

Seminario: diritto alla riservatezza e intercettazioni.

Facoltà di Giurisprudenza

Sapienza Università di Roma

Prof. Alfredo Gaito

Anno accademico 2012/2013

Diritto alla riservatezza e intercettazioni: un bilanciamento è possibile?

Problematiche di un controverso strumento di indagine tra norme, prassi ed esigenze di miglioramento

Giovanna Longhi (1272936)

Sergio Galifi (1228557)

Matteo Kisvarday (1231879)

Michal Kwiatkowski (1228481)

Enrico Iovacchini (1274482)

Tutor: Clara Costa

*“Avrebbero potuto analizzare e mettere su carta,
nei minimi particolari, tutto quello che s'era fatto,
s'era detto e s'era pensato;
ma l'intimità del cuore, il cui lavoro è in gran parte un mistero
anche per chi lo possiede, restava impendibile.”*

Da “1984”, **George Orwell**

4	Diritto alla riservatezza, indagine e processo: obiettivi di un percorso di ricerca
4	1. La riservatezza: un diritto fondamentale per il singolo e una garanzia di libertà per la collettività
7	2. Genesi storica delle intercettazioni ed evoluzione garantista: da strumento del regime a mezzo di ricerca della prova
10	3. Le intercettazioni: tra disciplina e prassi
	3.1 Ammissibilità dell'intercettazione e controllo giurisdizionale
	3.2 Esecuzione materiale
	3.3 Possibili sviluppi
15	4. Un problema irrisolto: le intercettazioni ambientali
18	5. Diritti dei terzi e soggetti con tutela rafforzata
21	6. Riservatezza, intercettazioni e diritto all'informazione: un difficile bilanciamento
24	Le nostre conclusioni
26	Indice delle fonti

Diritto alla riservatezza, indagine e processo: obiettivi di un percorso di ricerca

L'obiettivo che questo lavoro si prefigge è quello di analizzare il rapporto intercorrente tra la pratica delle captazioni audio-visive di conversazioni e il rispetto della riservatezza e dell'intimità delle persone in esse coinvolte e di cercare di comprendere se è possibile operare un equo bilanciamento tra gli interessi in gioco.

Lo studio è stato condotto prima analizzando la nascita, l'evoluzione e l'attuale concetto di diritto alla riservatezza. Abbiamo poi proseguito accostandolo alle intercettazioni telefoniche, avendo prima riguardo ad un inquadramento storico di questo strumento di ricerca della prova, poi ad un inquadramento normativo, considerando la disciplina della loro utilizzabilità nel processo penale e inquadrando le possibili evoluzioni normative. Nel corso del lavoro, ci siamo concentrati in modo particolare sul problema della legittimità delle intercettazioni cd. ambientali, constatando la mancanza di una disciplina organica ed esaustiva necessaria, considerando anche come l'evoluzione tecnologica possa continuamente trovare nuovi modi di invasione della sfera privata delle persone. Particolare attenzione è stata dedicata ai diritti dei terzi e dei soggetti con tutela rafforzata nelle intercettazioni, analizzando il recente caso del Capo dello Stato.

Abbiamo poi voluto riportare le esigenze di riservatezza e di rispetto della vita privata, alle esigenze, invece, di informazione e di sicurezza della società civile, e quindi il difficile rapporto con il diritto di informazione.

È stato uno studio stimolante, che ci ha permesso non solo di conoscere tutte le sfaccettature di questo strumento di ricerca della prova, ma ci ha anche sensibilizzato su un problema all'ordine del giorno, ovvero quello della lesione della riservatezza a mezzo delle intercettazioni, che l'attuale situazione politica sociale e culturale ci aveva fatto passivamente accettare come possibile.

