utilizzava un dato grandemente formalistico consistente nel numero di iscrizione nel registro dei reati per differenziare i procedimenti e sul quale i giudici hanno giustamente obiettato che collegare una preclusione così rilevante alla mera possibilità di iscrivere due imputazioni non collegate all'interno dello stesso procedimento nel registro, sarebbe stata una semplice schermaglia per l'utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni²⁹¹. Al contrario, una seconda linea interpretativa fondava le sue ragioni sulla distinzione dei concetti di "reato diverso" e "procedimento diverso", sostenendo che il secondo fosse un concetto molto più ampio del primo e facendo quindi leva sul dato sostanzialistico del fatto-reato. Nel dettaglio, si è sostenuto che il vaglio vada compiuto sul legame tra la notizia di reato in virtù della quale è stato emesso il provvedimento autorizzativo e quella emersa dai risultati dell'intercettazione, che qualora sussista sancisce l'utilizzabilità delle captazioni poiché si fuoriesce dall'ambito del c.d. "procedimento diverso"²⁹². Tuttavia, seppur tale orientamento sia stato sostenuto anche dalle Sezioni Unite Floris (n.32697/2014), nella pronuncia in esame i giudici ne individuano alcune criticità. La prima sorge in relazione alla problematica di applicare tale interpretazione sulla distinzione, nella portata del divieto di utilizzazione, tra la nozione di reato e la nozione di procedimento al comma 2 dell'art.270 c.p.p.; infatti, il secondo comma nel prescrivere il deposito presso l'autorità competente per il diverso procedimento dei verbali e le registrazioni concernenti le intercettazioni autorizzate, presuppone "la distinzione tra procedimento e reato per il cui accertamento i risultati sono utilizzati"²⁹³. Oltre a ciò, si sono susseguiti anche orientamenti distinti sul problema sorto in merito alla necessità o meno che il reato di cui si è avuta notizia tramite le intercettazioni debba rientrare tra i reati tassativamente previsti dall'articolo 266 c.p.p. o meno per la utilizzabilità delle

²⁹⁰ In tal senso, Cass., Sez. I, 23 giugno 1986, Frisina, in Foro it., 1986, II, 19.

²⁹¹ Così sez. 3, n. 33598 del 08/04/2015

²⁹² Così sez. 6 n. 2135 del 10/05/1994; Rizzo, Sez. 1 n.2930 del 17/12/2002, Semeraro; Sez. 3 n. 28516 del 28/02/2018, Marotta; assieme a molte altre pronunce che hanno condiviso questo orientamento

²⁹³ Così Sez. Un. n. 51/2019, Cavallo

suddette captazioni. Sul punto vi sono state interpretazioni che hanno sostenuto che requisito essenziale della utilizzabilità sia la presenza di questi reati nel novero di quelli disciplinati dal legislatore, dunque in ordine ai quali si sarebbe potuto comunque procedere a richiesta di autorizzazione alle intercettazioni in via autonoma²⁹⁴, mentre ve ne sono state altre che non lo hanno ritenuto un elemento essenziale, sostenendo che in presenza di un collegamento probatorio o finalistico tra i due reati l'utilizzabilità sarebbe dovuta essere comunque ammessa²⁹⁵. Ciò detto, è necessario analizzare un ulteriore orientamento sorto in ordine alla qualificazione dei "diversi procedimenti", il quale fonda il suo discrimen sulla presenza di un provvedimento diverso ab origine, e di conseguenza ne fa discendere l'utilizzabilità in tutti quei casi in cui la conoscenza dei reati emerga da attività di captazione legittimamente autorizzata. La ratio di tale orientamento si basa su una lettura combinata degli artt.270 e 266 c.p.p., vertendo sul fatto che il legislatore nella deroga di cui al primo comma del 270 c.p.p. abbia previsto esplicitamente dei casi tassativi diversi da quelli del 266 c.p.p., e che tali casi siano stati disciplinati puntualmente per l'utilizzazione extraprocedimentale, in cui tuttavia non rientrano quei reati la cui *notitiae criminis* sorge all'interno del procedimento per cui le captazioni siano già state legittimamente autorizzate, anche qualora diano luogo ad iscrizioni diverse nel registro ex art.335 c.p.p.²⁹⁶. In ultimo, viene preso in considerazione un altro orientamento risalente²⁹⁷, il quale si sostanzia in una interpretazione letterale dell'art.270 c.p.p., ritenendo che l'utilizzabilità debba essere attuata solo nei casi esplicitamente previsti dal legislatore all'interno della norma. La ragione sottostante, in questo caso, fonda le sue origini in un collegamento stringente tra il concetto di "procedimento" e quello di "notizia di reato", ritenendo pertanto che la presenza di una notizia di reato diversa da quella per cui il mezzo di ricerca della prova era stato legittimamente autorizzato rende i suoi risultati inutilizzabili. Ebbene, i giudici della Corte suprema nella già menzionata pronuncia Cavallo, dopo aver analizzato i diversi orientamenti hanno prioritariamente chiarito due questioni preliminari di cui è necessario fare accenno. In primis, dunque, è stato ribadito il concetto, già pacifico, che il limite di utilizzabilità sia riferito solo all'utilizzo delle risultanze delle captazioni a livello probatorio, non essendovi divieti in

²⁹⁴ Così Sez.6 n.4942 del 15/01/2004, Kolakowska Bolzena

²⁹⁵ In tal senso Sez. 5 n.45535 del 16/03/2016, Damiani De Paula

²⁹⁶ Così Sez.6, n.6702 del 16/12/2014, La Volla; Sez. 6, n. 21740 del 01/03/2016, Masciotta

²⁹⁷ In tal senso Sez. 3, n.9993 del 03/07/1991, Cerra

merito alla possibilità di utilizzo quale *notitiae criminis* per l'apertura di un nuovo procedimento, principio del resto discendente dal cardine costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale in capo al pubblico ministero. In *secundis*, la Corte ha voluto chiarire un ulteriore punto di dibattito, sancendo che il requisito della presenza del reato appreso dalle intercettazioni autorizzate all'interno del novero dei reati tassativamente previsti dall'art.266 c.p.p., sia elemento essenziale per l'utilizzabilità di dette risultanze. Entrando poi nel merito della questione, i giudici delle Sezioni Unite basano la conclusione definitiva sull'impostazione dell'orientamento maggioritario, condiviso anche dalle sezioni unite Floris, che si basa sulla distinzione tra "reato diverso" e "procedimento diverso" effettuando tuttavia alcune rilevanti puntualizzazioni. Infatti partendo dalla necessità di chiarire quale sia il collegamento tra fatti- reato da ricercare per l'utilizzabilità delle intercettazioni, si nota come le diverse citazioni di collegamenti probatori, oggettivi e finalistici richiamino "le ipotesi di connessione ex art.12 c.p.p.²⁹⁸ o di collegamento ex art.371, comma 2 lett b) e c) c.p.p."²⁹⁹. Nello specifico, si è ritenuto che solo nelle ipotesi di connessione ex art.12 c.p.p., data la coincidenza di elementi sul piano del fatto-reato creatrice di un legame sostanziale tra i due, permettesse l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni autorizzate con provvedimento legittimamente motivato per uno dei due reati, evitando, in virtù di tale legame, che l'autorizzazione previamente emessa possa essere considerata come "emessa in bianco". In ultimo, al fine di ultimare la trattazione della dibattuta storia susseguitasi sull'art.270 si riporta testualmente la massima della sentenza esaminata, caposaldo in materia: "Il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge"³⁰⁰.

²⁹⁸ La connessione ex art.12 c.p.p. riguarda quei procedimenti, tra i quali esiste un collegamento in virtù del fatto che parte della cosa giudicata di uno di essi coincida con quella dell'altro.

²⁹⁹ Cfr. Sez. Un. n. 51/2019, Cavallo

³⁰⁰ Sez. Unite, pronuncia n.51 del 2019, Cavallo, paragrafo 12

4.4. Le modifiche introdotte dal d.l. 161/2019

La rilevanza della pronuncia appena analizzata si può desumere anche dall'effetto che essa ha avuto sull'attività legislativa. Infatti, il legislatore, a seguito dell'interpretazione offerta dai giudici della suprema Corte, è intervenuto anche sul comma 1 dell'art.270, mediante il d.l. 161/2019, che, come è già stato menzionato, ha apportato rilevanti modifiche sull'istituto delle intercettazioni. La modifica, nel dettaglio, ha previsto che i risultati delle intercettazioni sono inutilizzabili in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti “salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1”³⁰¹. Dunque, se la regola generale resta la medesima, a subire variazione è la portata della deroga, nella quale viene inserito il requisito della “rilevanza” oltre a quello della indispensabilità e viene estesa l'operatività del regime derogatorio anche ai reati di cui all'art.266 comma 1. La prima problematica sorta in ordine a tale modifica normativa attiene alla interpretazione della previsione dei due articoli, e nello specifico se la volontà del legislatore sia stata quella di richiedere che sussistano cumulativamente, dunque limitando la portata della deroga, o di prevedere che sussistano in maniera disgiunta o alternativa. Ad un'analisi più attenta, guardando nello specifico a quanto emerge dai lavori preparatori, l'ipotesi di una lettura cumulativa dei requisiti previsti per l'utilizzabilità delle intercettazioni acquisite in un diverso procedimento, secondo cui il reato oggetto del nuovo accertamento dovrebbe rientrare congiuntamente sia nel catalogo dell'art. 380 c.p.p. sia in quello dell'art. 266 c.p.p., non trova fondamento né nel tenore letterale della norma, né nella volontà del legislatore.³⁰² Una simile interpretazione restrittiva, infatti, finirebbe per comprimere eccessivamente l'ambito della deroga al principio di inutilizzabilità delle intercettazioni c.d. extraprocedimentali, introducendo una limitazione non coerente con l'evoluzione normativa intervenuta con l'introduzione del comma 1-bis dell'art. 270 c.p.p. Tale disposizione, che disciplina l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni tra presenti effettuate mediante captatore informatico, consente in modo esplicito l'utilizzo degli esiti delle captazioni anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato originariamente autorizzato il mezzo di ricerca della

³⁰¹ Art. 270 comma 1 c.p.p., come modificato dal d.l. 161/2019

³⁰² Parere della Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 19 febbraio 2020 relativamente all'emendamento n. 2.219.

prova. Tale estensione, tuttavia, è ammessa a condizione che i risultati dell'intercettazione siano indispensabili all'accertamento di uno dei delitti previsti dall'art. 266, comma 2-bis, c.p.p. Ne consegue che la prospettiva interpretativa fondata su una lettura congiunta e cumulativa dei presupposti di cui agli artt. 266 e 380 c.p.p. risulterebbe non solo priva di base normativa, ma anche in contrasto con l'orientamento espansivo della recente disciplina, la quale conferma la volontà del legislatore di ampliare, seppure in maniera controllata, i margini di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui esse sono state autorizzate.³⁰³ Tuttavia, dall'altro lato, una interpretazione della lettura disgiunta dei due articoli farebbe discendere un ampliamento del regime derogatorio, che potrebbe apparire contrario alla visione delle sezioni unite Cavallo e soprattutto a quel "non irragionevole" bilanciamento tra valori costituzionali distinti che il legislatore aveva attuato nel prevedere una deroga dal carattere restrittivo. In ogni caso la problematica più rilevante della modifica normativa sembra essere legata a quanto l'interpretazione estensiva dell'art. 270 comma 1 mal si concili con le previsioni eccezionali legate al captatore informatico previste dal comma 1-bis. Invero, in definitiva, il dubbio attiene al fatto che sia prevista la possibilità di estendere l'utilizzabilità probatoria dei risultati delle intercettazioni "ordinarie" all'intera categoria dei reati non connessi, purché rientranti tra quelli per cui la legge ammette il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova. Diversamente, nel caso delle indagini condotte mediante captatore informatico, si applica, coerentemente, un criterio più rigoroso e selettivo, che limita l'estensione dell'utilizzabilità a specifiche ipotesi normativamente previste.³⁰⁴ In ultimo, un ulteriore problema circa la portata attuativa della nuova disciplina ha riguardato i dubbi circa il dies a quo della sua applicazione. Infatti, il d.l. 161/2019 ha operato un intervento chiarificatore, rispetto a tutti i dubbi sorti in merito all'applicazione della Riforma Orlando sul tema del dies a quo³⁰⁵, prevedendo esplicitamente che la nuova disciplina si applica a tutti i procedimenti iscritti successivamente al 31 agosto 2020. Dunque, seppur l'intervento del legislatore, con l'intenzione di basare il regime normativo a cui dare applicazione sulla data

³⁰³ Così VANORIO, Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020, in *sistemapenale.it*, 12 giugno 2020.

³⁰⁴ Sul punto v. Così VANORIO, Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020, in *sistemapenale.it*, 12 giugno 2020.

³⁰⁵ Per una disamina più approfondita del tema v. cap.2 par.1.4. di questo elaborato

dell'iscrizione e non più sulla data di autorizzazione, abbia semplificato notevolmente l'attuazione delle nuove norme evitando la commistione di due diverse discipline nello stesso procedimento³⁰⁶, esso ha lasciato spazio a dubbi interpretativo in ordine a quale dei due procedimenti tener conto per la data di iscrizione. Nello specifico, ci si è chiesti se l'applicazione della nuova disciplina dovesse discendere dalla data di iscrizione del nuovo procedimento in cui venivano utilizzati i risultati del procedimento originario, ossia se il nuovo procedimento fosse stato iscritto dopo il 31 agosto 2020, oppure, come è stato sostenuto da altra parte della giurisprudenza, se ad essere iscritto dopo il 31 agosto 2020 dovesse essere il procedimento originario, dunque quello in ragione del quale era stato rilasciato il provvedimento autorizzativo alle attività di captazione. Un primo orientamento in merito³⁰⁷, che trova la sua ratio sulla disposizione transitoria della riforma delle intercettazioni, valorizza l'iscrizione del procedimento penale originario, sostenendo che non rilevino le iscrizioni dei successivi provvedimenti sorti dalla separazione, per cui qualora il procedimento in cui è stato rilasciato il provvedimento autorizzativo avesse data anteriore al 31 agosto 2020, si applicherebbe la disciplina previgente che relega il regime in deroga ai soli casi previsti ex art.380 c.p.p.. Al contrario, secondo un diverso orientamento, la previsione normativa dei "procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020", fa riferimento ai procedimenti nel cui ambito utilizzare i risultati delle captazioni, essendo la deroga esplicitamente prevista per la circolazione extraprocedimentale dei risultati delle intercettazioni e non riguardo al procedimento originario³⁰⁸. In questo caso è importante sottolineare che la problematica sottostante la questione riguarda il concetto di autonomia delle iscrizioni, il quale è sorto soprattutto in ordine al calcolo dei tempi di durata delle indagini e di durata delle misure cautelari³⁰⁹. Da ciò discende che dall'interpretazione restrittiva della norma che privilegia l'iscrizione del procedimento originario potrebbe trascendere in una lesione di un principio cardine anche per la durata di ulteriori provvedimenti potenzialmente lesivi di diritti fondamentali, quali le misure cautelari, poiché tende a negare l'autonomia

³⁰⁶ Sul punto v. M. Griffo, *Non c'è pace per l'articolo 270 c.p.p.: un recente contrasto in ordine ai presupposti di applicabilità della "nuova" disciplina*, in *Archivio Penale*, 2023 n.2

³⁰⁷ Cass. Pen. Sez. VI 24/11/2022, n. 9846

³⁰⁸ Cass. Pen., Sez. V, n. 37169 del 20/07/2022; Cass. Pen., Sez. V, n. 37911 del 20/07/2022

³⁰⁹ Cass. Pen., Sez. VI del 12/03/2002, n.19053; Cass. Pen., Sez. II n.29143 del 22/3/2013; Cass. pen. Sez. II, del 06/03/2019, n. 22016.

dell'iscrizione del nuovo procedimento³¹⁰. Ciò detto, dunque, sembra da ritenere preferibile il secondo orientamento, anche in virtù dell'applicazione che esso ha avuto nella prassi giurisprudenziale.

4.5. La reintroduzione dell'assetto normativo iniziale del D.d.l. Nordio

La legge 9 ottobre 2023, n. 137, che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 10 agosto 2023, n. 105, è nuovamente intervenuta sul delicato tema della disciplina relativa all'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in procedimenti penali diversi da quelli per i quali tali strumenti investigativi sono stati originariamente autorizzati. In particolare, l'articolo 1, comma 2-quater, della legge di conversione ha modificato in maniera significativa l'articolo 270, comma 1, del codice di procedura penale. Con questa modifica è stata eliminata la previsione, introdotta dall'art. 2, comma 1, lettera g), del D.L. n. 161 del 2019, che consentiva l'utilizzazione delle intercettazioni anche nei casi in cui i reati accertati rientrassero tra quelli elencati nell'articolo 266, comma 1, c.p.p., ossia nel catalogo dei reati che giustificano, in linea generale, il ricorso alle intercettazioni. A seguito di tale intervento normativo, l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti differenti da quelli in cui esse sono state disposte è ora soggetta a una condizione più restrittiva: non è più sufficiente che il reato emerso appartenga alle categorie previste dall'art. 266 c.p.p. Affinché tali risultati siano impiegabili, è necessario che gli stessi siano rilevanti e, soprattutto, indispensabili per l'accertamento di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, secondo quanto stabilito dall'art. 380 c.p.p. Questo passaggio normativo segna dunque un ritorno alla formulazione originaria della norma, che, sebbene ripristinata, deve comunque essere letta e interpretata alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che in passato hanno delineato i confini applicativi dell'articolo 270 c.p.p. Inoltre, la riforma ha introdotto una disposizione transitoria di rilievo, che deroga al principio generale del *tempus regit actum*. In base all'articolo 1, comma 2-quinquies, del decreto-legge n. 105/2023, come modificato dalla legge di conversione, le nuove regole si applicano esclusivamente ai procedimenti iscritti successivamente alla data di entrata in vigore della

³¹⁰ Così L. Giordano, *"Intercettazioni: utilizzo in un procedimento diverso "stralciato" da quello originario dopo il 31 agosto 2020"* da *Il quotidiano giuridico*, in *altalex.com*, 2023

legge stessa. Questo approccio non è nuovo: una simile previsione era già stata adottata all'articolo 9 del decreto legislativo n. 216 del 2017, in occasione della riforma organica della disciplina delle intercettazioni, ed anche allora, come analizzato nel paragrafo precedente si era posta una rilevante questione interpretativa, relativa proprio all'individuazione dell'ambito temporale di applicazione della nuova disciplina, che aveva dato luogo a numerosi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali.³¹¹

5. Il doppio binario: la disciplina delle intercettazioni nei reati di criminalità organizzata o di minaccia con il mezzo del telefono

5.1. La ratio legis di una decretazione d'emergenza durante il decennio delle stragi

Al fine di orientare una trattazione completa e coerente della disciplina codicistica dell'istituto delle intercettazioni, è necessario analizzare nel dettaglio la normativa derogatoria in materia di reati di criminalità organizzata, la quale trova la sua origine all'interno del d. l. 13 maggio 1991, n.52 convertito nella l. 12 luglio 1991, n. 203, recante “provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa”. Invero, è innanzitutto necessario soffermarsi sul contesto storico in cui questo decreto si inserisce, al pari di molti altri provvedimenti legislativi³¹² che in quegli anni hanno caratterizzato una vera e propria decretazione d'urgenza volta alla lotta al fenomeno della criminalità organizzata. Si tratta, infatti, degli anni passati alla storia come il periodo della lotta stato- mafia, in cui il legislatore ha tentato di arginare una vera e propria minaccia all'ordinamento tramite una serie di modifiche normative volte principalmente a semplificare l'ambito delle indagini ammettendo talune deroghe a regimi garantisti, in virtù della necessità di una risposta forte da parte del potere statale che, a partire da quegli anni, ha da sempre rappresentato un essenziale bilanciamento anche rispetto alla compressione di diritti fondamentali. In tale ambito, naturalmente, si inserisce anche l'importanza del mezzo di ricerca della prova qui analizzato, il quale in virtù dell'art.13 del d.l. 152/1991 è stato oggetto di attenuazioni a quella natura garantista che ne connota gli elementi. Naturalmente si tratta di una

³¹¹ Cfr. L. Giordano, “Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni”, in *altalex.com*, del 04/04/2024

³¹² Tra i quali è possibile citare il l d. l. 15 gennaio 1991, n. 8, convertito dalla l. 15 marzo 1991, n. 82 ed anche il d. l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

previsione legislativa specifica, che dunque trova il suo ambito di applicazione solo in presenza di determinate categorie di reato, da cui discende anche la definizione di “doppio binario”, elemento instauratosi nel gergo al fine di differenziare una disciplina codicistica più “giustizialista” rispetto ai c.d. “reati comuni”. Le motivazioni che hanno ispirato l’introduzione della norma in esame possono essere desunte dall’attenta analisi dei lavori preparatori, i quali evidenziano chiaramente l’intento del legislatore di reagire a situazioni straordinarie di emergenza, determinate dall’elevato livello di pericolosità e dalla crescente capacità offensiva raggiunta dalle organizzazioni mafiose. In tali atti emerge la consapevolezza che la minaccia posta dalla criminalità organizzata non si limita alla mera commissione di reati, ma si estende fino a minare le fondamenta stesse dell’ordine democratico e della convivenza civile. Tale contesto emergenziale è stato, per certi aspetti, paragonato a quello che aveva contraddistinto la stagione del terrorismo eversivo degli anni precedenti, con il quale la criminalità mafiosa condivide, da un punto di vista criminologico, alcuni tratti significativi. Entrambe le forme di criminalità, infatti, si caratterizzano per l’adozione sistematica di condotte violente, spesso di natura stragista, e per il perseguimento di obiettivi intermedi di forte impatto politico e sociale, come la destabilizzazione delle istituzioni pubbliche e il condizionamento delle scelte statali³¹³. Alla luce di queste considerazioni, il legislatore ha inteso adottare una risposta normativa ispirata non alla repressione dei singoli reati in senso tradizionale, bensì a una strategia più ampia e incisiva, rivolta al contrasto dell’intero fenomeno criminale nel suo complesso. Tale approccio ha portato all’elaborazione di un apparato sanzionatorio differenziato, pensato per affrontare in modo più efficace e mirato le peculiari caratteristiche e la pervasività delle organizzazioni mafiose, combinando strumenti di prevenzione e repressione in un’ottica di tutela rafforzata dell’ordinamento democratico.

5.2. L’articolo 13 del d. l. 152/1991 e la nozione di “criminalità organizzata”

Con l’intenzione di volgere la trattazione ad una dettagliata disamina della normativa citata in riferimento all’istituto processuale delle intercettazioni, è innanzitutto necessario soffermarsi sull’art.13 del suddetto decreto. La prima problematica rilevante all’interno della norma, infatti, riguarda il riferimento esplicito ma fin troppo generico che il

³¹³ Cfr. C. Ruga Riva, *“Il premio per la collaborazione processuale”*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 74 ss.

legislatore fa all'applicazione del regime derogatorio ad un "delitto di criminalità organizzata", il quale ha portato all'apertura di un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale che occorre considerare. In primo luogo, in ambito dottrinale le visioni sono state numerose, alcuni studiosi hanno infatti sostenuto che il legislatore volesse riferirsi a tutti i reati che presentano un collegamento con associazioni criminali ovvero alle loro attività³¹⁴, mentre altri hanno addirittura esteso la portata della norma ad ipotesi di mero concorso di persone allorquando vi sia un medesimo scopo criminoso³¹⁵. Tuttavia, ciò che davvero rileva sul punto, oltre il piano teorico, sono stati i numerosi orientamenti giurisprudenziali, culminati in una pronuncia del 2016 delle Sezioni Unite, i quali hanno cercato di ricostruire la nozione di criminalità organizzata in maniera più tassativa, in virtù della necessità di avere un novero di reati ben definito per l'applicazione della suddetta disciplina. Ciò detto, va rilevata comunque la presenza di autori che hanno fatto riferimento specifico ad elenchi tassativi di reati, di cui il maggioritario orientamento riporta all'accostamento della nozione di "criminalità organizzata" all'interno dell'art.13 all'art.51 comma 3 bis c.p.p., in quanto è stato ritenuto che fosse necessaria una interpretazione restrittiva della norma, in virtù della sua portata derogatoria rispetto ad un apparato normativo volto a salvaguardare la tutela di diritti fondamentali³¹⁶. Per quanto concerne, invece, gli approdi giurisprudenziali, a seguito del ricorrere di diversi orientamenti³¹⁷, una prima pronuncia in merito da parte delle Sezioni Unite ebbe luogo nel 2005, quando i giudici della Corte suprema con la celebre sentenza "Petrarca" che affrontò il tema dei delitti di "criminalità organizzata" in ordine alla sospensione feriale dei termini delle indagini preliminari ex art. 240 bis comma 2 disp. Att. C.p.p., ricollegarono la nozione in esame anche ai delitti associativi previsti da norme speciali e qualsiasi tipo di associazione a delinquere ex art.416 c.p., con l'esclusione del mero

³¹⁴ Sul punto v. A. Spataro, "Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali", in *Quaderni C.s.m.*, n.69, 1994, pag.37

³¹⁵ Cfr. D. Manzione, "Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e L.203/91): uno sguardo d'insieme" in *Legisl. Pen.*, 1992, pag. 851

³¹⁶ L. Filippi, "Le intercettazioni di comunicazioni", Giuffrè, Milano, 1997

³¹⁷ Nello specifico, un primo orientamento ha valorizzato il fattore organizzativo ricomprendendo ipotesi di attività criminose associative che abbiano costruito un apparato organizzativo in cui l'associazione assume un ruolo preminente (Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997 n.7 Pacini Battaglia), mentre un secondo orientamento ha collegato la definizione del legislatore ad una categoria di delitti riconducibili agli artt. 407 comma 2 lett. a), 372 comma 1 bis, 51 comma 3 bis e 54 del codice di procedura penale (Cass. Sez. VI, 24 febbraio 1995 n. 6159, Galvanin)

concorso di persone nel reato³¹⁸. In ultimo, a seguito di ulteriori pronunce³¹⁹ che avevano rimarcato tale orientamento, le sezioni Unite hanno nuovamente chiarito cosa si dovesse intendere per “delitti di criminalità organizza” all’interno dell’art.13, prendendo le mosse dall’impostazione appena enunciata ma distaccandosene sotto alcuni profili³²⁰. Nel dettaglio, infatti, viene in rilievo la già menzionata pronuncia Scurato, la quale seppur sia nota per i suoi chiarimenti in ordine al captatore informatico, è nuovamente intervenuta sul punto in esame in questi termini: “in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, ai fini dell'applicazione della disciplina derogatoria delle norme codicistiche prevista dall’art. 13 del d. l. n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell’art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. nonché quelli comunque facenti capo ad un’associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato”³²¹.

5.3. L’intervento legislativo del d. l. 105/2023

A seguito del suddetto intervento delle Sezioni Unite del 2016 i dibattiti in materia non si sono conclusi, bensì sono affiorate nuove tematiche controverse, le quali hanno portato a quello che era stato presentato come un intervento normativo di interpretazione autentica con il d. l. 105/2023. Nello specifico, come specificato in una conferenza del Consiglio dei ministri, l’intento del legislatore è sorto in ordine alla contrarietà di una sentenza della Prima Sezione della Cassazione rispetto alla pronuncia “Scurato”, che verteva, in particolare, sull’applicazione della disciplina a reati monosoggettivi aggravati ex art.416- bis c.p. Invero, entrando nella trattazione della questione, è necessario rilevare che se tra i reati elencati nell’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., richiamato espressamente dalle Sezioni Unite nella sentenza Scurato, rientrano anche i reati monosoggettivi aggravati dal cosiddetto metodo mafioso o dalla finalità di agevolare un’associazione mafiosa, nonché quelli commessi con finalità di terrorismo e che,

³¹⁸ Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 17706, Petrarca

³¹⁹ Tra cui rileva: Sez. Un, 15 luglio 2010, n.37501, Donadio

³²⁰ Tra i quali ad esempio la differenza rispetto alla pronuncia Donadio che aveva escluso che un delitto aggravato a norma dell’art.7 del d. l. 152/1991 potesse essere considerato di criminalità organizzata nonostante rientri nel novero ex art. 51 comma 3- bis.

³²¹ Sez. Un. 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato

dunque, la disciplina derogatoria rispetto all'ordinario regime autorizzativo delle intercettazioni si applichi anche a tali fattispecie, di diverso avviso è la sentenza n. 34895/2022 della Prima Sezione della Corte di Cassazione. Secondo questa pronuncia, la sentenza Scurato avrebbe inteso limitare il richiamo all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. ai soli reati associativi espressamente indicati, escludendo invece gli altri, ossia i reati monosoggettivi aggravati dal metodo mafioso, come ad esempio l'omicidio aggravato, oggetto del caso esaminato. Secondo la lettura offerta dalla Prima Sezione, la motivazione complessiva della sentenza Scurato lascia intendere che "indefettibile...per integrare la nozione di delitti di 'criminalità organizzata'...è la contestazione di una fattispecie associativa, anche comune, con la sola esclusione del concorso di persone nel reato"³²² Dunque, seppur vi siano state critiche all'utilizzo del sistema legislativo rispetto ad un contrasto che viene solitamente svolto all'interno della giurisprudenza stessa, è necessario riportare quali siano state le effettive modifiche introdotte con il d.l. del 2023. Infatti, il suddetto decreto, ha disposto (con l'art. 1, comma 1) che "Le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, si applicano anche nei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 452-quaterdecies e 630 del codice penale, ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo"; ha inoltre disposto (con l'art. 1, comma 2) che "La disposizione del comma 1 si applica anche nei procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto". Sul punto, infine, si può sinteticamente notare che ai delitti esplicitati dalla norma, essendo già previsti nel novero dell'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p., venisse già applicata la disciplina in deroga in virtù della funzione di interpretazione nomofilattica della pronuncia delle Sezioni Unite e che dunque sia stato codificato quanto era già presente all'interno del nostro ordinamento sotto forma di diritto vivente³²³. Oltre a ciò, è necessario anche riportare a quanto sancito da una ulteriore pronuncia della Corte Suprema, la prima ad esprimersi sulla problematica della natura del nuovo d. l. entrato in vigore. Nel dettaglio, la definizione della norma come di interpretazione autentica, porta con sé la possibilità di applicazione retroattiva della

³²² Cfr. G.L. Gatta, "INTERCETTAZIONI E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: QUANDO A VOLER PRECISARE SI FINISCE PER COMPLICARE", in *Sistema Penale*, 8 agosto 2023.

³²³ Ibidem

stessa, non presentando caratteri innovativi e, dati i quesiti sorti in ordine alla portata interpretativa³²⁴ della suddetta norma e dunque alla sua applicabilità la pronuncia citata risulta molto rilevante. Infatti, con la sentenza n. 47643, la seconda sezione della Cassazione penale ha chiarito che si tratta di una norma di interpretazione autentica con carattere retroattivo, valorizzando la volontà legislativa alla base dell'intervento³²⁵

5.4. La disciplina del d. l. 152/1991

Dunque, dopo aver evidenziato le ragioni ispiratrici e le complessità interpretative che hanno caratterizzato la disciplina dell'art.13 del d. l. 152/ 1991, convertito con modifiche dalla l. n. 203/ 1991, è opportuno trattare di quali siano effettivamente le deroghe introdotte dal legislatore rispetto alla disciplina ordinaria. Infatti, come si evince dal testo normativo e come già ribadito nei paragrafi precedenti in ossequio alla ratio creatrice della norma stessa, si tratta di un regime che permette l'utilizzo del mezzo di ricerca della prova qui esaminato tramite una disciplina meno rigorosa rispetto all'ordinaria disciplina codicistica. Naturalmente, anche in questo ambito, presupposto indefettibile è sempre quel bilanciamento di principi costituzionali, il quale ha portato senza dubbio a dar maggior rilievo alla pericolosità sociale destata da alcune tipologie di delitti, per i quali si è sentito il dover di agire mediante un'impostazione statutale forte, al fine di fronteggiare casi di criminalità che hanno destato un elevato allarme sociale. Nel dettaglio occorre guardare al testo della disposizione normativa, di cui il primo comma recita: “In deroga a quanto disposto dall'articolo 267 ((, comma 1,)) del codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistano sufficienti indizi. Nella valutazione dei sufficienti indizi si applica l'articolo 203 del codice di procedura penale. Quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 614 del

³²⁴ Molti dei quali sorti in virtù della natura pressoché transittiva del secondo comma dell'art.1 del d. l. 105/2023

³²⁵ Sul punto v. M. Toriello, “*La prima pronuncia della Corte di Cassazione sul decreto legge n.105 del 2023: quella introdotta in materia di intercettazioni è norma di interpretazione autentica*” in *Sistema Penale*, 2023

Codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa³²⁶. Ebbene, dal testo del primo comma si possono chiaramente osservare le tre deroghe fondamentali rispetto alla disciplina prevista per i c.d. “reati comuni”. In primis, infatti la norma parla del requisito della “necessità ai fini dello svolgimento” delle indagini, rispetto a quanto richiesto dall’art 267 c.p.p., in cui uno dei due elementi richiesti per l’emissione del provvedimento autorizzativo è quello della “assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione” delle indagini. Sul punto va notato che il legislatore mediante la previsione della assoluta indispensabilità ha voluto sancire la possibilità di utilizzo delle intercettazioni solo qualora non fosse possibile utilizzare gli altri mezzi di ricerca della prova, da cui consegue il principio in ordine al quale quando si tratta dell’applicazione della disciplina in deroga sia possibile procedere ad effettuare le captazioni anche in presenza di altri strumenti di ricerca della prova utilizzabili³²⁷. Inoltre, una ulteriore differenza viene rinvenuta nel fatto che all’interno del decreto si parla di “svolgimento” delle indagini, mentre all’interno del codice il riferimento è alla “prosecuzione” delle stesse, intendendosi, secondo autorevole dottrina, che nei casi previsti dalla normativa speciale si possa procedere ad attività di intercettazione anche come primo atto di indagine³²⁸. In secondo luogo, una ulteriore deroga riguarda il discrimen tra i “gravi indizi” richiesti per la disciplina comune e i “sufficienti indizi” citati nella disposizione in analisi: sul punto, data la complessità dell’interpretazione del concetto di indizio anche nella norma codicistica, si è sostenuto che la differenza andasse trovata in una visione più psicologica, facendo sì che il giudice potesse emettere il provvedimento anche su indizi meno convincenti o dal quadro complessivo meno solido rispetto a quello richiesto dal codice di procedura penale³²⁹. Ed in ultimo, il comma 1 prevede che nel caso di intercettazioni ambientali, si possa procedere alla esecuzione materiale delle stesse anche nei “luoghi di privata dimora”, tuttavia non richiedendo, come avviene nella disciplina ordinaria, che vi sia motivo di ritenere che in detti luoghi si stia svolgendo l’attività criminosa. Ciò detto, proseguendo tale analisi, occorre riportare il comma 2 dell’articolo 13, dal cui testo si legge: “Nei casi di cui al comma 1, ((in deroga a quanto disposto dall’articolo 267, comma 3, del codice

³²⁶ Art. 13 comma 1 del d. l. 152/1991, come convertito dalla l. 203/1991

³²⁷ E. Aprile F. Spezia, “*Le intercettazioni telefoniche e ambientali*”, Giuffrè, Milano, 2004

³²⁸ L. Filippi, op. cit., pag. 76

³²⁹ Cfr. L. Cusano, E. Piro, op. cit. p.398; A. Camon, op. cit., p.398

di procedura penale,)) la durata delle operazioni non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di venti giorni, qualora permangano i presupposti indicati nel comma 1. Nei casi di urgenza, alla proroga provvede direttamente il pubblico ministero; in tal caso si osservano le disposizioni del comma 2 dell'articolo 267 del codice di procedura penale.” Dunque, la deroga contenuta all’interno del secondo comma riguarda la durata delle operazioni che, a differenza del regime ordinario che prevede una durata massima di 15 giorni prorogabili, in questo caso prevede una durata di 40 giorni prorogabili per periodi successivi di 20 giorni. Sul punto, inoltre, è anche intervenuta una recentissima riforma legislativa, la quale ha previsto un limite massimo di durata di 45 giorni per le attività di captazione autorizzate per i “reati comuni”, prevedendo che tale limite non trovi invece applicazione nei procedimenti riguardanti i reati previsti dall’art.13 del d. l. 152/1991³³⁰. In ultimo, è fondamentale rilevare che nell’applicazione della disciplina derogatoria è ammessa la possibilità di proroga d’urgenza da parte del p.m., la quale deve comunque sottostare alla successiva convalida ex art.267 comma 2, ma non è ad ogni modo presente nella disciplina ordinaria in cui l’emissione del decreto d’urgenza non può avvenire in sede di proroga. Le sfide crescenti, di continuativa marcata attualità, rappresentate dalla criminalità organizzata, soprattutto di stampo “economico-imprenditoriale”, quindi volte essenzialmente al reimpiego e riciclaggio di capitali illeciti, e dal terrorismo, nelle nuove allarmanti prospettive del cyber terrorismo a mezzo internet, rendono probabile la necessità di continui ulteriori interventi legislativi e giurisprudenziali in materia di intercettazioni. Tale strumento investigativo, invero, continua a svolgere un ruolo di primo piano nella lotta alla criminalità organizzata, perseverando le organizzazioni di stampo mafioso, camorristico, ndranghetista ed assimilabili nella tradizionale natura di organismi chiusi e non decifrabili se non attraverso l’utilizzo di strumenti e tecnologie avanzate: ciò, naturalmente, nel perenne bilanciamento tra l’efficacia delle indagini e la tutela dei diritti fondamentali, capisaldi entrambi di un autentico Stato di diritto.

³³⁰ Nel dettaglio, in data 24 aprile 2025, dopo l’ordinario periodo di vacatio legis, è entrata in vigore la l. 31.3.2025, n. 47 (legge Zanettin).

Capitolo 3

Le intercettazioni mediante l'uso del captatore informatico

1. Il captatore informatico

1.1. Definizione e connotati

Il processo penale e, nel dettaglio l'indagine penale stessa, sono caratterizzati dalla contrapposizione di differenti esigenze sia in ordine alla repressione dei fenomeni delittuosi mediante gli strumenti tecnici posti a disposizione dello Stato, sia per quanto concerne le garanzie di cui tener conto e dunque le stesse barriere normative che l'evoluzione tecnologica frappone all'accertamento tipico dell'azione penale. I fenomeni criminali, infatti, si evolvono insieme ai mezzi di comunicazione, che non solo diventano strumenti per la commissione dei reati, ma danno anche origine a nuove e inedite condotte delittuose. In questo contesto, è inevitabile che il diritto processuale italiano si trovi ad affrontare questioni complesse legate all'impiego di strumenti tecnologici che solo di recente sono entrati nel bagaglio operativo delle forze dell'ordine e delle Procure. Tuttavia, alla crescente capacità esplorativa offerta da tali strumenti fa da contrappeso il rischio, altrettanto rilevante, di una loro pericolosa intrusività, capace di oltrepassare ogni barriera a tutela della sfera più privata dell'individuo e di chi con lui entri in relazione.³³¹ Tra i suddetti strumenti sicuramente rileva il captatore informatico, un virus dalla elevata capacità intrusiva dal cui utilizzo è da sempre derivato un grande dibattito sociale, politico e giuridico. Al fine di esaminarne l'utilizzo come mezzo di intercettazione è prioritariamente necessario citarne i connotati definitivi: si tratta, nel dettaglio, "di un programma che può venire "inoculato" nelle apparecchiature elettroniche di un determinato soggetto, siano esse computers, smartphones, tablets, a seguito di un innesto operato fisicamente, sfruttando ad esempio il fatto che tali apparecchi siano stati lasciati momentaneamente incustoditi, o, come avviene nella maggioranza dei casi, con influssi "da remoto", mediante l'invio di "aggiornamenti", di allegati a messaggi di posta elettronica, a comunicazioni di vario genere al cui interno è inserito il predetto

³³¹ Cfr. D. Foti, "La nuova disciplina del captatore informatico. Un disfunzionale equilibrio?", in *Processo penale e giustizia*, Fascicolo 1-2021

programma, rappresentato da un software autoinstallante, o meglio da un malware, pronto ad entrare in azione ai danni dell'ignaro soggetto che ha ricevuto detta messaggistica”³³². Si tratta di un malware dalle potenzialità enormi, il quale è in grado, una volta inoculato all'interno del dispositivo “bersaglio”, di svolgere contemporaneamente diverse funzioni tra cui visualizzare e memorizzare le immagini che compaiono su un dispositivo e recepirne quanto viene digitato sulla tastiera, trarre copia dei files presenti all'interno del dispositivo, e soprattutto effettuare un controllo auditivo e visivo tramite l'apparecchio elettronico in cui è stato inoculato, ossia effettivamente visionare ed ascoltare tutto ciò a cui è esposto il dispositivo in oggetto. Inoltre, ciò che è fondamentale notare sulle capacità del suddetto spyware è la possibilità di svolgere tutte le funzioni intrusive da remoto e in modalità segreta, senza incorrere nel pericolo che il proprietario dell'apparecchio elettronico “infetto” venga a conoscenza della presenza del virus³³³. Pertanto, dalla sola enunciazione delle straordinarie potenzialità operative del virus, è agevole intendere quanto esso si differenzi rispetto alle classiche “intercettazioni di conversazioni o comunicazioni”, rappresentando di fatto una modalità di attuazione di tutte le tipologie delle suddette attività di captazione, telefoniche, telematiche e ambientali, con la sola inoculazione di un virus all'interno di un dispositivo elettronico. Dunque, occorre conseguentemente rilevare che il citato captatore informatico ha destato non poche problematiche nel corso degli anni, sia per quanto concerne la qualificazione giuridica e l'inquadramento all'interno di un istituto codicistico, sia in ordine alla portata intrusiva dello stesso, con susseguente potenzialità lesive di diritti costituzionalmente tutelati, che come già osservato, sono da sempre stati oggetto di una delicata opera di bilanciamento in tema di intercettazioni e invasione della sfera privata del cittadino.