1. La riservatezza: un diritto fondamentale per il singolo e una garanzia di libertà per la collettività

Quello della riservatezza è un diritto nato per rispondere ad esigenze sociali di intimità della vita e di privatezza.
Per comprendere lo sviluppo di questo diritto, bisogna considerare il contesto socio-economico di partenza: Lewis Mumford sostiene che il primo indizio fu la nascita, in periodo tardo medievale, del senso di intimità come possibilità di appartarsi dalla vita e dalle occupazioni comuni: intimità nei pasti, nel sonno, nel rituale religioso e poi nel pensiero. Questo desiderio influì anche sull'organizzazione delle classi sociali ¹. La nascita della volontà di privacy può essere quindi storicamente riportata al disgregarsi della società feudale e nasce come un diritto tipico della classe borghese che riconosce la propria identità all'interno del corpo sociale: è l'acquisizione di un privilegio da parte di un gruppo. In quest'epoca lo strumento giuridico di tutela tipico attribuibile a questa esigenza è quello della proprietà: i borghesi alzano dei recinti intorno alle loro vite.

¹ L. Mumford, *La cultura delle città*, Milano, 1953.

Ovviamente, è un diritto che non coinvolge le classi meno abbienti, le classi operaie: da una citazione di A.M. Bendich, “poverty and privacy are simply contradictoires”.²

Ma la nascita della nozione moderna di privacy risale all’America di fine ‘800, dalla battaglia portata avanti dall’avvocato Samuel Warren, borghese conservatore, contro la stampa a caccia di scandali politici e mondani, affiancato dal giudice, invece progressista, Louis Brandeis. Scrissero un articolo fondamentale per la materia in esame, “*The Right to Privacy*”, pubblicato nel 1890, punto di partenza del diritto alla privacy³. Proprio da questo atto traspare la concezione borghese di riservatezza affiancata al concetto di proprietà e quindi intesa come *ius excludendi alios*, o, usando la loro stessa espressione, “*right to be let alone*”, ed era quindi un diritto per pochi eletti. Allo stesso tempo vi era però il rifiuto di una privacy come isolamento, come abbandono della persona. Successivamente il concetto è maturato e si è esteso: dal diritto di isolarsi e non avere interferenze esterne, è diventato il diritto di poter controllare e raccogliere tutte le informazioni personali, ma anche per essere destinatario di informazioni economiche e sociali. Dati che devono sempre essere controllati, grazie alle norme sulla privacy via via sviluppate. Si è poi arrivati alle nuove tecnologie e il concetto di privacy diventa sempre più legato alla tutela della libertà personale ed esistenziale.⁴

L’introduzione del diritto alla riservatezza in Italia è avvenuta solo verso la fine degli anni ‘60. E’ il frutto di una importazione dal common law e, per questa ragione, ha richiesto adattamenti alle particolarità del nostro ordinamento, strutturalmente differente da quello anglosassone. Come è avvenuto questo trapianto? Si possono individuare due formanti: quello dottrinale e quello giurisprudenziale.

La dottrina italiana ha studiato la nascita di questo diritto negli Stati Uniti, analizzando lo scritto di Warren e Brandeis. Ha poi tentato di ancorare questo nuovo concetto alle poche disposizioni di legge (internazionali, costituzionali e ordinarie) per darne fondamento formale nel nostro ordinamento, seguendo anche l’evolvere delle esperienze straniere⁵.

Ma anche la giurisprudenza è stata determinante, perché il diritto alla riservatezza è soprattutto a formazione giurisprudenziale.

Il formante legislativo, inizialmente scarno e ininfluenza, è stato poi completato dalla disciplina sul trattamento dei dati personali. Dai progetti di legge degli anni ‘80 si è arrivati alla legge 675/1996, definita appunto “legge sulla privacy”. All’art. 1 della legge si precisa che la nuova disciplina “garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all’identità personale”.

Nella ricerca di riferimenti normativi con i quali dare fondamento alla riservatezza nell’ordinamento italiano, si sono affrontate diverse fasi: in una prima fase lo si è ancorato all’art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, secondo il quale “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”. In una seconda fase, invece, si è fatto riferimento all’art. 10 c.c., che tutela il diritto all’immagine

² S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1996

³ S. Rodotà, *Intervista tra privacy e libertà*, 2005

⁴ S. Rodotà, *Intervista tra privacy e libertà*, 2005

⁵ G. Alpa, *La Responsabilità Civile, Principi*,

prevedendo il risarcimento dei danni nel caso in cui l'immagine di una persona sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui queste attività siano consentite dalla legge, o comunque con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa. In una terza fase si considerava l'art. 2 della Costituzione che tutela l'individuo come singolo e nelle formazioni sociali. Attualmente lo si riferisce al principio generale di tutela della persona riconosciuto e garantito dalla Costituzione e in ambito comunitario⁶.