³³² P. Rivello, “*Le intercettazioni mediante captatore informatico*”, in “*Le nuove intercettazioni*” di Mazza, Oliviero, Giappichelli Editore, 2018, pag.101

³³³ Sulle potenzialità intrusive del virus, tra gli altri, v. P. Rivello, “*Le intercettazioni mediante captatore informatico*”, in “*Le nuove intercettazioni*” di Mazza, Oliviero, Giappichelli Editore, 2018; M. T. Abbagnale, “*In tema di captatore informatico*”, in Arch. pen.,2016, n. 2, p. 458 ss.; A. Camon, “*Cavalli di Troia in Cassazione*”, in Arch. nuova proc. pen.,2017, p. 91 ss.

1.2.L'interpretazione giurisprudenziale sull'inquadramento giuridico del captatore informatico

Tra le prime pronunce che hanno trattato del tema del captatore informatico, sicuramente rileva quella inerente al caso “Viruso”³³⁴, dove la Corte Suprema ha confermato la qualificazione giuridica, già effettuata dal G.u.p. di Palermo, inquadrando l'attività d'indagine eseguita mediante l'utilizzo del captatore informatico come prova atipica ex art.189 c.p.p.. Nel dettaglio il caso nasce da una operazione della Polizia di Stato che aveva portato all'installazione di un captatore informatico all'interno del computer di un indagato, a seguito di un “decreto di acquisizione di atti” del Pm emesso ex art.234 c.p.p.³³⁵. Pertanto, dinanzi alle suddette circostanze, il giudice dell'udienza preliminare aveva ritenuto che gli elementi estratti mediante tale attività investigativa fossero utilizzabili come prova atipica in quanto la suddetta attività consisteva nel prelievo e copia di dati memorizzati nell'hard disk di un computer, e non nell'intercettazione di comunicazioni tra persone. Tuttavia, si deve notare che essa non si era limitata all'acquisizione dei dati già presenti, ma monitorava in modo continuativo e occulto anche i nuovi dati immessi, per oltre otto mesi. Proprio in virtù di tali ragioni, la difesa aveva appellato la pronuncia sostenendo che si dovesse applicare il regime delle intercettazioni telematiche e che si trattasse di una prova incostituzionale per violazione degli articoli 14 e 15 Cost. Infine, la Corte di Cassazione ha respinto le obiezioni sollevate dalla difesa, evidenziando come l'attività investigativa svolta non consistesse in una vera e propria intercettazione di comunicazioni tra persone, in quanto l'oggetto non consisteva in un “flusso di comunicazioni”, bensì in un'interazione interna al sistema informatico: si trattava, cioè, di un semplice rapporto operativo tra il microprocessore e lo schermo del computer, privo di qualunque contenuto dialogico. Inoltre, i giudici hanno rilevato che il computer oggetto di captazione era collocato all'interno di un ufficio pubblico, e non in un ambiente privato tutelato dal diritto alla riservatezza domiciliare previsto dalla Costituzione. A ciò si aggiunge che i dati acquisiti non erano frutto di una trasmissione, ma riguardavano documenti predisposti per la stampa e dunque non soggetti alla protezione garantita dall'articolo 15 della Costituzione. Alla luce di tali considerazioni,

³³⁴ Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Viruso, in Mass. Uff., 246955

³³⁵ Si tratta di una norma che disciplina la prova documentale all'interno del processo penale

la Corte ha confermato la validità del decreto emesso dal pubblico ministero e ha riconosciuto la legittimità dell'attività di captazione, qualificandola come prova atipica, sottratta quindi alla disciplina delle intercettazioni prevista dal codice di procedura penale. Ciò detto, occorre sottolineare che se l'orientamento qui descritto ha trovato conferma in successive pronunce, tra cui il caso "Bisignani"³³⁶, esso è mutato a seguito di una pronuncia del 2015³³⁷, in cui i giudici della Corte Suprema hanno qualificato le attività compiute mediante il suddetto virus come "intercettazioni ambientali". Nel caso in esame, infatti, il captatore era stato utilizzato anche mediante l'accensione del microfono e della videocamera dello smartphone in cui era stato inoculato, senza limitazioni e indicazioni spaziali e temporali. Pertanto, secondo quanto pronunciato nella sentenza in esame, la Corte di Cassazione, valutando l'utilizzo del captatore come intercettazione ambientale, ha ribadito la necessità di un decreto motivato da parte dell'autorità giurisdizionale comprensivo di indicazioni specifiche sul luogo in cui tali captazioni ambientali devono avvenire, sancendo quindi l'inutilizzabilità di captazioni esperibili in qualunque luogo il soggetto si trovi, poiché contrarie alle garanzie costituzionali dell'art.15 della Costituzione. Il dibattito sorto in ordine alla questione ha portato al necessario intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno definito le caratteristiche e la portata dello strumento del captatore con la nota sentenza Scurato del 2016³³⁸.

1.3.Le Sezioni Unite Scurato

Come già evidenziato nel paragrafo precedente, il dibattito sull'utilizzo del virus "Trojan horse" è da sempre stato particolarmente animato, come del resto si può evincere dall'importanza della questione sia in ambito sociale che politico, oltre che strettamente giuridico. Nello specifico, il caso che ha portato al susseguente intervento delle Sezioni

³³⁶ Cass., Sez. VI, 27 novembre 2012, Bisignani, in Mass. Uff., 254865; Nel cosiddetto "caso Bisignani", si indagava su una presunta associazione massonica (P4) accusata di aver creato una rete di relazioni influenti per acquisire illecitamente informazioni riservate, anche su procedimenti penali in corso, allo scopo di favorire soggetti inquisiti. Il giudice per le indagini preliminari autorizzò l'acquisizione dei dati tramite un semplice provvedimento, senza qualificarla come intercettazione, richiamando il precedente "Viruso", ma lasciando irrisolti i dubbi sulla legittimità di tale strumento atipico e sulla sua compatibilità con le garanzie costituzionali.

³³⁷ Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n.271000, Musumeci

³³⁸ Cass. SSUU, 28 aprile 2016, n. 26889

Unite riguardava l'utilizzo del malware di cui si sta trattando in un procedimento contro la criminalità organizzata, in cui le doglianze riportate nel ricorso riguardavano l'utilizzo del captatore come intercettazione ambientale in un luogo di privata dimora senza che vi fossero gli elementi previsti dall'art.266 co.2 e la genericità del decreto esecutivo che permetteva che le captazioni avvenissero ovunque il soggetto si trovasse³³⁹. Con la pronuncia in esame, la Corte di Cassazione ha analizzato uno degli aspetti giuridici più critici legate all'evoluzione delle tecniche investigative, affermando un principio ormai consolidato nella giurisprudenza, quale quello per cui i dispositivi elettronici di uso quotidiano (come smartphone, tablet e computer portatili) possono essere impiegati, al pari delle tradizionali microspie, per effettuare intercettazioni ambientali, data la loro natura "itinerante" e la loro costante presenza nella vita delle persone. Tali strumenti, infatti, seguendo il soggetto ovunque, compresi i luoghi di privata dimora, rendono di fatto possibile un monitoraggio continuo e fortemente invasivo delle sue attività. Proprio in virtù di questa capacità di intrusione nella sfera personale, la Corte ha tuttavia circoscritto in modo rigoroso l'ambito di legittimità del loro impiego a fini di intercettazione tra presenti. Nel dettaglio, ha chiarito che tale utilizzo è consentito unicamente nell'ambito dei procedimenti penali relativi a reati di criminalità organizzata, essendo previsto che per tali tipologie di delitti trovi applicazione la disciplina speciale dettata dall'articolo 13 del decreto-legge n. 152 del 1991, convertito con modificazioni nella legge n. 203 del 1991. Tale normativa, infatti, derogando espressamente alle condizioni previste dal codice di procedura penale, in particolare all'art. 266, comma 2, che disciplina le intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora, garantisce la possibilità di effettuare captazioni anche all'interno di ambienti protetti dalla riservatezza domiciliare, senza che sia necessario dimostrare in via preliminare che tali luoghi siano attivamente utilizzati per lo svolgimento dell'attività criminosa. Pertanto, la situazione è profondamente diversa per quanto riguarda i reati comuni, data la permanenza del vincolo previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., ragion per cui la Corte ha escluso la possibilità di utilizzare questi strumenti tecnologici per le intercettazioni tra presenti in procedimenti che non riguardino la criminalità organizzata, sottolineando l'impossibilità pratica di garantire il rispetto delle condizioni di legge. Infatti, proprio perché si tratta di dispositivi mobili e personali, non è prevedibile in anticipo in quali luoghi essi saranno condotti

³³⁹ Cfr. M. T. Abbagnale, "*In tema di captatore informatico*", in Arch. pen., 2016, n. 2, p. 462

dall'indagato nel corso del loro utilizzo. Questo implica che, al momento dell'autorizzazione giudiziaria, non sia possibile verificare se sussistano gli elementi della captazione all'interno della privata dimora e del fondato motivo di ritenere che ivi si stiano svolgendo attività criminose. Dunque, in assenza di questa verifica, la captazione effettuata rischierebbe di violare il diritto costituzionalmente garantito alla riservatezza domiciliare sancito dall'art.14 Cost., rendendo l'intercettazione illegittima e, conseguentemente, inutilizzabile ai fini processuali. La decisione della Corte, pertanto, rappresenta un punto di equilibrio tra le nuove esigenze investigative connesse all'uso delle tecnologie e la tutela dei diritti fondamentali della persona, affermando la necessità di un rigoroso rispetto delle condizioni previste dalla legge ordinaria e dalla Costituzione per ogni limitazione della sfera privata.³⁴⁰

1.4.La positivizzazione della disciplina

A fronte di quella che era stata molteplici volte definita come una lacuna normativa in tema di intercettazioni ambientali, in ragione della mancata positivizzazione codicistica delle nuove frontiere informatiche, il governo, con la nota riforma Orlando³⁴¹, ha esercitato la delega legislativa conferita dall'art. 1, comma 84, della legge 23 giugno 2017, n. 103, i cui criteri direttivi, secondo una parte della dottrina, risultavano talmente precisi e puntuali da far ritenere che il legislatore delegante avesse già delineato un impianto normativo quasi compiuto.³⁴² Tuttavia, a dispetto delle alte aspettative, l'intervento legislativo si è limitato ad inserire un periodo al comma 2 dell'articolo 266, estendendo la previsione sulle captazioni tra presenti anche a quelle effettuate tramite "trojan horse", tramite l'aggiunta che si riporta in seguito: "che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile"³⁴³. Pertanto, seppur prendendo le mosse da quanto sancito dalla pronuncia delle Sezioni Unite (Cass. SSUU, 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato), il legislatore delegato ha allargato l'ambito di estensione dell'utilizzo del captatore informatico facendo "rientrare

³⁴⁰ Cfr. L. Giordano, "PRESUPPOSTI E LIMITI ALL'UTILIZZO DEL CAPTATORE INFORMATICO: LE INDICAZIONI DELLA SUPREMA CORTE" in *Sistema Penale*, 4/2020, pag. 109 ss.

³⁴¹ Nel dettaglio si tratta del d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216

³⁴² Cfr. E.S. Murone, "Brevi note sul rapporto tra trojan horse e libertà di autodeterminazione", in *Penale Diritto e Procedura*, 12 febbraio 2021

³⁴³ Art.226 comma 2 c.p.p., come modificato dal d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216

dalla finestra ciò che le sezioni unite sembravano aver fatto uscire dalla porta principale, ossia la possibilità di impiegare il captatore informatico quando si procede per reati “comuni”³⁴⁴. Infatti, come ribadito in precedenza, l'intervento della Corte Suprema si era limitato a porre l'accento su quanto l'indicazione dei luoghi fosse un problema attinente solo ai luoghi di privata dimora, non essendo prevista tale necessità dal legislatore né qualora si trattasse di luoghi non privati, né nei delitti di criminalità organizzata in cui trova applicazione il regime in deroga e, pertanto, non potendo accostare l'indicazione dei luoghi all'uso di un virus per sua natura “itinerante”, aveva ristretto il campo di applicazione dello stesso ai soli procedimenti di criminalità organizzata. Viceversa, l'intervento normativo è di tutt'altro avviso, estendendo l'utilizzabilità del captatore anche ai luoghi di privata dimora per reati “comuni”, qualora vi sia il requisito del fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, il quale del resto era già previsto per le intercettazioni “classiche”. Dunque, con l'intervento normativo in esame, il legislatore ha richiesto che il giudice inserisca nel decreto di autorizzazione all'uso del captatore, tra i requisiti del provvedimento a pena di inutilizzabilità, anche l'elemento dei luoghi in cui essa deve avvenire. Laddove, al contrario, le sezioni unite avevano considerato il suddetto elemento come una modalità attuativa, finalizzata a specificare il luogo in cui l'attività sarebbe stata svolta. Ciò detto, è necessario proseguire l'analisi della novella legislativa in ordine alla disciplina dell'uso del virus nei procedimenti per i delitti di criminalità organizzata. Infatti, il legislatore in tale ambito ha cristallizzato i concetti già espressi nelle Sezioni Unite Scurato, aggiungendo all'art.266 c.p.p. il comma 2-bis, la cui previsione concerneva la possibilità di utilizzare il captatore informatico come intercettazione “itinerante” in ogni caso, qualora si procedesse nei confronti dei reati previsti dagli art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p.³⁴⁵ Tale riforma normativa, come già analizzato nei paragrafi precedenti³⁴⁶, non è mai entrata in vigore nella sua versione originale, avendo assistito al proliferare di nuovi interventi legislativi che oltre a rinviarne l'entrata in vigore ne mutuavano parte della disciplina. Pertanto, il 1° settembre 2020 è entrata in vigore la riforma attinente alle

³⁴⁴ M. TORRE, “*Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*”, in “*Il captatore informatico, Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*”, Milano, 2017, p. 438

³⁴⁵ Cfr. E.S. Murone, “*Brevi note sul rapporto tra trojan horse e libertà di autodeterminazione*”, in *Penale Diritto e Procedura*, 12 febbraio 2021

³⁴⁶ Sul punto v. cap.2 paragrafi 1.3. e ss. di questo elaborato

intercettazioni telefoniche. Per quanto concerne il regime codicistico del captatore informatico, il suo utilizzo è stato esteso a tutti i casi in cui si può procedere all'attività di intercettazione, prevedendo una tripartizione dei regimi applicabili in base al tipo di reato per cui si procede, nel dettaglio se si tratti di reati ex art. 51 comma 3-bis e 3-quater c.p.p., reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio con pena massima non inferiore a 5 anni, ed in ultimo reati comuni. Per la prima categoria (reati ex art. 51 comma 3-bis e 3-quater c.p.p.), il legislatore ha recepito i principi affermati dalla sentenza Scurato, riconoscendo che le intercettazioni effettuate tramite captatore informatico su dispositivi mobili rientrano nella nozione di intercettazioni ambientali. In tali casi, l'art. 266, comma 2-bis, c.p.p. non impone particolari limitazioni, consentendo quindi l'uso del captatore anche se le conversazioni avvengono all'interno di luoghi tutelati dall'art. 614 c.p. (ossia luoghi di privata dimora). Ciò è possibile in virtù della disciplina derogatoria prevista dall'art. 13 del d.l. n. 152/1991, che consente le intercettazioni in ambienti privati anche in assenza di un'attività criminale in atto. Tuttavia, resta ferma la necessità che, ai sensi dell'art. 267, comma 1, c.p.p., il decreto autorizzativo del giudice espliciti le ragioni che rendono necessaria tale modalità di captazione per le esigenze investigative. Va rilevato, infine, che il rinvio operato dall'art. 267, comma 2-bis, c.p.p. alla sola categoria di reati contemplati dai commi 3-bis e 3-quater dell'art. 51, esclude dall'ambito applicativo il reato associativo semplice previsto dall'art. 416 c.p., che dunque non beneficia del medesimo regime derogatorio. Per la seconda categoria (reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio con pena massima non inferiore a 5 anni), il legislatore ha esteso la possibilità di utilizzare il captatore informatico anche nei luoghi di privata dimora, e anche in assenza di un'attività criminosa in corso. Tuttavia, in tale ipotesi, l'autorizzazione del giudice deve contenere una doppia motivazione, consistente, da un lato, nelle ragioni che, ai sensi dell'art. 267, comma 1, c.p.p., giustificano l'impiego di questa modalità investigativa; dall'altro, in quelle che, in base all'art. 266, comma 2-bis, c.p.p., legittimano l'uso del captatore all'interno di luoghi protetti dall'art. 614 c.p. In ultimo, per la categoria dei reati comuni, l'utilizzo del captatore informatico è soggetto a restrizioni più stringenti. È sempre ammesso, purché le captazioni non avvengano all'interno di luoghi di privata dimora. Qualora, invece, tali luoghi siano coinvolti, l'intercettazione potrà essere autorizzata solo

se sussiste un fondato motivo per ritenere che in essi sia in corso un'attività criminale, in conformità a quanto previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p. Anche in questo caso, il decreto autorizzativo del giudice dovrà indicare in maniera specifica sia i motivi dell'utilizzo del captatore ex art. 267, comma 1, c.p.p., sia i luoghi e il periodo di tempo, anche se determinati in modo indiretto, in cui è consentita l'attivazione del microfono. Tale impostazione mira a garantire il rispetto delle condizioni legali previste per le captazioni domiciliari, evitando che il captatore venga utilizzato come strumento surrettizio per aggirare il divieto posto dall'art. 266, comma 2, c.p.p.³⁴⁷

1.5. L'ambivalenza del captatore informatico e gli spy software

Invero, come già riportato in precedenza, il legislatore si è più volte trovato ad affrontare problematiche giuridiche afferenti ai progressi tecnologici e alla rapidità con cui essi si susseguono, soprattutto in virtù della loro parametrizzazione rispetto a canoni normativi più vetusti, i quali seppur modificati molto spesso non sono in linea con i tempi moderni e i suoi veloci mutamenti. Tale discorso diviene ancora più complesso, inoltre, se si considera il panorama del diritto penale sostanziale, in cui alla commissione di un reato si accompagna sempre più frequentemente l'utilizzo di strumenti tecnologici avanzati, dando vita a fattispecie delittuose non ancora tipizzate dal legislatore, che dunque necessitano un costante inquadramento giurisprudenziale in funzione creatrice del diritto vivente. Del resto, anche in materia processuale, come già riportato, tale intervento è richiesto non di rado, e il riconoscimento della possibilità di utilizzo del malware "Trojan Horse" da parte delle sezioni Unite Scurato ne è un chiaro esempio in questo senso. Preme qui rilevare, tuttavia, che vi sono altri quesiti giuridici afferenti all'utilizzo del captatore informatico che sono stati affrontati dalla Corte suprema, tra i quali spicca la risoluzione, mediante una pronuncia del 2019³⁴⁸, della problematica sorta in relazione all'utilizzo di uno spy software da parte di un privato e nel suo inquadramento nella fattispecie di cui all'art. 617 bis comma 1 c.p.p.³⁴⁹. La sentenza in esame, infatti, nel respingere le richieste

³⁴⁷ Cfr. E.S. Murone, "*Brevi note sul rapporto tra trojan horse e libertà di autodeterminazione*", in *Penale Diritto e Procedura*, 12 febbraio 2021

³⁴⁸ Cassazione Penale, sez. V, sentenza 05/04/2019, n. 15071

³⁴⁹ Si riporta di seguito il testo dell'articolo: "Chiunque, fuori dei casi consentiti dalla legge [c.p.p. 266-271], al fine di prendere cognizione di una comunicazione o di una conversazione telefonica o telegrafica tra altre persone o comunque a lui non diretta, ovvero di impedirla o di interromperla, si procura, detiene, produce, riproduce, diffonde, importa, comunica, consegna, mette in altro modo a disposizione di altri o installa apparati, strumenti, parti di apparati o di strumenti idonei intercettare, impedire od interrompere

del ricorrente in ordine al vizio di violazione di legge del giudice ad quem, poiché quest'ultimo aveva ritenuto che lo spysoftware installato dal reo fosse riconducibile a quelli previsti dall'art. 617-bis comma 1, non solo chiariva la posizione concorde rispetto a quella del suddetto giudice, ma faceva un espresso riferimento alle sezioni unite Scurato. Nel dettaglio, ad avviso della Corte, era già stato chiarito in quella sede "che l'evoluzione tecnologica ha consentito di approntare strumenti informatici del tipo "software", solitamente installati in modo occulto su un telefono cellulare, un tablet o un PC, che consentono di captare tutto il traffico dei dati in arrivo o in partenza dal dispositivo e, quindi, anche le conversazioni telefoniche"³⁵⁰ e pertanto, data l'interpretazione nei termini di diritto vivente, era possibile pacificamente sussumere l'utilizzo dei già menzionati spy software all'interno della fattispecie criminosa prevista dall'art.617- bis del codice penale, la quale, sempre rifacendosi alle parole della suprema Corte, si presenta come una fattispecie appositamente costituita come aperta, dunque soggetta ad interpretazioni ed attuazioni consone alle novità tecnologiche che si susseguono nel corso degli anni. Ciò detto, occorre far riferimento a commenti dottrinali³⁵¹ in merito, secondo i quali la risoluzione apportata dalla Cassazione penale è pienamente conforme alla necessaria individuazione normativa, in tema di diritto sostanziale, di una fattispecie in cui inquadrare l'utilizzo di una novità tecnologica come il captatore informatico, il cui uso seppur ben si presti a fini processuali di indagine, può chiaramente avere risvolti criminosi qualora sia utilizzato da soggetti privati come strumento di controllo di altri soggetti. Nel dettaglio, invero, è di notevole interesse la sussunzione all'interno della fattispecie di cui all'art.617-bis c.p., introdotta con la l. 98/1974 e, la cui ratio, si rinviene nella necessità di assicurare l'integrità delle comunicazioni e rispondere in modo efficace alle nuove manifestazioni del crimine rese possibili dall'innovazione tecnologica³⁵², di cui la sentenza in esame chiarisce anche alcuni punti importanti. In primo luogo, infatti, risolve il dibattuto quesito sul momento

comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche tra altre persone è punito con la reclusione da uno a quattro anni

³⁵⁰ Cassazione Penale, sez. V, sentenza 05/04/2019, n. 15071; Considerato in diritto, punto 1.