Nel trapianto, che adattamenti sono stati necessari? La situazione oggi è molto complessa e in realtà anche poco evoluta. Si distinguono diverse figure di diritti che si avvicinano e si intrecciano: il diritto all'immagine, il diritto all'identità personale, il diritto al nome, i diritti del malato.

A confliggere, invece, con questo diritto c'è il diritto di cronaca, anche questo costituzionalmente garantito, ma anche esigenze di sicurezza e di giustizia. Interferisce anche con attività che rendono più vulnerabile la persona: raccolta di banche dati personali mediante tecnologie informatiche, intercettazioni telefoniche e ambientali, notizie e immagini trasmesse in internet e il loro uso.

Il concetto di privacy, sempre negli anni '70, si è diffuso da un ambito riguardante soprattutto persone di evidenza pubblica, anche alla società civile: la "coscienza sociale" ha assorbito il diritto alla privacy come espressione di libertà dell'individuo. Il caso emblematico fu quello delle schedature Fiat del 1971: già nel 1956 una sentenza della Corte di Cassazione riconosceva l'esigenza di tutela del diritto alla riservatezza, punendo la Fiat per aver installato delle telecamere anche nei bagni, per controllare che le pause degli operai non durassero troppo a lungo e per evitare che si creassero delle aggregazioni. Nel 1971 furono gli stessi operai a ribellarsi alla raccolta dei loro dati a fine di controllo⁷. Venne considerato come diritto civile e collocato tra i diritti di terza generazione, quelli politici e sociali. Ed è esploso il contenzioso in materia di privacy. Questo diritto ha investito i settori più disparati, anche distanti tra loro, tra cui le registrazioni accolte illegittimamente e utilizzate nel processo penale, o la perquisizione dei detenuti⁸.

Se inizialmente il diritto alla riservatezza era considerato come un aspetto del diritto della personalità, poi dagli anni '70, ha acquisito la sua autonomia venendo considerato diritto soggettivo assoluto, quindi meritevole di tutela autonomamente. La fattispecie è collocata nel sistema della responsabilità civile e comporta l'applicazione dell'Art.2043 c.c. . Questo diritto si ricava oggi dalla diretta applicazione dell'Art. 2 Cost.. Però la violazione della privacy presenta anche aspetti di rilevanza penale, quando alla violazione si accompagna la lesione di beni penalmente tutelati.

Qual è la definizione di riservatezza diffusa nel nostro ordinamento?

La privacy, ad oggi, si presenta come una nozione fortemente dinamica, in stretta relazione con i mutamenti determinati dalle tecnologie dell'informazione. Una definizione di privacy come "diritto di essere lasciato solo" ha ormai perso da tempo il suo valore generale. Nell'attuale società ci si riferisce alla possibilità di un soggetto di conoscere e controllare il flusso delle informazioni che lo riguardano, per cui in un primo momento la privacy può essere definita come "il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni"⁹. Si è poi ampliata la nozione di sfera privata

⁶ G. Alpa, *La Responsabilità Civile, Principi*, 2010.

⁷ S. Rodotà, *Intervista tra privacy e libertà*, 2005

⁸ G. Alpa, *La Responsabilità Civile, Principi*, 2010.

⁹ S. Rodotà, *Intervista tra privacy e libertà*, 2005

definibile “quell’insieme di azioni, comportamenti, opinioni, preferenze, informazioni personali su cui l’interessato intende mantenere il controllo esclusivo”¹⁰. Di conseguenza, la privacy può essere identificata con “la tutela delle scelte di vita contro ogni forma di controllo pubblico e di stigmatizzazione sociale”¹¹, in un quadro caratterizzato dalla “libertà delle scelte esistenziali”¹².

Il diritto così delineato trova ovviamente dei limiti. Un primo limite è dato dallo status dell’interessato. Problematica è la questione delle persone notorie che svolgono una attività politica o istituzionale. In questo caso l’interesse pubblico giustifica l’intrusione nella loro vita privata? La dottrina è divisa in tema. In Italia sono sempre state considerate eccessive le reazioni dell’opinione pubblica statunitense agli eventi privati dei presidenti o candidati presidenti. Spesso la diffusione di notizie sulla vita sessuale o affettiva dei politici in questione sono state considerate come tecniche di competizione politica piuttosto che vere campagne di informazione. Però, se quei fatti di vita privata possono intaccare non tanto la moralità sessuale, quanto la moralità politica, è ritenuto che la violazione della privacy sia consentita¹³.