³⁵¹ Sul punto v. M. Perruccio, *"Il duplice volto del captatore informatico tra usi pubblici e privati"*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1° ottobre 2020, p. 1389

³⁵² Cfr. G. D'aiuto - L. Levita, *I reati informatici: disciplina sostanziale e questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2012, 32.; M. Perruccio, *"Il duplice volto del captatore informatico tra usi pubblici e privati"*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1° ottobre 2020, p. 1389

consumativo del reato; quindi, se consista nell'installazione di strumenti o apparecchiature volti ad intercettare o comunque interferire una comunicazione altrui, o se consista nell'attività captativa, dunque quando lo strumento viene attivato. La risposta dei giudici della Corte Suprema, in relazione alla lettera della norma, è orientata sulla prima interpretazione, anche in virtù della chiara natura di reato di pericolo della fattispecie considerata. Pertanto, non sarà necessario che effettivamente la captazione avvenga perché il reato sia considerato consumato, trattandosi, in riferimento all'attivazione degli strumenti, solo del "fine della condotta"³⁵³, in tale qualità irrilevante alla qualificazione della condotta come criminosa. In secondo luogo, assume importanza la qualificazione della norma come "aperta", da cui ne consegue che essa sia stata effettivamente redatta dal legislatore con la volontà di consentire una sussunzione di plurime fattispecie di reato specificamente effettuate con strumenti tecnologici in continua evoluzione, i quali chiaramente non avrebbero potuto essere oggetto di una indicazione tassativa, che sarebbe risultata senz'altro controproducente³⁵⁴. Da tale pronuncia, e in particolar modo dalla qualificazione normativa che ne è stata oggetto, si può comprendere non solo quanto le evoluzioni tecniche e scientifiche siano strettamente connesse all'ambito giuridico, da cui deriva la necessità di positivizzazione delle ipotesi delittuose mediante previsioni legislative flessibili, atte a permettere una collocazione normativa a fenomeni progressivi in costante trasformazione, ma anche quanto le tecniche utilizzabili per favorire istituti processuali in un ambito dotato di tutti i crismi garantisti del caso, possano celare una natura ambivalente, la cui potenziale lesività mediante un utilizzo sconsiderato necessita di un controllo attivo da parte del legislatore, e nella sua forma più dinamica e creatrice dalla giurisprudenza stessa.

³⁵³ Cassazione Penale, sez. V, sentenza 05/04/2019, n. 15071; Considerato in diritto, punto 2.

³⁵⁴ Cfr. M. Perruccio, "Il duplice volto del captatore informatico tra usi pubblici e privati", in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1° ottobre 2020, p. 1389

2. Il captatore informatico e la crisi istituzionale: il caso Palamara

2.1. Le immunità nella disciplina delle intercettazioni

Con l'obiettivo di analizzare uno dei casi di cronaca giudiziaria più discussi nel panorama istituzionale italiano, caratterizzato da risvolti significativi che hanno sollevato un acceso dibattito pubblico nei confronti di uno dei tre poteri dello Stato, ossia la magistratura e il suo organo di autogoverno, è primariamente necessario analizzare la disciplina attinente ai regimi di immunità nell'utilizzo dell'istituto delle intercettazioni. Invero, vi sono casi in cui, in ordine alla funzione istituzionale e la carica ricoperta, alcuni soggetti godono di regimi peculiari di immunità alla sottoposizione ad alcune limitazioni della libertà personale, tra cui la sottoposizione all'attività di intercettazione. Tra questi soggetti, innanzitutto occorre citare il Presidente della Repubblica, che ai sensi dell'art.7 comma 3 della l. 219/1989, gode di immunità assoluta da attività di captazione nell'ambito delle indagini relative ai reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione, per cui esse possono essere effettuate solo dopo la disposizione della sospensione della carica da parte della Corte costituzionale per uno dei due reati menzionati. Inoltre, per quanto concerne i membri del parlamento, l'art.68 comma 3 Cost., come modificato³⁵⁵, prevede che sia necessaria l'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza. Tale regime autorizzativo, ancora, si applica in maniera analoga ai membri del Parlamento europeo, i quali, ai sensi dell'art.10 comma 1 lett. a) del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee, ratificato con l.3 maggio 1996, n. 437, godono degli stessi privilegi concessi ai membri del Parlamento italiano. Per quanto invece concerne i giudici della Corte costituzionale, il discorso è più complesso, infatti, l'art.3 comma 2 della l. cost. 9 febbraio 1948 n.1³⁵⁶, accorda ad essi, durante la carica, le stesse immunità accordate ai parlamentari dall'art.68 comma 2 Cost., e la questione è sorta in ordine all'applicabilità di tale norma al regime previgente, in cui era ancora presente il regime di autorizzazione per i giudici della Corte costituzionale o a quello modificato dell'art.68 comma 2. In realtà, tuttavia, il discorso in ordine allo specifico istituto delle intercettazioni non muta di gran lunga; infatti, il problema verte sul comma 2 dell'articolo 68, mentre la modifica del testo costituzionale in ordine all'immunità dalle attività di

³⁵⁵ Si tratta della modifica avvenuta con la l. cost. 29 ottobre 1993 n.3, la quale ha tuttavia trovato piena attuazione solo a seguito della l. 20 giugno 2003, n.140

³⁵⁶ Come modificato dall'art.7 l. cost. 22 novembre 1967 n.2

captazione è stata inserita al comma 3 dello stesso, il quale, guardando la lettera della legge, non è comunque soggetto ad applicazione analogica per i giudici della Corte costituzionale. Sul punto però vi sono state interpretazioni dottrinali³⁵⁷ che hanno previsto una estensione della portata della norma fino a ricomprendervi l'applicazione analogica del terzo comma, in ragione del fatto che non si trova una ratio fondata nel garantire l'immunità per alcune limitazioni della libertà personale e negarla per altre.³⁵⁸

2.2. Le intercettazioni nei confronti dei parlamentari

Per quanto concerne le intercettazioni nei confronti dei membri del parlamento, come detto, esse si applicano mediante una disciplina specifica che è innanzitutto votata alla lettera della Costituzione e, in particolare, all'articolo 68 comma 3 della stessa, il quale prevede che “analoga autorizzazione”, in riferimento alla richiesta di autorizzazione alla camera di appartenenza prevista dal comma 2 per ulteriori tipologie di limitazioni della libertà personale, “è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza”. Ebbene, seppur la lettera della norma costituzionale sia abbastanza chiara, si è dovuto attendere a lungo per ottenere una disciplina legislativa che ne desse attuazione, la cui emanazione, “dopo ben diciannove decreti legge tutti decaduti per mancata conversione”³⁵⁹, ha avuto luogo con la l.20 giugno 2003 n.140. La disciplina delineata prevede una tripartizione delle tipologie di intercettazioni nei confronti dei parlamentari: siano esse dirette, indirette o casuali. Nel dettaglio, si parla di intercettazioni “dirette” quando l'attività captativa ha ad oggetto utenze o luoghi appartenenti al parlamentare o nella sua disponibilità, mentre si parla di intercettazioni “indirette” quando esse abbiano ad oggetto utenze o luoghi di soggetti diversi dal parlamentare stesso, che possono però “presumersi frequentati dal parlamentare”³⁶⁰. Per entrambe le categorie di intercettazione è previsto che sia richiesta l'autorizzazione ad effettuare le attività di captazione, ai sensi dell'art.4 della l.140/2003. Sul punto la dottrina³⁶¹ non è mai stata pressoché concorde,

³⁵⁷ Sul punto v. C. Di Martino, *Limiti, presupposti, forme* in C. di Martino, T. Procaccianti, “*Le intercettazioni telefoniche*”, Padova, 2001, pag.50

³⁵⁸ Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.284 ss.

³⁵⁹ Cfr. Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p.287

³⁶⁰ C. Cost., sent.23 novembre 2007 n. 390.

³⁶¹ Di questo avviso: G. Zagrebelsky, “*La riforma dell'autorizzazione a procedere*”, in Corr. Giur., 1994, p. 282, il cui pensiero sul punto viene così articolato: “dire alla magistratura che può sequestrare un documento

ritenendo che fosse controproducente richiedere l'autorizzazione ad effettuare un atto d'indagine che per sua natura si qualifica come un atto "a sorpresa" e i cui risultati, pertanto, potrebbero essere notevolmente compromessi dalla previa richiesta a procedere. Per quanto invece concerne la terza categoria di intercettazione, ovvero quella "casuale", è necessario in primis sottolineare che è definita come tale quella captazione che non è disposta su utenze o ambienti di proprietà o nella disponibilità del parlamentare, per cui l'ingresso di quest'ultimo nell'area di ascolto è totalmente accidentale. In questi casi, non trova ovviamente applicazione la disciplina della preventiva autorizzazione, non essendo possibile prevedere che la captazione avrebbe avuto ad oggetto la conversazione o la comunicazione di un parlamentare; pertanto, tale tipologia di intercettazione viene disciplinata dall'art.6 della l. 140/2003. In virtù di tale previsione normativa, infatti, qualora il G.i.p. ritenga che i verbali e le registrazioni delle conversazioni intercettate in un procedimento a carico di terzi in cui abbia preso parte un parlamentare siano irrilevanti, sentite le parti ne dispone la distruzione in camera di consiglio. Al contrario, qualora il giudice le ritenga rilevanti, deve richiedere l'autorizzazione ad utilizzarle alla camera di appartenenza unicamente nel caso in cui esse debbano essere utilizzate sia in un procedimento nei confronti del parlamentare sia in un procedimento a carico di terzi e, in tal caso, se l'autorizzazione dovesse essere negata esse sarebbero inutilizzabili nei confronti del parlamentare, ma potranno essere utilizzate nei confronti del terzo. In ultimo, qualora il giudice per le indagini preliminari dovesse ritenerle rilevanti sono per il procedimento nei confronti del terzo, sarebbero utilizzabili senza la richiesta di una autorizzazione alla camera³⁶².

e intercettare una comunicazione, ma solo dopo che ha dichiarato il suo intento e questa dichiarazione è giunta a conoscenza dell'indagato è come fare un beffardo sberleffo"; R. Orlandi, *"La riforma dell'art.68 Cost. e la normativa di attuazione: l'autorizzazione a procedere al traghetto dall'una all'altra legislatura"*, in Leg. Pen., 1994, p.551

³⁶² Cfr. Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 448.

2.3. Il caso Palamara

Tra le inchieste in cui gli inquirenti si sono avvalsi dell'utilizzo del captatore informatico, sicuramente spicca quella riguardante il pilotaggio delle nomine per gli incarichi direttivi e semi-direttivi degli uffici giudiziari tra gli esponenti delle correnti interne al Consiglio Superiore della Magistratura, noto come il c.d. "Caso Palamara". L'apice dell'attività investigativa condotta dalla procura di Perugia, che coincide con la fase più dibattuta e conosciuta dell'inchiesta citata, ha riguardato l'intercettazione, mediante l'utilizzo del virus trojan horse sul cellulare del membro togato del C.s.m. Luca Palamara, di un incontro all'hotel romano Champagne tra lo stesso Palamara, già presidente dell'Associazione nazionale magistrati, gli onorevoli Cosimo Ferri e Luca Lotti e i "togati" del C.s.m. Corrado Cartoni, Paolo Criscuoli, Giancarlo Morlini, Antonio Lepre e Luigi Spina, per decidere sulla nomina del procuratore della Repubblica di Roma. Contestualmente allo svolgimento delle indagini nei confronti di Luca Palamara da parte della procura di Perugia³⁶³, la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura ha azionato una serie di procedimenti nei confronti dei magistrati coinvolti nella conversazione captata tramite il malware Trojan horse, di cui sopra, ritenendo che essi fossero responsabili di un comportamento "gravemente scorretto" nei confronti dei colleghi che concorrevano per il posto di procuratore di Roma e dei consiglieri di Palazzo dei Marescialli al fine di "condizionare le funzioni attribuite dalla Costituzione all'organo di governo autonomo della magistratura" e sanzionandoli con la sospensione dalle funzioni giudiziarie³⁶⁴. In ordine a tale procedimento gli aspetti rilevanti sicuramente sono innumerevoli, il primo tra tanti ha riguardato l'utilizzabilità delle suddette captazioni nei confronti del parlamentare Cosimo Ferri. Nel dettaglio, la questione è sorta dal momento in cui la Camera dei deputati ha negato alla sezione disciplinare del Csm l'autorizzazione all'utilizzo delle intercettazioni nei confronti del già menzionato parlamentare, ritenendo che, trattandosi di intercettazioni "indirette", data la presenza di elementi che potevano far presumere che il Ferri avrebbe preso parte alla conversazione, ad esse andasse applicato il regime previsto dall'art.4 della l.140/2003 e che pertanto, ai fini dell'utilizzabilità delle stesse, sarebbe stata necessaria la preventiva approvazione da

³⁶³ Si tratta del procedimento penale R.G. n. 6652/18, iscritto presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Perugia nei confronti di Luca Palamara

³⁶⁴ Cfr. L. Filippi, "il Palamara-gate", in Riv. Pen. Dir. Proc., 29 dicembre 2022

parte della camera di appartenenza. La sezione disciplinare del C.s.m., infatti, qualificando al contrario le conversazioni come “casuali”, aveva richiesto l’autorizzazione successiva all’utilizzazione delle stesse alla camera di appartenenza, ritenendo applicabile l’art.6 della l.140/2003. Tuttavia, la Camera dei deputati aveva contestato questa ricostruzione, sostenendo che Ferri era da tempo oggetto di attenzione investigativa: risultava infatti più volte pedinato, citato oltre 300 volte negli atti e coinvolto in conversazioni classificate come “importanti”, utilizzate per giustificare la prosecuzione delle intercettazioni³⁶⁵. La Sezione disciplinare, con ordinanza del 30 luglio 2021, aveva già respinto le eccezioni preliminari del Ferri, tramite le quali il parlamentare aveva sostenuto l’inutilizzabilità delle suddette intercettazioni sulla base della mancanza della previa autorizzazione della camera di appartenenza. Infatti, nel dettaglio, la Sezione aveva ritenuto che le conclusioni del ricorrente non fossero abbastanza solide da portare ad una decisione differente da quella già adottata con ordinanza del 10 luglio 2019, peraltro confermata dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, dove era stata confermata e motivata la natura “casuale” delle captazioni in oggetto, escludendo dunque che il Ferri fosse nel perimetro delle indagini della Procura perugina. Pertanto, la stessa Sezione aveva sollevato giudizio per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato presso la Corte Costituzionale, a seguito della deliberazione del 12 gennaio 2022, con cui la Camera dei deputati aveva negato l’autorizzazione, che in virtù della pacificità sulla natura casuale delle captazioni, era stata richiesta ex art. 6 della l. 140/2003.³⁶⁶ La Consulta si è espressa in merito tramite la pronuncia n.157/2023 con cui ha annullato la deliberazione del 12 gennaio 2022 della Camera dei deputati, ritenendo che essa contrastasse con l’articolo 68 della Costituzione. Nel dettaglio, i giudici costituzionali, hanno confermato la natura casuale delle intercettazioni in esame, ragion per cui, ritenendo corretta l’applicazione dell’art.6 della l. 140/2003 operata dalla sezione disciplinare del C.s.m. che aveva provveduto alla richiesta successiva delle intercettazioni, è stato sancito che “Per il fatto di aver negato l’autorizzazione sul presupposto dell’assenza di un’autorizzazione preventiva, in realtà non necessaria, senza invece pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione successiva a norma dell’art. 6 della legge n. 140 del 2003, la Camera dei deputati ha quindi “esercitato sì attribuzioni ad essa in astratto spettanti, ma, in concreto,

³⁶⁵ Cfr. L. Filippi, “il Palamara-gate”, in Riv. Pen. Dir. Proc., 29 dicembre 2022

³⁶⁶ Cfr. Corte Cost. sentenza n.157/2023 (Ritenuto in fatto l.1.)

travalicandone i limiti”.³⁶⁷ Una ulteriore problematica, sorta in ordine al caso di cui si sta trattando, riguarda il Palamara in prima persona, che ricordiamo essere stato il soggetto nei cui confronti erano stati svolti gli atti di indagine da parte della procura di Perugia, e nel dettaglio il detentore del cellulare in cui era stato inoculato il malware, nonché l’unico inizialmente iscritto nel registro degli indagati. Infatti, oltre alla sanzione disciplinare irrogata dalla sezione disciplinare del C.s.m., che peraltro è stata la più grave tra quelle irrogate dalla sezione, quale la rimozione dall’ordine giudiziario, Luca Palamara era sottoposto a procedimento penale per il delitto di corruzione per fatti commessi dal 2014 al 2016³⁶⁸. Nell’ambito di tale procedimento, nelle more di una strategia difensiva che ha fondato le sue ragioni anche sulla inutilizzabilità delle captazioni effettuate a mezzo Trojan, è stato toccato un tema molto rilevante che riguarda l’art.268 comma 3 c.p.p., dunque la regola per cui le operazioni possono essere compiute solo tramite gli impianti installati nella Procura, con le già menzionate deroghe riguardanti i casi eccezionali dell’inidoneità o insufficienza degli impianti o delle ragioni d’urgenza. Nel dettaglio, infatti, l’eccezione difensiva verteva sull’assunto secondo cui le intercettazioni effettuate nella fase investigativa risulterebbero inutilizzabili, poiché i dati acquisiti tramite il trojan horse installato sul telefono cellulare dell’imputato sarebbero transitati, prima di raggiungere gli impianti della Procura competente, attraverso server esterni, pertanto nella presunta violazione dell’art.268 comma 3 c.p.p. e con il rischio di manomissione o eliminazione delle registrazioni. Sul punto, il Tribunale di Perugia si è espresso con ordinanza pronunciata in data 17/12/2022, con la quale è stato chiarito in maniera molto specifica il percorso tecnico dei dati intercettati tramite trojan horse, dal momento della captazione sul telefono dell’indagato fino alla loro visualizzazione presso la Procura di Roma. Infatti, il collegio, ha chiarito che i dati, per ragioni tecniche, transitano inizialmente da due server situati presso la Procura di Napoli: uno di decriptazione e anonimizzazione (CSS), e un secondo di smistamento (HDM), prima di essere definitivamente archiviati e visualizzati nel server IVS della Procura competente, che si configura come l’unico spazio di conservazione stabile. Pertanto, in primis, sulla questione riguardante il pericolo di manomissione ed eliminazione del materiale captato, la corte ha escluso rischi di alterazione o perdita dei dati, grazie alla presenza di protocolli

³⁶⁷ Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale, comunicato del 20 luglio 2023.