Il limite più importante è dato dal conflitto con altri diritti. Possiamo avere una lesione della privacy determinata dalla creazione artistica, fotografica o romanzesca, ovvero dalle espressioni artistiche in genere, protette anch’esse a livello costituzionale. Un esempio illustre (uno degli episodi che hanno permesso di costruire la risarcibilità del diritto in questione) è quello di Claretta Petacci¹⁴. Il valore più grande in conflitto con la privacy rimane, però, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di opinione e la libertà di stampa, tutelate dalla costituzione all’art. 21.

Per quello che più interessa questo lavoro, dobbiamo considerare come la captazione e la riproduzione di conversazioni, video e immagini di un soggetto come mezzo di prova nel processo penale possa determinare una lesione della riservatezza e della dignità della persona intercettata.

2. Genesi storica delle intercettazioni ed evoluzione garantista: da strumento del regime a mezzo di ricerca della prova

L’intercettazione telefonica quale mezzo di ricerca della prova trae origine ed iniziale applicazione in Paesi quali Gran Bretagna e Stati Uniti tra la fine del 1800 ed il primo trentennio del 1900. Soprattutto in quest’ultima fase se ne fece largo uso durante il periodo del proibizionismo e proprio a causa della loro ampia diffusione, fu necessaria da parte della giurisprudenza americana, un’opera di revisione dei precetti costituzionali in tema di libertà civili. Un emblematico precedente in materia, per la giurisprudenza degli Stati Uniti, fu il “caso Olmstead”. Nel 1926 infatti la Corte Federale dello Stato di Washington, sulla base di prove per la gran parte raccolte dalla polizia attraverso le intercettazioni del suo telefono, condannò a 4 anni di reclusione e al pagamento di una multa di 8.000 dollari il noto contrabbandiere di alcool Roy Olmstead con l’accusa di violazione del Volstead Act (legge sul divieto di fabbricazione, vendita, importazione e trasporto di alcool) e associazione a delinquere; nel 1928 Olmstead fece però ricorso alla Suprema Corte degli Stati Uniti (Olmstead v. United States) sostenendo che l’intercettazione e l’uso di

¹⁰ S. Rodotà, *Intervista tra privacy e libertà*, 2005

¹¹ L.M. Friedmann, *The Republic of choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Mass. 1990, p. 184

¹² F. Rigaux, *La protection de la vie privée et de autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, 1990, p. 167

¹³ G. Alpa, *La Responsabilità Civile, Principi*, 2010.

¹⁴ Cass. Civ., 20.4.1963, n. 990.

conversazioni telefoniche private, ottenuto dagli agenti federali senza approvazione giudiziaria e successivamente utilizzate come prove, costituiva una violazione dei diritti della difesa sanciti dal IV e V emendamento della Costituzione americana; la Corte tuttavia, respinse il ricorso dichiarando che né il IV né il V emendamento erano stati in alcun modo violati. La decisione di tale sentenza sarà ribaltata solo nel 1967 dalla sentenza *Katz v. United States* che sancirà la prevalenza costituzionale del diritto alla privacy sui mezzi di ricerca della prova¹⁵.