³⁶⁸ Cfr. L. Filippi, “il Palamara-gate”, in Riv. Pen. Dir. Proc., 29 dicembre 2022

di sicurezza e alla cancellazione automatica dei dati da ciascun server subito dopo il trasferimento, stante anche la presenza di una garanzia attuata da accertamenti tecnici irripetibili. Per quanto invece concerne la seconda questione, il Tribunale, ha ribadito l'utilizzabilità delle captazioni rimandando alla giurisprudenza di legittimità sul tema dell'art.268 comma 3 che in molteplici pronunce³⁶⁹ ha sancito che ai fini dell'utilizzabilità delle intercettazioni, ciò che si configura come condizione necessaria ex art. 268 comma 3 c.p.p. è che la registrazione (che ad oggi si attua mediante l'immissione dei dati in una memoria informatica centralizzata) avvenga mediante gli impianti installati presso gli uffici della Procura della repubblica. Pertanto, sulla base di tali orientamenti giurisprudenziali, la pronuncia del collegio perugino ha nuovamente sancito che la fase effettivamente rilevante sia quella della trasmissione finale dei dati in favore della Procura competente³⁷⁰, segnando un ulteriore punto di svolta nella nota inchiesta e ribadendo elementi essenziali ai fini dell'inquadramento sistematico della disciplina dell'istituto qui in esame.

2.4.Considerazioni conclusive

Dunque, al termine della trattazione in ordine al captatore informatico, si può certamente notare quanto tale strumento presenti caratteri di invasività fortemente elevati e quanto, pertanto, siano comprensibili e giustificati i dubbi e le problematiche sorti in ordine al suo utilizzo nel processo penale. Infatti, sebbene la questione di fondo resti pressochè la medesima, incentrata su quanto un ordinamento statuale possa effettivamente invadere la sfera privata del singolo cittadino, stante ovviamente le sottostanti ragioni di diritto, nelle more del reiterato utilizzo ai fini investigativi del virus "trojan horse" tale dibattito sicuramente si inasprisce. Il legislatore ha dovuto affrontare sfide non indifferenti, essendo tenuto a disciplinare uno strumento tecnico che acquista il totale controllo di un oggetto quale lo smartphone o il personal computer, che ad oggi costituisce una componente integrante della vita di ogni individuo. È divenuto alquanto normale, infatti, affidare a strumenti tecnologici qualsiasi tipo di dato, che non si limita più a rappresentare conversazioni o comunicazioni, ma si configura in elementi come immagini, dati bancari e personali, che immaginare che un malware esterno possa captare la totalità dei suddetti

³⁶⁹ Cfr. Cass. sez. I, 8/11/2017, n. 52464; Cass. sez. un., 26/06/2008, n. 36359

³⁷⁰ Cfr. F. Lombardi, "Il Tribunale di Perugia in tema di utilizzabilità delle intercettazioni nel c.d. caso Palamara", in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 1

elementi non può che aprire la strada ad innumerevoli dubbi e questioni giuridiche. È però necessario rilevare quanto l'avvento di nuovi assetti normativi, seppur possano sovrapporsi fino a confondere il lavoro degli interpreti, costituisca l'unico elemento esercitabile dinanzi all'avvento di strumenti tecnici sempre più intrusivi e precisi, la cui pericolosità presenta margini di complessità elevati già nell'ambito dell'utilizzo degli stessi da parte di un potere statuale, pertanto caratterizzato da elementi garantistici e normative dettagliate, ma si presenta come dotato di intensa capacità offensiva qualora venga utilizzato da un individuo nella commissione di un reato.

3. Le videoriprese e le videoregistrazioni

3.1. La qualificazione giuridica delle videoriprese

A seguito della trattazione del captatore informatico e delle peculiari potenzialità dello strumento, appare necessario far riferimento ad un altro strumento tecnologico alquanto dibattuto. Nel dettaglio, il riferimento è all'utilizzo delle videoriprese e videoregistrazioni all'interno del procedimento penale, e, su quanto anche tale strumento presenti molteplici aspetti controversi, a partire dall'inquadramento e la qualificazione giuridica, e si presti a differenti modalità di utilizzo nell'alveo delle attività processuali. Già il codice Rocco, manifestando una certa riluttanza del legislatore nei confronti dello strumento in questione, non prevedeva una disciplina espressamente dedicata alle videoriprese. Ciononostante, l'utilizzabilità di tali modalità di rappresentazione era pacificamente riconosciuta, e il dibattito si concentrava piuttosto sulla possibilità di ricondurle nell'ambito della prova documentale, facendo riferimento all'art. 2712 c.c., intitolato "Riproduzioni meccaniche", il cui testo recita³⁷¹: "Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime"³⁷². Il vero punto di svolta all'interno della disciplina dello strumento qui analizzato è costituito da una pronuncia delle sezioni Unite, la c.d. sentenza

³⁷¹ Il D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, come modificato dal D.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, ha disposto (con l'art. 23-quater, comma 1) che "All'articolo 2712 del codice civile dopo le parole: "riproduzioni fotografiche" è inserita la seguente: "informatiche".

³⁷² Cfr. F. PORCU, "Le videoriprese nel processo penale. Tra sicurezza, riservatezza e documentazione", Cedam, Padova, 2024

Prisco³⁷³ del 2006, che ha classificato e qualificato in maniera dettagliata l'utilizzo delle videoregistrazioni all'interno del procedimento penale. Tuttavia, ancor prima di procedere alla disamina dettagliata della suddetta pronuncia, occorre offrire un quadro generale, rilevando quanto lo strumento delle videoriprese possa essere utilizzato mediante modalità differenti nelle more processuali. In primo luogo, infatti, le videoriprese costituiscono una modalità di documentazione degli atti processuali di grande importanza, a maggior ragione se si fa riferimento a quanto abbia inciso sul tema la riforma del processo penale del 2022³⁷⁴, che ha senza dubbio contribuito ad elevarne la rilevanza nell'ambito della documentazione degli atti procedurali. Nel dettaglio, invero, la riforma normativa ha previsto l'introduzione della videoregistrazione come forma ordinaria di documentazione degli atti, integrando tradizionale forma di acquisizione costituita dal verbale scritto. Questo cambiamento risponde all'esigenza di garantire maggiore fedeltà e immediatezza nella raccolta delle dichiarazioni e nella descrizione degli eventi processuali, soprattutto nelle fasi più delicate delle indagini e del giudizio. Proseguendo nell'analisi della disciplina normativa, è necessario rilevare che, in primo luogo, l'articolo 134 del codice di procedura penale riconosce la fonoregistrazione e la videoregistrazione come strumenti ordinari di documentazione, stabilendo che siano obbligatorie quando il verbale redatto in forma riassuntiva non è ritenuto sufficiente. Si tratta di una disposizione che mira a rafforzare le garanzie difensive, in particolare nei casi in cui la verbalizzazione sintetica possa risultare inadeguata a restituire la complessità del contenuto dell'atto. Una delle innovazioni più significative riguarda poi l'articolo 141-bis, che disciplina gli interrogatori di persone detenute svolti al di fuori dell'udienza. In tali casi, la videoregistrazione costituisce la modalità ordinaria di documentazione, e solo in caso di indisponibilità tecnica si potrà ricorrere alla fonoregistrazione o, in via residuale, a una perizia fonica. Il medesimo principio, inoltre, è stato esteso agli interrogatori di garanzia rivolti a soggetti non detenuti, come previsto dal nuovo comma 6-bis dell'articolo 294 c.p.p., e agli interrogatori e confronti condotti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari, secondo quanto stabilito dal comma 2-bis dell'articolo 373. In questi casi, la registrazione audio o video può sostituire la verbalizzazione testuale, a meno che non vi

³⁷³ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, dep. 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco

³⁷⁴ Si tratta del d.lgs. 10 ottobre 2022, n.150

sia una necessità assoluta di trascrizione. Ciò detto, è ulteriormente necessario sottolineare che tale assetto normativo si estende anche all'assunzione di informazioni da persone informate sui fatti, ma in modo più selettivo. In particolare, la registrazione è richiesta solo nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, come minori o persone affette da infermità psichica, e anche in questo ambito sono previste eccezioni nei casi di urgenza. Nelle indagini difensive e nelle audizioni svolte su richiesta delle parti, l'articolo 351 e l'articolo 362 prevedono la fonoregistrazione come modalità ordinaria, subordinandola comunque alla disponibilità degli strumenti tecnici necessari. In ultimo, tuttavia, occorre rilevare come tale rafforzamento delle garanzie processuali lasci, comunque, spazio ad alcune criticità. In particolare, il tema su cui sono sorti maggiori spunti di critica, ha riguardato l'assenza di un regime sanzionatorio in caso di mancanza degli strumenti tecnici per la registrazione, circostanza che rischia di svuotare di effettività il nuovo regime probatorio. Inoltre, pur introducendo l'obbligo per il pubblico ministero e la polizia giudiziaria di informare la persona sottoposta a interrogatorio della possibilità di richiedere la registrazione, il legislatore ha scelto di non prevedere l'automatica trascrizione del supporto audio o video, probabilmente per contenere i costi della giustizia. Questo lascia spazio a dubbi sull'effettiva applicazione delle nuove norme e sulla loro capacità di incidere concretamente nella pratica quotidiana dei procedimenti penali.³⁷⁵ Ciò detto, è necessario concentrare l'oggetto dell'analisi qui condotta alle modalità di utilizzo delle videoriprese quando "l'obiettivo della videocamera abbandoni l'atto, per spostarsi sul fatto"³⁷⁶, e, nel dettaglio, quanto in tale ambito non siano mancate complessità e argomenti di dibattito. Sul tema preme innanzitutto svolgere alcune differenziazioni: in primis, aderendo al rigore argomentativo espresso dalla giurisprudenza sul punto³⁷⁷, è necessario operare una distinzione tra il mezzo di ricerca della prova, rappresentato dalla ripresa visiva, la videoregistrazione, ossia il supporto materiale su cui le immagini vengono fissate, che costituisce la fonte di prova, e infine il mezzo di prova, ovvero lo strumento attraverso cui il contenuto del supporto viene acquisito nel processo e si traduce in elemento probatorio. Inoltre, occorre anche sottolineare che una ulteriore distinzione riguarda il caso in cui la videoripresa sia

³⁷⁵ Cfr. S. Occhipinti, *"Il nuovo interrogatorio video o fono registrato"*, in Altalex, 19/01/2023

³⁷⁶ Cfr. F. PORCU, *"Le videoriprese nel processo penale. Tra sicurezza, riservatezza e documentazione"*, op.cit., 2024

³⁷⁷ Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, dep. 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco

effettuata da un privato e il caso in cui essa sia realizzata da un soggetto del procedimento per finalità legate allo stesso.³⁷⁸

3.2. Le videoriprese investigative

Proseguendo nella disamina dell'utilizzo di tale strumento tecnico nell'ambito del processo penale, occorre guardare nel dettaglio una species ben precisa dell'uso del suddetto mezzo digitale, la quale è stata disciplinata da susseguenti interventi giurisprudenziali ed è costituita dalle videoriprese investigative. Con tale terminologia si intende descrivere quelle attività di ripresa visiva svolte nell'ambito delle indagini preliminari, finalizzate ad essere successivamente utilizzate come elementi probatori, sia nell'ambito di un eventuale procedimento de libertate, sia nel giudizio di merito volto all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Tali riprese devono essere nettamente distinte³⁷⁹, sotto il profilo sistematico e ai fini della loro utilizzabilità processuale, da quelle realizzate da soggetti privati o da enti pubblici al di fuori del procedimento penale. È il caso, ad esempio, dei sistemi di videosorveglianza a circuito chiuso installati per ragioni di sicurezza e con funzione essenzialmente preventiva, in luoghi pubblici o privati come istituti bancari, stazioni, aeroporti, stadi, uffici, esercizi commerciali, nonché su strade e piazze. Queste registrazioni, nonostante possano rivelarsi preziose per le indagini e per l'identificazione degli autori di eventuali reati, assumono natura di documenti all'interno del processo e, pertanto, sono qualificabili come prova

³⁷⁸ Sul punto v. F. PORCU, "Le videoriprese nel processo penale. Tra sicurezza, riservatezza e documentazione", op.cit., 2024

³⁷⁹ In tal senso v. A. Camon, "Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"", in Cass. pen., n. 4 (1999) 1192, che sul punto si è espresso in questi termini: "Nell'ambito del procedimento penale, l'utilizzazione di strumenti di ripresa visiva può assumere (almeno) due aspetti: anzitutto si può trattare della «documentazione di un atto del procedimento», secondo le regole dettate dagli artt. 134 comma 4, 139 e 49 disp. att. (a cui si aggiungono previsioni specifiche per particolari atti o particolari modalità di assunzione di un atto: è il caso degli artt. 141-bis, 214 comma 3 e 398 comma 5-bis c.p.p.). Ma i filmati non svolgono sempre una funzione «ancillare» di attestazione circa tempi e modi di assunzione di un (altro) atto processuale; immaginiamo per esempio che alcuni agenti di polizia giudiziaria, informati che di là pochi giorni si verificherà una consegna di merce illegale in un certo luogo, vi si rechino e vi lascino qualche telecamera; poi, per non correre il rischio di essere scoperti, si allontanano; concluse le operazioni, tornano a recuperare telecamere e registrazioni. Qui sarebbe palesemente una forzatura tentare di ricondurre le videocassette alla categoria dogmatica della «documentazione degli atti»: l'oggetto dei filmati è un traffico illecito, non un'attività processuale. In questo ed in altri simili casi, dunque, le riprese visive non fungono da strumenti di documentazione ma assurgono esse stesse al rango di «atti del procedimento» (suscettibili a loro volta di essere documentati, tramite verbale o annotazione)".

documentale ai sensi dell'art. 234 del codice di procedura penale.³⁸⁰ Per quanto concerne, dunque, le videoriprese nella loro qualità di atti di indagine, è innanzitutto necessario rilevarne una mancanza di disciplina da parte del legislatore, ragion per cui si tratta di un utilizzo processuale di uno strumento tecnico i cui tratti sono stati segnati dal susseguirsi di decisioni giurisprudenziali. Tra le prime che hanno affrontato il tema, si è rivelata di notevole importanza una pronuncia del 1997 della Corte di Cassazione³⁸¹, con la quale, in primis sono stati definiti i caratteri e le rilevanti differenze tra videoriprese effettuate in luoghi pubblici e in luoghi di privata dimora, ed in secondo luogo, sono stati per la prima volta definiti e giuridicamente inquadrati i concetti di videoriprese di comportamenti “comunicativi” e non. Dunque, seguendo l'ordine logico osservato all'interno della pronuncia, è sicuramente necessario riportare che in ossequio alla differenziazione tra le videoriprese effettuate in luoghi pubblici e le stesse effettuate all'interno di luoghi di privata dimora, i giudici della suprema corte hanno ipotizzato, secondo opinioni dottrinali in maniera contraddittoria e poco convincente³⁸², che, qualora tale strumento tecnologico sia utilizzato per riprese effettuate in luoghi pubblici, sia possibile inquadrarlo giuridicamente (ovviamente rimanendo nell'ambito della materia processuale), all'interno della disciplina prevista ex artt. 189 e 234 c.p.p., dunque nell'ambito delle prove atipiche e delle prove documentali. Per quanto concerne, invece, i casi in cui le videoriprese vengano effettuate all'interno di un luogo di privata dimora, ovviamente il discorso assume natura più complessa. Infatti, come già evidenziato nei paragrafi precedenti, e come si può comprendere dalle parole dei giudici della corte suprema nella pronuncia analizzata, l'attività di videoripresa all'interno del domicilio costituisce una pratica totalmente intrusiva all'interno di uno spazio tutelato in maniera specifica dalla nostra carta costituzionale all'articolo 14 Cost. Pertanto, affinché tale attività possa essere ritenuta legittima è senza dubbio necessario che essa sia orientata al dettato costituzionale che al comma 2 del suddetto articolo 14 Cost., impone una riserva di legge e una riserva di giurisdizione, comportando la necessità di inquadrare l'utilizzo

³⁸⁰ Cfr. N. Triggiani, “*LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA CORTE COSTITUZIONALE E SEZIONI UNITE CRONACA DI UNA TRAVAGLIATA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE (... IN ATTESA DEL LEGISLATORE)*”, in *Iurisdictio*, n. 4-2023 - contributo 3

³⁸¹ Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397

³⁸² Sul punto v. Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, in Cass. pen., n. 4 (1999) 1194, con nota a sentenza di A. Camon, “*Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove “incostituzionali”*”.

delle videoriprese all'interno di un istituto disciplinato dal codice. Pertanto, il ragionamento della Corte è stato effettuato nel tentativo di collocare questa attività nell'ambito normativo, specificando come tra i due istituti ipotizzati, quali le intercettazioni e le ispezioni, l'inquadramento all'interno del secondo non avrebbe potuto trovare un fondamento giuridico appropriato, soprattutto in virtù del rilevante discrimen della conoscenza dello svolgimento dell'attività da parte di colui che ne è sottoposto, elemento che sussiste nella disciplina delle ispezioni, con le relative norme di garanzia³⁸³, ma invece manca nello svolgimento delle attività di videoripresa all'interno del domicilio. Dunque, la soluzione che appare più appropriata, resta essere quella della riconduzione dell'utilizzo delle videoriprese all'interno dei luoghi di privata dimora all'interno dell'istituto delle intercettazioni. Più nello specifico, le riprese visive di comportamenti svolti all'interno di un domicilio andrebbero idealmente distinte in due categorie: qualora registrino un «atto comunicativo», si configurerebbero come una particolare forma di intercettazione e, come tali, sarebbero pienamente utilizzabili; al contrario, laddove documentino una condotta priva di finalità comunicative, si tratterebbe di attività investigativa non consentita e, pertanto, inutilizzabile, poiché non conforme al dettato costituzionale dell'art.14. Per quanto concerne il fondamento giuridico del ragionamento di sussunzione posto in essere, esso, da quanto si può leggere nella pronuncia in esame, trova la sua ratio all'interno del processo storico evolutivo dell'istituto delle intercettazioni, il quale ha visto il susseguirsi di aperture ed estensioni della materia, particolarmente in ordine alle innovazioni tecnologiche sorte nel corso degli anni. Nel dettaglio, il riferimento è a quella che viene interpretata come una previsione legislativa aperta, ossia il riferimento alle «altre forme di telecomunicazione» all'interno del comma 1 dell'art.266 c.p.p. In una decisione successiva³⁸⁴ e ravvicinata nel tempo, la Corte di Cassazione ha adottato un orientamento differente, ritenendo non del tutto esclusa la possibilità di effettuare riprese video all'interno del domicilio. Il caso riguardava riprese

³⁸³ Si pensi alla «facoltà di nominare un «testimone ad atti processuali» (art. 245 comma 1), la consegna del decreto all'imputato o a chi abbia l'attuale disponibilità del luogo (art. 246 comma 1), l'obbligo di non offendere «dignità» e «pudore» di chi è sottoposto all'accertamento (art. 245 comma 2: prescrizione, questa, suscettibile di essere rispettata solo quando l'indagine si svolga in un contesto di relazioni «palesi» fra indagante ed indagato, ma praticamente inservibile qualora una macchina capti e documenti di nascosto tutto quel che accade nella stanza sorvegliata», in Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, in Cass. pen., n. 4 (1999) 1200, con nota a sentenza di A. Camon, «Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»».

³⁸⁴ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 562.

realizzate dalla polizia giudiziaria, senza autorizzazione, nel bagno di un locale pubblico usato per attività di spaccio. Pur riconoscendo che tali spazi rientrano nella tutela dell'art. 14 della Costituzione, la Corte ha affrontato la questione senza fare riferimento alla normativa sulle intercettazioni ambientali. Ha invece basato la legittimità delle riprese su un bilanciamento tra il diritto alla riservatezza e l'interesse pubblico alla repressione dei reati. Secondo i giudici, tale limitazione dei diritti costituzionali è ammissibile solo se disposta da un provvedimento dell'autorità giudiziaria (giudice o PM), motivato e proporzionato alle esigenze investigative. Le videoriprese, dunque, sono ammissibili in giudizio solo se rispettano la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 14, comma 2, Cost. Non essendo espressamente disciplinate, queste riprese rientrano tra le "prove atipiche" e, se acquisite nel rispetto delle garanzie minime, possono essere utilizzate nel processo come prove documentali ex art. 234 c.p.p.³⁸⁵ La questione è stata successivamente sottoposta al controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte. Il caso riguardava un procedimento penale incentrato sui reati di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione. Nell'ambito delle indagini, il giudice per le indagini preliminari aveva autorizzato l'intercettazione di comunicazioni tra presenti all'interno di un locale notturno, facendo riferimento anche all'art. 266, comma 2, c.p.p., nel caso in cui il luogo fosse da considerarsi rientrante tra quelli protetti ai sensi dell'art. 614 c.p. L'intercettazione era stata effettuata tramite una microtelecamera e aveva prodotto risultati investigativi particolarmente rilevanti, in quanto le immagini registrate documentavano rapporti intimi tra le ballerine e i clienti del locale. La consulta, dunque, adita sul punto, si è espressa mediante una sentenza interpretativa di rigetto³⁸⁶, con la quale è stata sancita l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale³⁸⁷, ed è stata ribadita e rielaborata la distinzione tra "comportamenti comunicativi" e non. Secondo la visione dei giudici della consulta, invero, la ripresa di comportamenti aventi natura comunicativa integra una vera e propria forma di intercettazione, con la

³⁸⁵ Cfr. N. Triggiani, "LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA CORTE COSTITUZIONALE E SEZIONI UNITE CRONACA DI UNA TRAVAGLIATA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE (... IN ATTESA DEL LEGISLATORE)", in *Iurisdictio*, n. 4-2023 - contributo 3, e sul punto v. altresì Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 562, in Cass. pen., n. 9 (2001) 2434, con nota di G. BORRELLI, "Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali".

³⁸⁶ Si tratta della sentenza n.135/2002 della Corte costituzionale

³⁸⁷ La questione era stata sollevata con riferimento agli articoli 3 e 14 della Costituzione, in relazione alla mancata previsione, negli articoli 189 e 266-271 del codice di procedura penale, dell'estensione della disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti ai luoghi tutelati dall'articolo 614 c.p., anche alle riprese visive effettuate negli stessi ambienti.

conseguente applicabilità della relativa disciplina, in virtù del fatto che tale attività incide sul diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni garantito dall'art. 15 della Costituzione. Pertanto, qualora l'intercettazione audiovisiva avvenga all'interno di un domicilio, trova applicazione l'art. 266, comma 2, c.p.p., che disciplina le intercettazioni ambientali, con la conseguente ammissione delle videoriprese in luoghi domiciliari solo in presenza di fondati motivi per ritenere che in quel luogo si stia concretamente svolgendo l'attività criminosa. Diversamente, se la captazione (anche nelle forme di videoregistrazione) avviene in luoghi diversi dal domicilio, si applica la disciplina ordinaria delle intercettazioni, senza che sia necessario il presupposto ulteriore dello svolgimento dell'attività illecita in atto. Per quanto invece concerne la ripresa di comportamenti "non comunicativi", la Corte costituzionale ne ribadisce l'inutilizzabilità, sancendo però un principio diverso da quello già consolidato in giurisprudenza. Invero, con tale pronuncia la Corte ha stabilito la non tassatività dell'elenco delle attività previste dall'art. 14 comma 2 della Costituzione (si tratta di ispezioni, perquisizioni e sequestri), aprendo anche la strada alla possibilità di collocare le microspie all'interno dei luoghi di privata dimora³⁸⁸, pertanto, in riferimento alle videoriprese di comportamenti non comunicativi, seppur ne sia stata affermata l'inutilizzabilità, va senz'altro rilevato che tale principio, secondo il ragionamento della consulta, non trae origine dalla lesione del dettato dell'art. 14 Cost., non essendo l'elenco ivi contenuto da considerare tassativo, ma piuttosto trae origine dalla mancanza di una disciplina processuale specifica per una attività che limita il domicilio.³⁸⁹

3.3. Le sezioni unite Prisco

In successive pronunce³⁹⁰, la Corte di Cassazione, pur accogliendo in una visione generale la distinzione stabilita dalla Corte costituzionale, ha adottato una interpretazione alquanto restrittiva del concetto di domicilio, con conseguente limitazione dello stesso alle sole abitazioni private e alle loro immediate pertinenze. Tali interpretazioni, hanno avuto come conseguenza pratica la piena ammissibilità delle videoriprese di semplici immagini

³⁸⁸ Per una disamina più approfondita sul tema v. cap. 2, par. 2.4. di questo elaborato

³⁸⁹ Cfr. Corte Cost., 24 aprile 2002, n. 135, in Giur. cost., n. 2 (2002) 1062, con note di A. PACE, "*Le videoregistrazioni "ambientali" tra gli artt. 14 e 15 Cost.*", e di F.S. MARINI, "*La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà "sottoordinata"?*", e sul punto v. anche: F. CAPRIOLI, "*Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*", in Giur. cost., n. 3 (2002), pp. 2176 ss.

³⁹⁰ Cass., sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 223733; Cass., sez. VI, 10 gennaio 2003, n. 3443

effettuate dalla polizia giudiziaria anche di propria iniziativa, in tutti i luoghi considerati come “non domiciliari”, ivi comprese quelle situazioni particolarmente problematiche e sensibili come i bagni o le aree riservate, i c.d. “privè” dei locali pubblici. Tuttavia, in maniera speculare, non sono mancate pronunce³⁹¹ sul tema che hanno invece compreso tali luoghi nella nozione di domicilio, con le conseguenti garanzie nell’ambito dell’applicazione della disciplina specifica³⁹². Pertanto, al fine di dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla questione, è risultato necessario un intervento delle sezioni unite, avvenuto nel 2006 con la sentenza n. 26795 del 28 marzo 2006, Prisco. All’interno della pronuncia, la Suprema corte, ha riconfermato la distinzione, già pacifica in giurisprudenza e sancita dalla Corte costituzionale, tra videoriprese di “comportamenti comunicativi” e non, ribadendo come i primi rientrino nell’alveo della disciplina delle intercettazioni e possano pertanto essere eseguiti anche nei luoghi di privata dimora, purchè sussistano le condizioni previste dal comma 2 dell’art.266 c.p.p. Di notevole rilevanza, inoltre, appare la risoluzione che la pronuncia ha offerto in ordine alla qualificazione delle videoriprese di comportamenti “non comunicativi” e, nel dettaglio, la catalogazione dei luoghi in cui esse vengono effettuate. Sul punto, è primariamente necessario riportare che anche all’interno della suddetta pronuncia è stata sancita l’inutilizzabilità di tali attività nei luoghi di privata dimora, poiché non essendo inquadrabili i comportamenti “non comunicativi” nell’ambito dell’istituto delle intercettazioni, essi sono sprovvisti di una disciplina legislativa in grado di assicurare l’attuazione della riserva di legge ex art.14 comma 2 Cost. Dunque, va inoltre rilevato che in riferimento a tali videoriprese di sole immagini, la suprema corte, all’interno della pronuncia, ha delineato tre distinti regimi normativi, differenziati in base al luogo in cui avviene la captazione. In particolare, la Cassazione ha operato una distinzione tra luoghi “pubblici”, “domiciliari” e “riservati”.³⁹³ Per quanto concerne le videoregistrazioni effettuate in luoghi pubblici, esse sono generalmente utilizzabili ai fini probatori, sia quando sono state realizzate al di fuori del procedimento penale, dunque da soggetti

³⁹¹ Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 562.

³⁹² Cfr. N. Triggiani, “*LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA CORTE COSTITUZIONALE E SEZIONI UNITE CRONACA DI UNA TRAVAGLIATA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE (... IN ATTESA DEL LEGISLATORE)*”, in *Iurisdictio*, n. 4-2023 - contributo 3

³⁹³ Cfr. N. Triggiani, “*LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA CORTE COSTITUZIONALE E SEZIONI UNITE CRONACA DI UNA TRAVAGLIATA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE (... IN ATTESA DEL LEGISLATORE)*”, in *Iurisdictio*, n. 4-2023 - contributo 3

privati, sia quando rientrano nell'attività investigativa della polizia giudiziaria. Tuttavia, il regime di acquisizione varia nei due casi: le registrazioni effettuate da soggetti estranei al procedimento possono essere introdotte come prova documentale ai sensi dell'art. 234 c.p.p., trattandosi di documenti visivi che rappresentano fatti, persone o cose. Al contrario, le videoriprese effettuate dagli inquirenti nel corso delle indagini costituiscono atti del procedimento e, in quanto tali, sono utilizzabili solo previa ricostruzione della loro qualificazione giuridica, al fine di applicare la disciplina corrispondente. In assenza di una disciplina specifica per le riprese visive compiute dalla polizia a fini investigativi, tali attività sono considerate mezzi atipici di ricerca della prova, come previsto dagli artt. 55 e 348 c.p.p. Secondo la pronuncia della Suprema corte, il risultato probatorio derivante da queste riprese, ovvero il supporto su cui sono registrate le immagini, configura una prova priva di una disciplina legislativa, pertanto inquadrabile nell'ambito dell'art. 189 c.p.p., che disciplina le prove atipiche. Di conseguenza, affinché essa sia assunta in giudizio, è necessario un vaglio del giudice del dibattimento, il quale, dopo aver sentito le parti, dovrà valutarne l'idoneità all'accertamento dei fatti e stabilire le modalità di visione, decidendo se occorra una perizia o se sia sufficiente una semplice riproduzione.³⁹⁴ Ciò detto, occorre concentrare la trattazione sulle altre due categorie di luoghi: infatti, oltre ai luoghi domiciliari di cui si è già trattato precedentemente in questo paragrafo, la pronuncia in esame ha individuato una terza categoria, quale quella dei c.d. luoghi "riservati". Nel dettaglio, si tratta di spazi che, pur non essendo qualificabili come domicilio per l'assenza di un rapporto stabile con l'ambiente con la conseguente assenza di un diritto allo "ius excludendi alios", sono comunque connotati da un'aspettativa di riservatezza da parte di chi li occupa, che si mantiene solo finché la persona è presente. Esempi classici di tale tipologia di luoghi sono i servizi igienici di un locale pubblico o i privé di una discoteca. Tuttavia, secondo l'opinione dei giudici della suprema corte, i suddetti luoghi, pur non godendo della tutela dell'art. 14 della Costituzione, rientrano nell'ambito protetto dall'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona, tra cui il diritto alla riservatezza, sebbene con un livello di protezione meno rigoroso, non richiedendo una riserva di legge e giurisdizione per eventuali limitazioni. In questo contesto, eventuali restrizioni alla riservatezza sono ammissibili anche in

³⁹⁴ Cfr. M.L. DI BITONTO, *"Le riprese videodomiciliari al vaglio delle Sezioni Unite"*, in Cass. pen., n. 12 (2006) 3950 ss.

assenza di una disciplina legislativa specifica, a condizione che siano disposte da un'autorità giudiziaria con un provvedimento adeguatamente motivato. Di conseguenza, le videoriprese effettuate in luoghi riservati possono essere autorizzate dal pubblico ministero mediante un atto motivato e sono utilizzabili nel processo come prova atipica ai sensi dell'art. 189 del codice di procedura penale.³⁹⁵ Alla luce di quanto qui esposto, occorre effettuare talune specificazioni e trarne le conclusioni. In primo luogo, è necessario rilevare che sebbene sul punto si siano susseguite talune pronunce della Corte costituzionale che hanno riaffermato e ribadito in maniera dettagliata³⁹⁶ i principi espressi dalle sezioni unite Prisco, non si è ancora assistito ad un intervento normativo in materia. Pertanto, occorre nuovamente riferirci all'importanza che hanno rivestito in tale ambito le pronunce delle più alte cariche giurisdizionali del nostro ordinamento, e sottolineare anche che, seppur la disciplina ivi sancita sia frutto di evoluzioni e specifici ragionamenti logico giuridici, egregiamente motivati nei provvedimenti in questione, è certamente auspicabile che un intervento di carattere normativo cristallizzi una disciplina così complessa e delicata come quella delle videoregistrazioni.

³⁹⁵ Sul punto v. N. Triggiani, “*LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA CORTE COSTITUZIONALE E SEZIONI UNITE CRONACA DI UNA TRAVAGLIATA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE (... IN ATTESA DEL LEGISLATORE)*”, in *Iurisdictio*, n. 4-2023 - contributo 3

³⁹⁶ Il riferimento è alla pronuncia n. 149/2008, con la quale la Corte costituzionale, in ordine alle videoriprese di sole immagini, ha specificato che affinché venga applicato il regime di tutela previsto per il domicilio è necessario che il comportamento sia “in concreto” riservato. In definitiva, secondo il ragionamento della Corte costituzionale, quando il comportamento tenuto all'interno di un luogo qualificabile come domiciliare risulta, in concreto, incompatibile con l'esigenza di riservatezza, vengono meno le fondamenta della tutela prevista per il domicilio. In tal caso, le videoriprese effettuate in tale contesto non godono delle garanzie proprie dei luoghi domiciliari e sono soggette allo stesso regime probatorio previsto per le registrazioni realizzate in spazi pubblici o aperti al pubblico.

Capitolo 4

Mezzi di ricerca della prova e ordine europeo di indagini: le intercettazioni all'estero

1. L'ordine europeo di indagine

L'analisi della disciplina del generale istituto delle intercettazioni, condotta nei paragrafi e capitoli che precedono, ha consentito di evidenziare che tale fondamentale strumento investigativo importi, in ragione del continuo progredire delle tecnologie e delle *leges artis* in materia, un costante adeguamento della normativa in materia per assicurare un corretto bilanciamento tra l'efficacia delle indagini e la tutela dei diritti fondamentali. Il progresso tecnologico, invero, ha trasformato inesorabilmente il c.d. "mondo della comunicazione", con l'avvento di nuovi strumenti digitali che favoriscono il diffondersi di fenomeni quali la "connettività" e la "accessibilità informatica", rendendo necessaria una costante opera di aggiornamento dei protocolli e delle capacità investigative al fine di fronteggiare nuove ipotesi delittuose: i c.d. delitti sovranazionali³⁹⁷. Tali minacce emergenti hanno reso evidente la necessità di rafforzare la cooperazione internazionale attraverso trattati e accordi che, nel rispetto delle prerogative dei diversi Stati in cui si estrinsecano e consumano delitti ed attività criminali, facilitino lo scambio di informazioni ed il coordinamento delle indagini, che spesso richiedono strategie investigative tecnologicamente avanzate. Dunque, nel novero dei suddetti strumenti, sicuramente mostrano carattere determinante le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ritenute essenziali, nel dettaglio, nella duplice valenza, processuale ed endoprocessuale, di mezzo di ricerca della prova e di strumento per la prevenzione di ulteriori crimini internazionali. La descritta necessità di cooperazione giudiziaria si avvale, in ambito europeo, dell'operatività del principio del mutuo riconoscimento al fine di garantire una efficace ed omogenea integrazione europea³⁹⁸: negli ultimi venti anni, invero, il detto principio del mutuo riconoscimento si è esteso anche alla materia penale, e processualpenale, interessando, in particolare, la circolazione dei soggetti sottoposti a

³⁹⁷ Si pensi, ad esempio, alla criminalità informatica transnazionale, al traffico e trafugamento dei dati sensibili, ai delitti finanziari online a mezzo criptovalute o alle nuove rinnovate manifestazioni inerenti il traffico di droga internazionale, il terrorismo e la cybercriminalità.

³⁹⁸ Cfr. F. Liguori, "Il principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale: le condizioni di ammissibilità dell'Ordine europeo di indagine penale", in Quaderni AISDUE, fascicolo n.1/2024.

misure restrittive della libertà personale e, soprattutto, ai fini semantici propri della presente analisi, degli esiti delle attività investigative condotte nei singoli Stati membri: la direttiva 2014/41/UE, invero, come si può leggere dal considerando nn.4 e 5 della stessa, ha introdotto l'ordine europeo di indagine (OEI) per semplificare il trasferimento delle prove rispetto al precedente mandato di ricerca delle prove³⁹⁹: tale istituto, quindi, si pone quale fondamentale postulato del principio di assistenza giudiziaria per favorire, nel rispetto delle decisioni delle autorità giurisdizionali nazionali, l'acquisizione e il trasferimento dei risultati probatori legittimamente acquisiti nei rispettivi ordinamenti. In definitiva, in un'ottica unitaria dell'Unione Europea e di riconoscimento delle decisioni giurisdizionali "senza barriere", l'ordine europeo di indagine penale, strumento di derivazione europeista, riconosciuto ed attuato nel nostro ordinamento dal luglio 2017, ha attuato in tutta la sua vis normativa il principio del mutuo riconoscimento⁴⁰⁰ tra ordinamenti giudiziari degli stati membri dell'Unione Europea.⁴⁰¹

2. Le intercettazioni all'estero

Nella prospettiva della presente analisi, ciò significa che lo strumento investigativo delle intercettazioni, qualora siano da svolgersi in territorio estero e non necessitino di assistenza tecnica per le operazioni di data roaming, goda adesso di una ultra-territorialità che assicura una inedita continuità operativa agli organi delle indagini. Il risultato, secondo la dottrina, non è più una semplice collaborazione tra organi nazionali, ma una vera e propria cooperazione di carattere internazionale. L'Ordine Europeo di indagine (penale), quindi, superando i più complessi meccanismi della rogatoria internazionale⁴⁰², è provvedimento dell'Autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione Europea per

³⁹⁹ Sul punto v. L. Marafioti, *"Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento"*, in T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), *"L'ordine Europeo di indagine. Criticità e prospettive"*, G. Giappichelli, Torino, 2016, pag.10 ss.

⁴⁰⁰ Sul punto si veda l'art. 82 TFUE, che si configura come la base giuridica dell'Ordine Europeo di indagine, nel cui testo, al paragrafo 1, si legge: "La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie", con una chiara enunciazione del principio del mutuo riconoscimento"

⁴⁰¹ Cfr. "L'ordine europeo di indagine", in www.cliffordchance.com; e v. altresì F. Liguori, *"Il principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale: le condizioni di ammissibilità dell'Ordine europeo di indagine penale"*, in Quaderni AISDUE, fascicolo n.1/2024.

⁴⁰² ⁴⁰² Sul punto v. anche L. Savastano, *"Intercettazioni all'estero: procedure ed efficacia dell'Ordine Europeo di indagine"*, in www.asaps.it

compiere “atti di indagine e/o di assunzione probatoria che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro ovvero per acquisire informazioni o prove che sono già disponibili”⁴⁰³: Tra gli atti di indagine sopra menzionati, assumono particolare rilievo le operazioni di intercettazione⁴⁰⁴ di conversazioni o comunicazioni effettuate all'estero⁴⁰⁵. Le intercettazioni in territorio straniero, invero, si basano sulla imprescindibile presenza di una “stazione di ingresso” nello Stato in cui si svolgono le attività di polizia giudiziaria e in cui si trova la persona da intercettare. Il cellulare e/o apparecchio telefonico mobile assimilabile aggancia la stazione radio più vicina e dirotta la conversazione in Italia solo nell'ipotesi, che si configura come ricorrente e meno problematica anche dal punto di vista della esecuzione, in cui sia stato siglato un accordo di attivazione dei meccanismi automatici di data roaming tra il gestore della scheda telefonica e il gestore della stazione di ingresso, il c.d. instradamento⁴⁰⁶. Sul tema delle operazioni di instradamento la Suprema Corte di Cassazione ha chiarito come non sia “necessario esperire una rogatoria internazionale se le operazioni di intercettazione di una utenza mobile nazionale in uso all'estero possono essere svolte interamente nel territorio dello Stato, atteso che la suddetta procedura di instradamento, trattandosi di una tecnica legittima che comporta la destinazione a uno specifico nodo telefonico delle telefonate estere provenienti da una determinata zona, senza che sia promossa un'apposita rogatoria internazionale, posto che l'intera attività di captazione e registrazione si svolge sul territorio dello Stato, non richiede indicazioni formali del pubblico ministero”⁴⁰⁷.