Diverso fu in Italia l'approccio verso la nuova materia, infatti se il codice del 1865 per ovvie ragioni temporali e tecnologiche ignorava del tutto la disciplina, assolutamente approssimativa si dimostrò la formulazione degli artt. 170 e 238 da parte del codice del 1913¹⁶, probabilmente anche a causa del rarissimo uso che all'epoca si faceva del mezzo in questione, motivato anche dalla scarsità degli strumenti tecnici e dal fatto che non se ne colse immediatamente l'efficacia a scopo probatorio; neppure erano ipotizzabili, agli inizi del secolo scorso, le problematiche che ne sarebbero derivate in relazione al diritto alla riservatezza. L'inconsapevolezza si può denotare, a titolo d'esempio, dal primo caso documentato di intercettazione in Italia che risale al 1903 e che rappresentò un evento del tutto casuale. Durante il secondo mandato di Giolitti da Presidente del Consiglio dei Ministri del Regno D'Italia, avvenne, infatti, una strana telefonata notturna tra un Ministro del Regno e sua moglie residente a Genova. Il contenuto della telefonata riguardava l'approvazione all'indomani di un decreto di carattere finanziario e pertanto il Ministro suggeriva alla moglie di investire su una serie di titoli che dal giorno seguente avrebbero risentito positivamente del decreto. La telefonata fu casualmente ascoltata dal centralinista che non ritenendone usuale il contenuto ne annotò gli estremi: ora, località, numeri telefonici corrispondenti agli abbonati, nominativi delle persone fra cui si era svolta nonché riassunto della conversazione. Il centralinista, terminato l'usuale orario quotidiano di servizio, chiese udienza al Capo di Gabinetto del Primo Ministro e raccontandogli l'accaduto provocò il rinvio del decreto¹⁷. La conseguenza più significativa dell'evento fu tuttavia un'altra, ossia la nascita del "Servizio di Intercettazione" che andò a costituire un reparto della Polizia di Stato e di cui fecero ampio uso i Governi Giolitti e Nitti per la sorveglianza delle personalità più in vista del mondo politico, economico, giornalistico e religioso¹⁸. Con l'avvento del ventennio Fascista, il Governo Mussolini si guardò bene dall'ampliare e dettagliare la lacunosa normativa, che con l'assenza di principi garantisti, ben si sposava con le esigenze autoritarie del Regime. Pertanto il Codice Rocco (artt. 226 e 339) ripropose invariata la legislazione presente nel codice del 1913, che confermava un forte potere e capacità d'azione alla parte inquirente. Sostanzialmente Mussolini mise in atto uno scenario già proposto dai Governi Giolitti e Nitti, infatti ordinò al Servizio d'Intercettazione di mettere sotto controllo i telefoni di gerarchi, politici di opposizione, militari, intellettuali, giornalisti, avvocati e diplomatici stranieri. L'operatore dell'intercettazione doveva svolgere la prassi in maniera rigorosa: le conversazioni dovevano essere stenografate e numerate su appositi blocchetti, dove dovevano essere indicati gli interlocutori e il carattere della conversazione, l'operatore doveva inoltre firmare al ritiro e alla consegna del blocchetto. Di particolare rilievo, poiché sintomatico dell'uso fuorviato che al tempo del regime si fece delle intercettazioni, fu ciò che accadde nel 1924 a seguito del delitto Matteotti: furono, infatti, tenuti sotto controllo i telefoni dei principali giornali di opposizione, in particolare del *Corriere della Sera*, al fine di operare un massiccio ed incisivo controllo sulle notizie; fu poi

¹⁵ Articolo di Bill Scott tratto da *The history of prohibition* .

¹⁶ Aloisi-Mortara , *Spiegazione pratica del codice di procedura penale* , Torino 1913 ; in Bruno : *Digesto delle discipline penalistiche* 1993

¹⁷ Guspini , *L' orecchio del regime – Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo* , Brescia 1973 , pp. 18-19 .

¹⁸ Guspini , *L' orecchio del regime – Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo* , Brescia 1973 , pp. 19-21 e 23-24 .

ordinato di intercettare e redigere dei rapporti, sulle conversazioni dei politici dell'opposizione, per conoscere preventivamente le opinioni in merito alla scomparsa dell'Onorevole Matteotti ¹⁹.