Nella diversa ipotesi in cui sia necessario procedere ad intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici in uno Stato estero che non sia vincolato da alcun accordo di data roaming con il gestore nazionale della stazione di rete, quindi richiedendo che le operazioni debbano svolgersi a mezzo dell'assistenza tecnica dello Stato estero, il pubblico ministero procedente dovrà

⁴⁰³ art.2, comma 1, lett. a) del Decreto Legislativo di attuazione 21 giugno 2017 n.108)

⁴⁰⁴ Cfr. tra gli altri, Parodi C., “Il Modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019

⁴⁰⁵ artt. 30 e 31 della citata Direttiva 214/41/UE che distinguono, essenzialmente, le citate operazioni a seconda della necessità o meno di assistenza tecnica dello Stato membro “richiedente” per l'esenzione delle attività in oggetto

⁴⁰⁶ Cfr. L. Savastano, “*Intercettazioni all'estero: procedure ed efficacia dell'Ordine Europeo di indagine*”, in www.asaps.it

⁴⁰⁷ Cass. Sez. I, 16 ottobre 2002, n.37774

emettere un apposito Ordine Europeo di Indagine, a mezzo del quale, premesse le circostanziate informazioni previste dal Decreto, sarà richiesta la necessaria assistenza tecnica per procedere all'instradamento. La procedura per l'emissione di un Ordine Europeo di Indagine (OEI) contenente una richiesta di intercettazioni da eseguire nel territorio di un altro Stato membro dell'UE, come disciplinata dall'art. 23 del Decreto, prevede che, in caso di cosiddetto "versante passivo"⁴⁰⁸, il riconoscimento dell'OEI emesso da un'autorità giudiziaria estera sia di competenza del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto in cui devono essere eseguiti gli atti richiesti, sempre che ricorrano le condizioni di ammissibilità stabilite dall'ordinamento interno⁴⁰⁹. Successivamente al riconoscimento, l'organo inquirente dovrà trasmettere al Giudice per le Indagini Preliminari l'ordine di indagine con richiesta di esecuzione, che potrà essere rifiutata qualora ricorrano le condizioni espressamente disciplinate dagli artt. 9 e 10 del Decreto Lgs. 108/2017, e, in particolare, nell'ipotesi in cui il delitto per cui si procede all'estero non rientri nel novero delle fattispecie per cui possono essere disposte le intercettazioni in Italia, in violazione del principio di diritto pubblico internazionale della "doppia incriminazione". Il rifiuto del G.i.p. è comunque immediatamente comunicato all'autorità di emissione a cura del Procuratore della Repubblica. Il citato decreto, quindi, come detto in vigore dal 28 luglio 2017, introduce in Italia un nuovo strumento per l'acquisizione transnazionale degli atti investigativi e delle prove, tra cui perquisizione e sequestro; intercettazioni; acquisizioni di informazioni presso banche ed istituti finanziari, consentendo il loro trasferimento attraverso un titolo giudiziale, unificato nello spazio europeo mediante la diretta ed immediata corrispondenza tra le autorità dei diversi Stati, così sostituendo il vecchio regime delle rogatorie che resterà in vigore, tuttavia, nei rapporti tra l'Italia e gli Stati dell'Unione che non hanno aderito alla Direttiva, ossia Danimarca e Irlanda, nonché nei rapporti tra l'Italia e gli Stati che non appartengono all'Unione, come Islanda e Norvegia⁴¹⁰. La procedura a mezzo ordine europeo di indagine penale prevede infine, al comma 1 del D.lgs. in parola – art.36, che "sono raccolti nel fascicolo per il dibattimento di cui all'art.431 c.p.p.: a) i

⁴⁰⁸ Intendendosi per tale lo Stato ricevente, ed in tal caso l'analisi verte sull'ipotesi in cui sia l'Italia a ricevere un Ordine europeo di indagine

⁴⁰⁹ Cfr. L. Savastano, "*Intercettazioni all'estero: procedure ed efficacia dell'Ordine Europeo di indagine*", in www.asaps.it

⁴¹⁰ Cfr. "L'ordine europeo di indagine", in www.cliffordchance.com

documenti acquisiti all'estero mediante OEI e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; b) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera a), assunti all'estero a seguito di ordine di indagine ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana”.

3. Il caso Sky-Ecc, Encrochat e le piattaforme criptate

La rilevanza ed attualità dei temi oggetto della presente disamina risultano avvalorate, ed amplificate, dai risultati dottrinali e giurisprudenziali connessi alla nota vicenda dei c.d. criptofonini Sky-Ecc., Encrochat, Emretcom, PGP Safe, Ironchat e Anom: il dibattito, al centro di un vero e proprio caso di “cronaca giudiziaria”, concerne la natura e le conseguenti garanzie procedurali applicabili all’acquisizione delle conversazioni via chat intercorse, mediante smartphone appositamente modificati e quindi ritenute riservate dagli interlocutori, tra esponenti di associazioni criminali dedite al traffico di sostanze stupefacenti attraverso piattaforme online di tipo criptato. Le operazioni di “acquisizione” hanno riguardato chat individuali e/o di gruppo recanti innumerevoli messaggi riferibili a migliaia di utenti dislocati in tutto il mondo: le operazioni investigative in oggetto sono state innanzitutto coordinate dalle forze di polizia francesi, olandesi e belga attraverso tecniche di “intercettazione di dati” particolarmente articolate, alcune tutt’ora parzialmente coperte da segreto di Stato, che hanno consentito non solo di “intercettare” ma soprattutto di decodificare, tramite i c.d. algoritmi, l’intera mole di comunicazioni presenti e in essere sulle note sopramenzionate piattaforme criptate. Gli esiti di tali attività istruttorie sono stati poi trasmessi, a mezzo ordine europeo di indagini, agli organi investigativi e giurisdizionali degli Stati membri interessati.⁴¹¹

È di innegabile evidenza, alla luce di quanto dedotto nei capitoli che precedono in ordine al “sistema di guarentigie” presente nel nostro ordinamento al fine di assicurare la “legalità” delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, che la raccolta dei dati in così grandi dimensioni (tanto da ingenerare il preliminare interrogativo inerente la reale natura delle attività istruttorie avviate in Francia, ossia “raccolta massiva di dati” e/o “captazione mirata”) e le modalità, ancora in parte sconosciute, di accesso ai sistemi di

⁴¹¹ Sul punto v. M.T. Morcella, “Le due mosse con cui l’AG francese ha hackerato SKY ECC”, in *Dir. Pen. Proc.*, 2023, v. altresì C. Bovino, “Encrochat, utilizzo di prove acquisite in altro stato membro in violazione del diritto UE”, in *Altalex*, 2024

decriptazione per l'apertura di chat e documenti, comportino complessive problematiche inerenti, principalmente, la tutela della privacy, la validità delle prove digitali e, più in generale, la compatibilità con le regole del giusto processo in relazione alla garanzia del diritto di difesa. La rilevanza delle sopramenzionate problematiche, anche di ordine costituzionale, e la necessità di "utilizzabilità" delle attività istruttorie compiute su criptofonini e criptodati negli Stati membri cui l'ordine di indagine europeo era stato inviato e riconosciuto ha investito giudici di merito e legittimità, Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴¹² e giurisdizioni di ogni ordine e grado: in particolare il Conseil constitutionnel francese, con la decisione dell'8 aprile 2022, ha statuito che la disciplina francese, sulla cui base era stata disposta l'acquisizione delle chat e l'intercettazione delle relative comunicazioni, fosse conforme alla Costituzione francese; in parallelo il Bundesgerichtshof, con la sentenza del 2 marzo 2022, ha ritenuto che l'intercettazione della piattaforma "Encrochat", violata dall'autorità giudiziaria francese, fosse legittima ai sensi del diritto processuale penale tedesco; ancora, la Corte Suprema dei Paesi Bassi, con la sentenza del 13 giugno 2023, ha ritenuto conforme al diritto interno l'acquisizione dei dati informatici presenti sulle piattaforme criptate Encrochat e Sky-Ecc. acquisite dall'autorità giudiziaria francese. In Italia, traendo spunto dagli insegnamenti (futuristici) della Corte costituzionale⁴¹³ secondo cui la "tutela accordata dall'art.15 Cost. si estende ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici ed informatici, ignoti al momento del varo della Corte costituzionale", la suprema Corte di Cassazione ha dovuto affrontare il tema della tenuta delle garanzie fondamentali e dell'impiego dell'Ordine di indagine europeo ai fini della raccolta di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, peraltro un'eventualità espressamente prevista sia dalla direttiva che dal Decreto legislativo n.108 del 2017. È emerso pertanto un rilevante contrasto interpretativo tanto in ordine allo strumento processuale interno da porre a fondamento ed utilizzare per l'importazione delle chat decriptate e richieste con gli OEI quanto al tipo e all'ambito del controllo giurisdizionale da svolgere nel nostro ordinamento in ordine alla inutilizzabilità dei dati probatori raccolti all'estero. Il soprammenzionato contrasto giurisprudenziale, in definitiva, contrappone la disciplina propria delle intercettazioni, dunque la eventuale legittimità della trasposizione

⁴¹² Tra cui la pronuncia del 30 aprile 2024 della Corte di Giustizia UE, nella causa C-670/22

⁴¹³ Nel dettaglio si tratta della sentenza del 27 luglio 2023, n.170

delle intercettazioni “online” alla luce e secondo i principi della nostra disciplina processuale ex art.270 c.p.p., da utilizzarsi in tema di inutilizzabilità delle relative comunicazioni comunque acquisite in “altro procedimento”, ad un diverso orientamento, che ritiene non “propria” la disciplina delle intercettazioni in quanto necessariamente riferibile non a dati “statici e già definitivamente acquisiti” ma ad un “flusso di comunicazioni in atto”⁴¹⁴. Il citato contrasto interpretativo e giurisprudenziale, originato, in dettaglio, da provvedimenti della terza e della sesta sezione della Corte di cassazione, è stato risolto con il deposito, il 14 giugno 2024, di due sentenze delle Sezioni Unite con le quali il supremo organo nomofilattico si è pronunciato in ordine all’acquisizione mediante ordine europeo di indagine di comunicazioni scambiate con sistema criptato. Invero, le Sezioni Unite, con la sentenza n.23755 del 2024, hanno affermato i seguenti fondamentali principi di diritto:

- “la trasmissione, richiesta con ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decriptate dall’autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non rientra nell’ambito di applicazione dell’art.234 bis c.p.p., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, bensì nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt.238 e 270 c.p.p. e 78 disp. Att. C.p.p.;
- in materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle;
- l’emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere il contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decriptate dall’autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice

⁴¹⁴ In tal senso Cass., sez. VI, 27 settembre 2023, n. 46482 che ha precisato “trattarsi di registrazioni di conversazioni già avvenute e, quindi, di dati statici assimilabili a corrispondenza, e non invece di intercettazioni” con eventuale necessario rimando all’acquisizione di corrispondenza informatica in quanto chat già disponibili nello Stato di esecuzione attraverso il temporalmente precedente ricorso a mezzi di intercettazione.

italiano, quale condizione necessaria a norma dell'art.6 della Direttiva 2014/14/UE, perché tale autorizzazione, nella disciplina nazionale relativa alla circolazione delle prove, non è richiesta per conseguire la disponibilità del contenuto di comunicazioni già acquisite in altro procedimento;

- la disciplina di cui all'art.132 d.lgs. n.196 del 2003, relativa all'acquisizione dei dati concernenti il traffico di comunicazioni elettroniche e l'ubicazione dei dispositivi utilizzati, si applica alle richieste rivolte ai fornitori del servizio, ma non anche a quelle dirette ad altra autorità giudiziaria che già detenga tali dati, sicché, in questo caso, il pubblico ministero può legittimamente accedere agli stessi senza richiedere preventiva autorizzazione agli stessi senza richiedere preventiva autorizzazione al giudice davanti al quale si intende utilizzarli; l'utilizzabilità del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decryptate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, e trasmesse sulla base di ordine europeo di indagine, deve essere esclusa se il giudice italiano rileva che il loro impiego determinerebbe una violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata;
- l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendosi escludere, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente.”⁴¹⁵

Il superiore organo di nomofiliachia, con la sentenza n.23756⁴¹⁶, stabiliva i seguenti principi di diritto, in larga parte sovrapponibili con il richiamo alle medesime disposizioni normative sopraenunciate e riprodotte:

- “In materia di ordine europeo di indagine, l'acquisizione dei risultati di intercettazioni disposte da una autorità giudiziaria straniera in un procedimento

⁴¹⁵ Cfr. Cass. Sez. Un. Sent.n. 23755/2024, dispositivo.

⁴¹⁶ Nel dettaglio: Cass. Sez. Un. Sent.n.23756/2024

penale pendente dinanzi ad essa, ed effettuate su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234 bis c.p.p., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, ma è assoggettata alla disciplina di cui all'art.270 c.p.p.;

- In materia di ordine europeo di indagine, le prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione possono essere legittimamente richieste ed acquisite dal pubblico ministero italiano senza la necessità di preventiva autorizzazione da parte del giudice del procedimento nel quale si intende utilizzarle;
- L'emissione, da parte del pubblico ministero, di ordine europeo di indagine diretto ad ottenere i risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuate attraverso l'inserimento di un captatore informatico nel server di una piattaforma criptata, è ammissibile, perché attiene ad esiti investigativi ottenuti con modalità compatibili con l'ordinamento italiano, e non deve essere preceduta da autorizzazione del giudice italiano, quale condizione necessaria ex art.6 della Direttiva 2014/41/UE, perché tale autorizzazione non è richiesta nella disciplina nazionale;
- L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, ed effettuata su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini, deve essere esclusa se il giudice del procedimento nel quale dette risultanze istruttorie vengono acquisite rileva che, in relazione ad esse, si sia verificata la violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata;
- L'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per criptare il testo delle stesse non determina una violazione dei diritti fondamentali, dovendosi escludere, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura, ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente.”⁴¹⁷

⁴¹⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. Sent.n.23756/2024, dispositivo.

In definitiva, con le sentenze in epigrafe indicate, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno statuito che, trattandosi di acquisizioni disposte tramite OEI, devono essere rispettate le garanzie predisposte da tale disciplina di collaborazione in ambito europeo⁴¹⁸, e che la normativa applicabile risulti quella di cui al combinato disposto degli artt. 238 c.p.p., 270 c.p.p. e 78 disp. Att. C.p.p.: tale ultima norma, invero, sebbene riferentesi esclusivamente alle rogatorie, per i superiori giudici esplica un principio di carattere generale ed è pertanto applicabile anche all'OEI in conformità e aderenza ai principi sovranazionali di equivalenza e proporzionalità⁴¹⁹. Ulteriore fondamentale affermazione di principio è, ancora, quella di demandare al giudice italiano il compito di verificare la normativa applicabile a seguito di una attenta e minuziosa indagine sulla natura dell'atto di cui si chiede l'acquisizione (quindi ex post), avendo quindi cura di preliminarmente vagliare che l'attività investigativa, espletata nello Stato di esecuzione, sia stata posta in essere nel rispetto dei diritti fondamentali della persona così come inerenti i principi sovranazionali⁴²⁰. La Corte, infatti, ha attribuito al giudice dello Stato di emissione un potere di controllo postumo: pur non essendo previsto un autonomo diritto di impugnazione dell'OEI, in capo alla parte che ritiene violato un proprio diritto, fondamentale e/o di garanzia processuale, ad avviso delle Sezioni Unite, viene comunque garantita la facoltà, e l'onere, di provare la presunta violazione, così sostanzialmente attivando un potere di controllo⁴²¹. Con il deposito delle motivazioni delle sentenze n.23755 e 23756, quindi, le Sezioni Unite hanno espresso principi risolutivi in diritto che presiedono all'acquisizione, tramite ordine europeo di indagine, delle comunicazioni intercorse mediante messaggistica criptata sulla piattaforma Sky-Ecc. ed assimilabili: il pregio della risoluzione dei precedenti contrasti giurisprudenziali non esime, comunque, come già detto in dottrina, dall'affermazione della mancata esecutività delle pronunce gemelle in tema di rispetto delle garanzie difensive e di compiuta applicazione, nel nostro

⁴¹⁸ Nel dettaglio con la disposizione di cui all'art. 234 bis c.p.p.

⁴¹⁹ ⁴¹⁹Cfr. C. Fatta, E. Doderò, *“L'acquisizione delle comunicazioni criptate tramite ordine europeo d'indagine: la giurisprudenza delle Sezioni Unite tra diritti fondamentali e procedura penale”*, in *giurisprudenza penale*, 2025, 1, pagg. 13 ss.

⁴²⁰ Sul punto v. in univoca direzione di convincimento, il dettato di cui all'art.8 CEDU, diritto al rispetto della vita privata e familiare, v. altresì Mangiaracina, *“L'esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto”*, in *“L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n.108/2017”*, a cura di Kostoris, Daniele, Torino, 2019

⁴²¹ Cfr. C. Fatta, E. Doderò, *“L'acquisizione delle comunicazioni criptate tramite ordine europeo d'indagine: la giurisprudenza delle Sezioni Unite tra diritti fondamentali e procedura penale”*, in *giurisprudenza penale*, 2025, 1, pagg. 13 ss.

ordinamento, dei principi del giusto processo. In tema di “intercettazioni”, in particolare, le Sezioni Unite hanno statuito che, nel caso di acquisizione di attività intercettiva non statica, la norma interna applicabile al caso di specie è l’art. 270 c.p.p., il quale, come abbiamo già visto, non richiede alcuna preventiva autorizzazione del giudice ai fini dell’acquisizione di intercettazioni disposte in altro ordinamento, così Omettendo di considerare che, mentre nel nostro ordinamento , a differenza di quanto avviene talvolta negli ordinamenti degli Stati di esecuzione, la richiesta di acquisizione di attività intercettiva disposta in un diverso procedimento, definibile come “originario”, avviene sempre previa autorizzazione del giudice, ciò comporta che tale autorizzazione e il relativo controllo dell’autorità giudiziaria risultano comunque presenti e si trasferiscono anche al procedimento richiedente⁴²². Non mancheranno, pertanto, nuove pronunce di merito e di legittimità che si faranno carico di affrontare e risolvere tali residui, ma non secondari, dubbi interpretativi.

⁴²² Cfr. C. Fatta, E. Dodero, “*L’acquisizione delle comunicazioni criptate tramite ordine europeo d’indagine: la giurisprudenza delle Sezioni Unite tra diritti fondamentali e procedura penale*”, in *giurisprudenza penale*, 2025, 1, pagg. 13 ss.

Conclusioni

A seguito della stesura dell'elaborato, appare opportuno trarre le adeguate conclusioni sul tema trattato. Al centro dello studio dell'istituto esaminato, ricorre, a parere di chi scrive, una sottesa domanda che accompagna le molteplici problematiche e le dettagliate disposizioni legislative che, mutando nel corso del tempo, ne hanno caratterizzato la natura. È giusto che lo Stato penetri nella vita del cittadino a tal punto da ascoltarne le stesse parole, vederne le azioni, fino a prendere il pieno controllo di un dispositivo che ad oggi contiene la nostra stessa esistenza?

È da tale domanda che nasce l'interesse verso questo controverso istituto, e dunque, in conclusione, appare corretto provare a dare una risposta.

L'istituto delle intercettazioni, non si limita ad essere un mezzo di ricerca della prova, si configura come uno strumento processuale articolato e complesso, frutto di una costante ricerca di bilanciamento tra due diritti coinvolti, il cui sacrificio, nel far prevalere l'uno o l'altro, appare come tutt'altro che agevole. Manifesto evidente di uno stato di diritto, fondato sul rispetto tassativo delle norme, unico strumento capace di facilitare il suddetto sacrificio, garantendo che l'intrusione nella sfera privata di un singolo cittadino, sia fondata sul necessario principio di repressione dei reati, anch'esso cardine di un ordinamento che trova le sue ragioni nella legge e solo ad essa affida il suo controllo. Ebbene, al termine dello studio di tale disciplina, la risposta al sotteso quesito non può che risultare in senso positivo, stante la previsione di una legislazione dettagliata e garantista, in grado di assicurare che un mezzo dotato di tale potenziale lesività, non solo risulti come alternativa residuale, ma sia sottoposto al varo giurisdizionale in ogni fase della sua attuazione, a maggior ragione in virtù della sua funzione essenziale, e della sua speculare potenzialità a livello investigativo, in grado di rendere questo strumento come portante nella lotta e la repressione di alcune ipotesi delittuose particolarmente nocive per la salvaguardia dell'ordinamento.

Ne consegue che, la stesura si è incentrata sul tentativo di enumerare, tramite lo sguardo critico e interpretativo di giuristi e organi giurisdizionali che ne hanno affrontato i temi, gli aspetti più rilevanti in ordine ad una disciplina codicistica, costituzionale e sovranazionale che tramite i profondi mutamenti che l'hanno caratterizzata, ha

minuziosamente delineato i tratti fondamentali di un mezzo di ricerca della prova estremamente controverso.

Bibliografia

- A. Apollonio, *D.d.l. Nordio in materia di intercettazioni: l'ennesima ombra gettata sull'operato del pubblico ministero (e l'ennesimo passo verso la separazione delle carriere)*, in *Giustizia Insieme*, 27 maggio 2024.
- A. Camon, "Cavalli di Troia in Cassazione", in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017.
- A. Camon, "Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"", in *Cass. pen.*, n. 4 (1999) 1192, che sul punto si è espresso in questi termini: "Nell'ambito del procedimento penale, l'utilizzazione di strumenti di ripresa visiva può
- A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996.
- A. Di Maio, *Attività integrativa di indagine. Gli atti investigativi utilizzabili e non utilizzabili*, Cedam, Padova, 1999, pag.103 ss.
- A. Spataro, "Le intercettazioni telefoniche: problemi operativi e processuali", in *Quaderni C.s.m.*, n.69, 1994.
- A.V. Seghetti, *Intercettazioni telefoniche illegittime per motivazione insufficiente e nullità della custodia cautelare*, in *Giur. It.*, 1992r
- Andrea Paolo Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023
- C. Andreuccioli, *Dal Parlamento*, in *archiviopenale.it*
- C. Bovino, "Encrochat, utilizzo di prove acquisite in altro stato membro in violazione del diritto UE", in *Altalex*, 2024
- C. Caruso, *la libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, 2013 in *Forum dei quaderni costituzionali*.
- C. Di Martino, *Limiti, presupposti, forme* in C. di Martino, T. Procaccianti, "Le intercettazioni telefoniche", Padova, 2001.
- C. Parodi, *Le intercettazioni. Profili operativi e giurisprudenziali*, G. Giappichelli, Torino, 2002.
- C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, Cedam, Padova, 2006.
- C. Pinelli, "SULL'AMMISSIBILITÀ DI RESTRIZIONI ALLA LIBERTÀ DI DOMICILIO E ALLA LIBERTÀ DI COMUNICAZIONE TRAMITE "VIRUS DI STATO", in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2017.