Nel 1947 i Padri Costituenti, lungi dal voler rinnovare le disposizioni autoritarie del Regime Fascista e consapevoli di quanto pericoloso potesse essere il controllo delle relazioni private dei singoli, formularono l'art. 15 della Costituzione, riservando così un trattamento particolare alla tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni e ponendo un limite alle competenze della polizia, conferendo potere di azione solo all'autorità giudiziaria che, d'altra parte, avrebbe potuto operare esclusivamente con atto motivato conforme alla legge. Il legislatore, tuttavia, ritenne opportuno integrare il precetto del dettato costituzionale attraverso legislazione ordinaria al fine di disciplinare più dettagliatamente la materia. Venne, così, emanata la legge n. 517 del 1955; essa inseriva un 4° comma all'art. 226 del c.p.p. che, conformandosi al testo dell'art. 15 2° comma della Costituzione, vincolava l'autorità giudiziaria a motivare ogni operazione intercettiva. Quasi vent'anni dopo gli ancora rilevanti vuoti di disciplina costrinsero la Corte Costituzionale ad un puntuale intervento: con la sentenza n. 34 del 1973 la Corte, attraverso il testo dell'art. 24 della Costituzione, stabilì quelle che sarebbero dovute essere le regole processuali riguardanti le intercettazioni. La sentenza fu prontamente accolta dal legislatore ordinario che l'anno seguente, con legge n. 98/1974, dettò la normativa cardine relativa ai presupposti, ai termini, alle modalità di esecuzione e alle sanzioni, il tutto per contrastare il fenomeno delle intercettazioni abusive.

A partire dal 1978, però, con la diffusione del fenomeno del terrorismo di eversione e dell'espansione della criminalità organizzata, lo Stato sentì il bisogno di attuare quella legislazione d'emergenza tipica proprio della fase problematica che fu rappresentata dagli "anni di piombo". In quel periodo si assistette, infatti, ad un sostanziale deficit di garantismo da parte delle istituzioni, di cui è emblematica la legge n. 191/1978. Essa introduceva una serie di riforme assolutamente efficaci per le esigenze investigative degli inquirenti, che tuttavia erano fortemente lesive delle libertà personali dell'individuo: in una maniera che oggi probabilmente definiremmo "eretica", si concedeva infatti alla Polizia Giudiziaria la possibilità di eseguire delle intercettazioni con degli impianti dislocati presso i propri corpi nonché la possibilità di ricevere a scopo probatorio proroghe a tempo indeterminato, inoltre si ammetteva l'uso di nastri e verbali anche in procedimenti diversi da quelli in cui l'intercettazione era stata autorizzata e disposta, ma soprattutto si prevedeva un'ipotesi di intercettazione preventiva.

L'evoluzione storica dell'istituto, rappresenterà la base per la redazione degli articoli in materia di "Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni" presenti nel nuovo codice di procedura penale promulgato nel 1988 ed entrato in vigore nel 1989. A parere di chi scrive, fu precisa intenzione della commissione ministeriale presieduta da Giandomenico Pisapia, quella di stabilire regole certe ed eque per entrambe le parti del processo penale. Probabilmente molto ha inciso il passaggio ad un sistema di tipo "accusatorio", fondato sul principio del contraddittorio, sull'onere della prova a carico dell'accusatore e sul principio della presunzione di innocenza fino a prova contraria. Possiamo, dunque, constatare che la commissione prestò particolare attenzione ai "mezzi di ricerca della prova" e alle intercettazioni telefoniche, che, come si è avuto modo di vedere, troppo spesso nel corso della storia, erano state utilizzate come strumento di regime e la cui disciplina era stata più volte ritoccata, manipolata e adattata alla delicatezza delle diverse situazioni succedutesi sulla scena politica e sociale italiana.

¹⁹ Guspini, L'orecchio del regime - Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo, Brescia 1973, pp. 45-50.

3. Le intercettazioni: tra disciplina e prassi

Il codice non contiene una definizione del termine “intercettazione”, pur tuttavia essa si ricava, oltre che dal suo significato semantico, dallo studio dell’evoluzione tecnologica degli strumenti di captazione clandestina. Se si vogliono delineare i contorni precisi dell’intercettazione telefonica in senso stretto, è da ritenere che la nozione accolta dal nostro legislatore si identifichi con l’ascolto diretto e segreto dei messaggi comunicati tramite telefono nel momento stesso in cui questa si svolge all’insaputa degli interlocutori acquisendo in tal modo un alto grado di genuinità della comunicazione, poiché non essendo la persona a conoscenza dell’intercettazione in atto, non avrà motivo di rilasciare false dichiarazioni. L’intrusione nella sfera privata deve avvenire con modalità di intromissione che travalicano il normale livello di percezione dei sensi umani e con apparato in grado di fissare la conversazione producendo prova storica indipendente dalla testimonianza di terzi. L’intercettazione non costituisce un vero e proprio mezzo di prova poiché per sua natura tende a ricercare elementi relativi ad un reato già in atto²⁰.