- Carla Cataneo, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41- bis*, in www.sistemapenale.it
- Cass. 9/5/1985, Natale, Mario Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, UTET, Torino, 1989-1993, vol.II.
- Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 562, in Cass. pen., n. 9 (2001) 2434, con nota di G. BORRELLI, “*Riprese filmate nel bagno di un pubblico esercizio e garanzie costituzionali*”.
- Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, in Cass. pen., n. 4 (1999) 1200, con nota a sentenza di A. Camon, “*Le riprese visive come mezzo d’indagine: spunti per una riflessione sulle prove “incostituzionali”*”.
- Claudio Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, G.Giappichelli Editore- Torino, 2007.
- Corte Cost., 24 aprile 2002, n. 135, in Giur. cost., n. 2 (2002) 1062, con note di A. PACE, “*Le videoregistrazioni “ambientali” tra gli artt. 14 e 15 Cost.*”, e di F.S. MARINI, “*La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà “sottoordinata”?*”,
- D. Manzone, D. Carcano, *Il giusto processo. Commento alla Legge 1° marzo 2001, n. 63*, in *Quaderni di diritto e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2001.
- D. Scarpino, *La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali*, Riv. Pen. dir. e proc., 2023.
- D’aiuto - L. Levita, *I reati informatici: disciplina sostanziale e questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2012.
- E. Aprile F. Spezia, “*Le intercettazioni telefoniche e ambientali*”, Giuffrè, Milano, 2004
- E.S. Murone, “*Brevi note sul rapporto tra trojan horse e libertà di autodeterminazione*”, in *Penale Diritto e Procedura*, 12 febbraio 2021
- F. CAPRIOLI, “*Riprese visive nel domicilio e intercettazione “per immagini”*”, in Giur. cost., n. 3 (2002).
- F. CORDERO, Sub art. 266, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di F. CORDERO, UTET, Torino, 1992.

- F. Cordero, sub art.267, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di F. CORDERO, UTET, Torino, 1992.
- F. Liguori, “*Il principio di mutuo riconoscimento nell’ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale: le condizioni di ammissibilità dell’Ordine europeo di indagine penale*”, in Quaderni AISDUE, fascicolo n.1/2024.
- F. Lombardi, “*Il Tribunale di Perugia in tema di utilizzabilità delle intercettazioni nel c.d. caso Palamara*”, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 1
- F. PORCU, “*Le videoriprese nel processo penale. Tra sicurezza, riservatezza e documentazione*”, Cedam, Padova, 2024
- Foti, “*La nuova disciplina del captatore informatico. Un disfunzionale equilibrio?*”, in *Processo penale e giustizia*, Fascicolo 1-2021
- FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in A. GAITO *Procedura penale e garanzie europee*, UTET, Torino, 2006.
- G. Caselli, *Le recenti misure di ordine pubblico: il decreto 21 marzo 1978 e le sue modifiche alla legge Reale*, in *Democrazia e diritto*, 1978, n.1
- G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *il progetto preliminare del 1988*, Cedam, Padova, 1990.
- G. Illuminati, *La Disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983
- G. Leo, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell’Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. «agente segreto attrezzato per il suono»*, in *Diritto penale contemporaneo*, trimestre 1/2012.
- G. Pestelli, *La controriforma delle intercettazioni di cui al D.l. 30 dicembre 2019 n.161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, in *Sistema Penale* 2/2020.
- G. Ubertis, *La prova penale, Profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino, 1995.
- G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G.Ubertis, Giuffrè, Milano, 1992.
- G. Zagrebelsky, “*La riforma dell’autorizzazione a procedere*”, in *Corr. Giur.*, 1994.

- G.Illuminati, *La Disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983.
- G.L. Gatta, “INTERCETTAZIONI E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA: QUANDO A VOLER PRECISARE SI FINISCE PER COMPLICARE”, in *Sistema Penale*, 8 agosto 2023.
- G.L. Gatta, *Durata delle intercettazioni (45 gg): pubblicata in G.U. la l. 31.3.2025, n. 47 (legge Zanettin)*, in *Sistema penale*, 10 aprile 2025.
- G.Ubertis, V. Paltrinieri, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *riv. It. Dir. Proc. Penale*, n.2, 1979.
- GAITO, Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni a mezzo microspie, in *Giur. it.*, 1991, II, c. 430 ss
- Giacomo Fumu, *Intercettazioni*, in *Le Prove*, a cura di E.Marzaduri (in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario – E.Marzaduri), II, UTET, Torino, 1999.
- *I diritti fondamentali nella Giurisprudenza costituzionale, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia*, Varsavia, 30-31 marzo 2006, in cortecostituzionale.it
- L. Cercola, *Le intercettazioni nella dinamica del processo penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016
- L. Filippi, “il Palamara-gate”, in *Riv. Pen. Dir. Proc.*, 29 dicembre 2022
- L. Filippi, “*Le intercettazioni di comunicazioni*”, Giuffrè, Milano, 1997
- L. Filippi, *Intercettazioni: la corte di Lussemburgo ammette un'autorizzazione su prestampato privo di motivazione*, in *Riv. Pen. dir. e proc.*, 13 marzo 2023
- L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni e il segreto di polizia*, in *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n.63)*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001.
- L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 111
- L. Filippi, *LE “NUOVE” INTERCETTAZIONI PREVENTIVE E LE ALTRE ATTIVITA' DI PREVENZIONE*, in *Riv. Pen. dir. e proc.*, 30 gennaio 2023.

- L. Giordano, “*Intercettazioni: utilizzo in un procedimento diverso “stralciato” da quello originario dopo il 31 agosto 2020*” da *Il quotidiano giuridico*, in *altalex.com*, 2023
- L. Giordano, “*PRESUPPOSTI E LIMITI ALL’UTILIZZO DEL CAPTATORE INFORMATICO: LE INDICAZIONI DELLA SUPREMA CORTE*” in *Sistema Penale*, 4/2020.
- L. Giordano, “Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni”, in *altalex.com*, del 04/04/2024
- L. Savastano, “Intercettazioni all’estero: procedure ed efficacia dell’ordine europeo di indagine”, in www.asaps.it
- L. Cusano – E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, Giuffrè, Milano, 2020.
- *La disciplina delle intercettazioni: tra presupposti di legittimità, divieti d’uso e distruzione*, Laboratorio didattico di procedura penale a cura del docente Alfredo Gaito, in *archiviopenale.it*
- Lazzeri, *Convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 105/23: novità in materia di intercettazioni, incendio boschivo, ambiente e 231*, in *Sistema Penale*, 5 ottobre 2023.
- L. Marafioti, “*Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*”, in T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti (a cura di), “*L’ordine Europeo di indagine. Criticità e prospettive*”, G. Giappichelli, Torino, 2016.
- M. Daniele, “Ricerca e formazione della prova”, in R.E. Kosrotis (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*.
- M. Griffo, *Non c’è pace per l’articolo 270 c.p.p.: un recente contrasto in ordine ai presupposti di applicabilità della “nuova” disciplina.*, in *Archivio Penale*, 2023 n.2
- M. Natale, *La nuova legge 20 Novembre 2006 n. 281 di conversione del decreto-legge 22 settembre 2006 n. 259, recante “Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche”, in associazionedeicostituzionalisti.it*
- M. Perruccio, “*Il duplice volto del captatore informatico tra usi pubblici e privati*”, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1° ottobre 2020.
- M. T. Abbagnale, “*In tema di captatore informatico*”, in *Arch. pen.*, 2016, n. 2.

- M.T. Morcella, “Le due mosse con cui l’AG francese ha hackerato SKY ECC”, in *Dir. Pen. Proc.*, 2023
- M. Toriello, “*La prima pronuncia della Corte di Cassazione sul decreto legge n.105 del 2023: quella introdotta in materia di intercettazioni è norma di interpretazione autentica*” in *Sistema Penale*, 2023
- M. TORRE, “*Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*”, in “*Il captatore informatico, Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*”, Milano, 2017.
- M. Trogu, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in *Processo pen. e giust.*, 2014.
- M.L. DI BITONTO, “*Le riprese videodomiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*”, in *Cass. pen.*, n. 12 (2006)
- Mangiaracina, “L’esecuzione dell’OEI e i margini nazionali di rifiuto”, in “L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n.108/2017”, a cura di Kostoris, Daniele, Torino, 2019
- Manzione, “*Una normativa “d’emergenza” per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell’attività amministrativa (D.L. 152/91 e L.203/91): uno sguardo d’insieme*” in *Legisl. Pen.*, 1992.
- Marco Orofino, *Articolo 15*, in *La Costituzione italiana commento articolo per articolo*, vol. I, edizione II, il Mulino editore, 2021.
- Maria Giulia Putaturo Donati, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all’art. 8 della CEDU, nell’interpretazione della Corte Edu: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno.*, in europeanrights.eu.
- Marika Surace, *ADIR- L’altro diritto*, in adir.unifi.it, 2005.
- Mario Bellocci, Simona Magnanensi, Paolo Passaglia ed Elisabetta Rispoli, *Tutela della vita privata: realtà e prospettive costituzionali*, in cortecostituzionale.it
- Mario Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, UTET, Torino, 1989-1993, vol.II.
- N. Bobbio, voce *Libertà*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1978.

- N. Triggiani, “*LE VIDEORIPRESE INVESTIGATIVE TRA CORTE COSTITUZIONALE E SEZIONI UNITE CRONACA DI UNA TRAVAGLIATA EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE (... IN ATTESA DEL LEGISLATORE)*”, in *Iurisdictio*, n. 4-2023 - contributo 3
- Nicola Canestrini, “*Intercettazioni telefoniche e ambientali, le videoriprese*”, in *CanestriniLex*, 14 novembre 2014.
- P. Rivello, “*Le intercettazioni mediante captatore informatico*”, in “*Le nuove intercettazioni*” di Mazza, Oliviero, Giappichelli Editore, 2018.
- Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2023.
- Parere della Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato della Repubblica del 19 feb- braio 2020 relativamente all'emendamento n. 2.219.
- Parodi, *Ddl Nordio: cosa cambia in tema di intercettazioni*, in *ius penale*, 11 luglio 2024.
- Parodi C., “Il Modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019
- Pietro Villaschi, in *Media Laws, Rivista di Diritto dei Media*, 26 ottobre 2023.
- Porcu, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *Riv. Pen. Dir. e Proc.*, 2 agosto 2023
- Prof. Salvatore Curreri, *Principio personalista*, in *Lezioni sui diritti fondamentali 2023-2024*, capitolo VII.
- R. D'Ajello, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Riv. Pen. econ.*, 1990,.
- R. Orlandi, “*La riforma dell'art.68 Cost. e la normativa di attuazione: l'autorizzazione a procedere al traghetto dall'una all'altra legislatura*”, in *Leg. Pen.*, 1994.
- Ruga Riva, “*Il premio per la collaborazione processuale*”, Giuffrè, Milano, 2002.
- S. LODOVICI, *Regime differenziato di formazione della prova nei procedimenti di criminalità organizzata*, in *Archivio Penale*, 1994.
- S. Occhipinti, “*Il nuovo interrogatorio video o fono registrato*”, in *Altalex*, 19/01/2023

- Sezioni unite penali; sentenza 26 giugno 2008; Pres. Gemelli, Est. Romis, P.M. Ciani (concl. conf.); ric. Carli. Conferma Trib. Bologna, ord. 19 settembre 2007, in *Il Foro Italiano*, Vol. 132, No. 2 (FEBBRAIO 2009).
- Ufficio comunicazione e stampa della Corte costituzionale, comunicato del 20 luglio 2023.
- V. FROSINI, I mezzi di prova e le nuove forme di comunicazione delle informazioni del Codice di procedura penale del 1988, in *Dir. inform.*, 1990, n. 2.
- VANORIO, Il permanente problema dell'utilizzo delle intercettazioni per reati diversi tra l'intervento delle Sezioni unite e la riforma del 2020, in *sistemapenale.it*, 12 giugno 2020.
- "L'ordine europeo di indagine", in www.cliffordchance.com

Corte di Cassazione

- Cass pen. Sez. II, del 06/03/2019, n. 22016.
- Cass, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 223913
- Cass. pen. III sez., 16 aprile 2019, n. 29426,
- Cass. pen. n. 1623/1999
- Cass. pen. sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903
- Cass. Pen. sez. un., 28/05/2003, n.36747
- Cass. Pen. Sez. VI 24/11/2022, n. 9846
- Cass. Pen., 12.1.2015, n. 7204
- Cass. Pen., 12.3.1998, n. 1831, Zagaria.
- Cass. Pen., 14.09.2017, n. 55748
- Cass. Pen., 17.09.2003, n.43671.
- Cass. Pen., 19.1.2004, n. 10776.
- Cass. Pen., 20.12.1991, n. 5032, Marsella.;
- Cass. Pen., 22.11.1994, n.2533, Seminara;
- Cass. Pen., 22.4.2004, n. 23512, Termini.
- Cass. Pen., 6.10.1999, n. 3093;
- Cass. Pen., 7.09.2016., n. 43419
- Cass. Pen., 8.5.1992, n. 1586
- Cass. Pen., Sez. II n.29143 del 22/3/2013;
- Cass. pen., sez. II, 20/03/2015, n. 19158,
- Cass. Pen., sez. II, 28 giugno 2023, n. 36387,
- Cass. pen., sez. IV, 11/07/2017, n. 48084,
- Cass. Pen., Sez. Un., 23.3.2017, n. 31345.
- Cass. Pen., Sez. Un., 26.6.2014, n. 32697.
- Cass. Pen., Sez. Un., 28.3.2006, 26795, Prisco.
- Cass. Pen., Sez. V, n. 37169 del 20/07/2022;
- Cass. Pen., Sez V, n. 37911 del 20/07/2022
- Cass. Pen., sez. V, sentenza 05/04/2019, n. 15071

- Cass. Pen., Sez. VI del 12/03/2002, n.19053;
- Cass. Pen., sez.III, sent. n.50452/ 2015
- Cass. Pen., SS.UU., sentenza 31/10/2001 n° 42792
- Cass. Pen.,12.12.1994, n. 1367.
- Cass. Sez. 1 n.2930 del 17/12/2002, Semeraro;
- Cass. Sez. 2, n. 21644 del 13/02/2013, Badagliacca, Rv. 255541 - 01
- Cass. Sez. 3 n. 28516 del 28/02/2018, Marotta;
- Cass. sez. 3, n. 33598 del 08/04/2015
- Cass. Sez. 3, n.9993 del 03/07/1991, Cerra
- Cass. Sez. 5 n.45535 del 16/03/2016, Damiani De Paula
- Cass. sez. 6 n. 2135 del 10/05/1994; Rizzo,
- Cass. Sez. 6, n. 14547 del 31/01/2011, Rv. 250032 – 01
- Cass. Sez. 6, n. 21740 del 01/03/2016, Masciotta
- Cass. Sez. 6, n. 41514 del 25/09/2012, Adamo, Rv. 253805 – 01;
- Cass. Sez. 6, n. 6071 del 21/01/2004, Parisi, Rv. 227651 – 01;
- Cass. Sez. I, 2 giugno 1999, Sasso.
- Cass. sez. I, 8/11/2017, n. 52464;
- Cass. sez. un., 26/06/2008, n. 36359
- Cass. Sez. II, 12 novembre 1994, n.6249/200
- Cass. Sez. Un, 15 luglio 2010, n.37501, Donadio
- Cass. sez. un. 19/04/2012 , n. 28997,
- Cass. Sez. Un. 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato
- Cass. Sez. Un. n. 51/2019, Cavallo
- Cass. Sez. un. Pen., 28 maggio-24 settembre 2003, n.36747.
- Cass. Sez. Un. Sent.n. 23755/2024
- Cass. Sez. Un. Sent.n.23756/2024
- Cass. Sez. Un., 21 giugno 200, n.17, Primavera.
- Cass. Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 17706, Petrarca
- Cass. Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio
- Cass. sez. unite, 19 aprile 2012, n.28997, Pasqua,
- Cass. Sez. Unite, pronuncia n.51 del 2019, Cavallo,

- Cass. Sez. VI, 24 febbraio 1995 n. 6159, Galvanin
- Cass. Sez.6 n.4942 del 15/01/2004, Kolakowska Bolzena
- Cass. Sez.6, n.6702 del 16/12/2014, La Volla;
- Cass. Sezioni unite penali; sentenza 26 giugno 2008.
- Cass. SSUU, 28 aprile 2016, n. 26889
- Cass., Sez. I, 23 giugno 1986, Frisina,
- Cass., Sez. II, 5 luglio 1988, Belfiore,
- Cass., sez. III, 2 dicembre 2014, n. 14954/15, Carrara.
- Cass., sez. IV, 12 novembre 2013, n. 8076/14
- Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, n. 562.
- Cass., Sez. un, 25 marzo 1998.
- Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, dep. 28 luglio 2006, n. 26795, Prisco
- Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, Virruso, in Mass. Uff., 246955
- Cass., Sez. V, ord. 25 ottobre 2021 (dep. 16 dicembre 2021), n. 46076,
- Cass., sez. VI, 10 gennaio 2003, n. 3443
- Cass., sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397
- Cass., sez. VI, 12 febbraio 2003, n. 223733;
- Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini,
- Cass., Sez. VI, 26 maggio 2015, n.271000, Musumeci
- Cass., Sez. VI, 27 novembre 2012, Bisignani, in Mass. Uff., 254865;
- Cass., sez. VI, 27 settembre 2023, n. 46482
- Cass., sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44128
- Cass., sez. VI, 7 gennaio 1997 n.7 Pacini Battaglia
- Cass., sezione VI, sentenza dell'8 maggio 1992 n. 1586
- Cass. Sez. I, 16 ottobre 2002, n.37774

Corte costituzionale

- C. Cost., sent.23 novembre 2007 n. 390
- Corte Cost. sent. 24 gennaio 2017, n.20
- Corte Cost. sentenza n.157/2023
- Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366
- Corte Cost., 24 aprile 2002, n. 135
- Corte Cost., n. 45 del 1963
- Corte Cost., n. 61 del 1964
- Corte Cost., n. 10 del 1971
- Corte Cost., n. 110 del 1976
- Corte Cost., sent. n. 34/1973
- Corte Cost., sentenza n.135/2002
- Corte Cost.: n. 45 del 1963
- Corte Cost. n. 61 del 1964
- Corte Cost. n. 10 del 1971
- Corte Cost. n. 76 del 1973
- Corte Cost. n. 173 del 1974
- Corte Cost. n. 106 del 1975
- Corte Cost. n. 110 del 1976
- Corte cost., decisione del 22/06/2023, n. 170
- Corte cost., decisione del 24/10/2018, n.207
- Corte cost., Sent. n. 18/2022
- Corte cost., Sent. n.34/1973
- Corte cost., Sent. n. 120/ 1975
- Corte Cost., n.223/1987
- Corte Cost, 7 dicembre 2016, n. 20
- Corte Cost. sentenza del 27 luglio 2023, n.170.

- Corte cost. sent. n.135/2002
- Corte cost. sent. n.149/2008
- Corte Cost., 15 luglio 2019, n. 219
- Corte cost., 24 febbraio 1994, n. 63
- Corte Cost., sentenza del 16.4.2008, n. 149;
- Corte cost., Sent. 23 luglio 1991, n. 366.
- Corte cost., sent. n. 20/2017

Corti sovranazionali

- Corte EDU, sent. 24 aprile 1990, Huving c. Francia
- Corte EDU, sent. 25 giugno 1997, Halford c. Regno Unito
- Corte EDU, sent. 25 marzo 1998 Kopp c. Svizzera
- Corte EDU, Hewiston c. Regno Unito, 2003; Kruslin c. Francia, 1990; Chalkey c. Regno Unito, 2003.
- Corte EDU, sentenze 15 novembre 1996, Calogero Diana contro Italia
- Corte EDU, 15 novembre 1996, Domenichini contro Italia
- Corte EDU, 6 aprile 2000, Labita contro Italia
- Corte EDU, 9 gennaio 2001, Natoli contro Italia
- Corte EDU, 11 gennaio 2005, Musumeci contro Italia
- Corte EDU, 7 luglio 2009, Salvatore Piacenti contro Italia
- Corte EDU, 1° dicembre 2009, Stolder contro Italia
- Corte di giustizia dell'Unione europea, 16 febbraio 2023 (Causa C-349 /21)
- Corte di giustizia dell'Unione europea, 30 aprile 2024 (Causa C-670/22)

Ringraziamenti

Al termine del mio elaborato, vorrei ringraziare il mio relatore, il Prof. Alberto Macchia, per il quale nutro una immensa stima. Grazie alla sua illuminante guida e la sua costante attenzione, nonché pazienza e disponibilità, ha reso possibile la stesura di questo lavoro.