La Costituzione italiana, nel proclamare come inviolabili la libertà e la segretezza di ogni forma di comunicazione, prevede esplicitamente che la loro limitazione possa avvenire solo per atto motivato dell’autorità giudiziaria con le garanzie previste dalla legge [art 15 Cost.]. Così, ogni volta che si esamina la convenienza di disporre un’intercettazione telefonica, nasce un problema di contemperamento tra due distinti interessi: i diritti inviolabili dell’individuo e l’interesse pubblico alla repressione degli illeciti penali. Nell’assenza di un sicuro metro di paragone a cui rivolgersi per dirimere il conflitto in questione, spetta al magistrato un largo margine di discrezionalità, soltanto in parte circoscritto dall’obbligo di motivazione. Nel previgente codice, come si è notato nel paragrafo precedente, agli articoli 226 comma 4 e 339 c.p.p non era specificato per quali reati fosse ammissibile il ricorso alle intercettazioni telefoniche e poteva, pertanto, accadere che queste fossero adottate anche per reati di modesta portata. Nonostante l’attuale disciplina [art 266 c.p.p.] questo problema sussiste ancora. In questi casi sarà compito del G.i.p., con provvedimento motivato, dar conto delle ragioni per le quali il controllo viene disposto e dei motivi che ne fanno ritenere prevedibile il risultato positivo, altrimenti la salvaguardia della privata intimità risulterebbe esposta al rischio di un sacrificio sproporzionato a favore delle esigenze dell’amministrazione della giustizia. In ragione delle caratteristiche strutturali e funzionali che lo contraddistinguono, infatti, come si è avuto modo di osservare in precedenza, l’istituto delle intercettazioni è suscettibile di tradursi in strumento di controllo sociale a seguito del travalicamento dei limiti normativi o interpretativi, dimenticando il rango costituzionale dei diritti compromessi dalla captazione. Nel disporre l’intercettazione bisogna, dunque, accertarsi di non trovarsi in un’ “area privilegiata” entro la quale l’obbligo alla segretezza è destinato a prevalere al di sopra di ogni altro interesse, determinando l’irrelevanza processuale dei risultati eventualmente raggiunti in violazione di tali diritti. In virtù di tale divieto, ad esempio, non possono essere intercettate le comunicazioni che avvengono tra l’imputato e il difensore in modo da non ledere il diritto alla difesa, come meglio si dirà successivamente (vd. paragrafo 4).

²⁰ Gosso, voce "Intercettazioni telefoniche", in Enciclopedia del diritto, pp 889-891

3.1 Ammissibilità dell'intercettazione e controllo giurisdizionale

Gli ufficiali di polizia, qualora ritengano di procedere ad un'intercettazione telefonica nel corso degli atti investigativi preliminari, devono chiederne l'autorizzazione al magistrato, che vi provvede con decreto motivato [art 267 c.p.p.]. Il controllo del magistrato deve mirare non soltanto a prevenire il compimento di eventuali abusi da parte della polizia, ma anche a ridurre il rischio di lesione del diritto alla riservatezza dei soggetti estranei ai fatti soggetti a indagine.

Le condizioni legittimanti l'intercettazione di una conversazione telefonica, di cui dovrà essere fatta specifica menzione nella parte motivata del relativo decreto, sono le seguenti:

a rispondenza delle indagini svolte dalla polizia giudiziaria alle funzioni a questa assegnate dalla legge e, nello specifico, assoluta indispensabilità dell'intercettazione alla prosecuzione delle indagini stesse (art. 267 comma 1 c.p.p.); in concreto occorre che vi sia l'effettiva esistenza di un fondato motivo di ritenere che dalle intercettazioni possano derivare elementi utili alle operazioni in corso. E' necessario che gli organi di polizia portino dettagliatamente a conoscenza dell'autorità giudiziaria le risultanze concrete in base alle quali essi reputano necessario l'impiego dei controlli telefonici, non essendo sufficienti semplici sospetti. In buona sostanza, si deve versare nell'ipotesi in cui la prova non possa essere acquisita con mezzi diversi dalle intercettazioni, le quali non devono costituire il primo atto delle indagini in quanto vi deve essere un procedimento già in atto;

b devono sussistere, nei confronti del soggetto contro cui si chiede l'intercettazione, gravi indizi di reato (art. 267 comma 1 c.p.p.). Occorre che il giudizio del magistrato si eserciti su dati di fatto obiettivi da cui sia possibile desumere che un soggetto abbia violato la legge penale, non essendo peraltro richiesti gravi indizi di colpevolezza²¹.

L'intercettazione telefonica è ammessa nei casi previsti dall'articolo 266, comma 1 del codice di procedura penale. L'articolo segue un criterio prevalentemente quantitativo, cioè riferito al minimo edittale della pena comminata per il reato, la quale non deve essere inferiore a 5 anni. Tale criterio è poi integrato da un criterio qualitativo relativo alle caratteristiche dei reati che rendono utile lo specifico mezzo di ricerca della prova, emblematico è il riferimento ai reati di disturbo e molestia col mezzo del telefono.

Nei casi di *periculum in mora*, il secondo comma dell'art. 267 c.p.p. prevede che sia il p.m. a disporre l'intercettazione immediatamente, la quale dovrà poi essere confermata dal g.i.p. entro 48 ore dall'emissione del decreto²², in caso contrario l'intercettazione non potrà essere proseguita e i risultati fino a quel momento acquisiti non potranno essere utilizzati nel processo. E' sempre il p.m. che dispone la durata delle intercettazioni, per un periodo che non può essere superiore a 15 giorni ma che può essere prorogato dal giudice, per ulteriori periodi di 15 giorni sempre che permangano i requisiti richiesti dal comma 1 dell'art. 267 del c.p.p.²³ Ed è ancora il p.m. a procedere alle operazioni di captazione personalmente o avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria.

²¹ Gosso, pp 891-894

²² Alfredo Gaito, *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Roma, 2011, p. 76;

²³ Alfredo Gaito, *op. cit.*, p. 86;

Di fondamentale importanza sono gli atti con i quali viene richiesta e autorizzata l'intercettazione. L'obbligo di motivazione dà vita ad un duplice ordine di garanzie, sia nel senso di richiedere da parte del pubblico ministero una speciale accortezza nella sua richiesta al g.i.p., sia in quello di consentire un successivo controllo giurisdizionale sul decreto da parte di quest'ultimo, inoltre ciò consente successivamente anche al soggetto intercettato di procedere ad un controllo di parte. Il decreto autorizzativo da parte del G.i.p. deve essere adeguatamente motivato. La giurisprudenza spesso si discosta dagli schemi normativi ed ammette la motivazione per relationem del decreto del G.i.p. rispetto alla richiesta del p.m., in violazione del dovere del giudice di dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati: dalla motivazione del G.i.p. si deve poter ricostruire l'iter logico seguito e l'effettiva esistenza dei requisiti che legittimano l'operazione intercettiva. L'urgenza che caratterizza l'attività investigativa può condurre ad emettere un decreto carente nella motivazione soggetto a nullità che produce l'ulteriore conseguenza di rendere inutilizzabile ai fini probatori il contenuto dell'intercettazione. Se, invece, non si procede al deposito delle risultanze delle intercettazioni [art 268,4 c.p.p.] si lede il diritto di difesa, pregiudicando quindi il diritto dell'imputato ad avere un giusto processo con parità di condizioni. Per sopperire a tale lesione si ha la nullità assoluta della captazione[art 185,3 c.p.p.]. Nel caso si proceda ad un'intercettazione senza la preventiva autorizzazione del magistrato vi sono diversità di vedute nell'individuare le implicazioni processuali: alcuni ne individuano l'inutilizzabilità, altri invece affermano che l'arbitrarietà dell'iniziativa non si ripercuote sull'ammissibilità dei risultati. Si dovrebbe preferire la prima soluzione, cioè l'inutilizzabilità della prova così prodotta in conformità, oltre che a principi di diritto e di civiltà giuridica, anche a quanto espressamente stabilito dalla Costituzione, la quale proibisce ogni forma di limitazione della libertà e della segretezza di ogni comunicazione senza il preventivo controllo giudiziale. Da ciò deriva l'invalidità delle intercettazioni telefoniche eseguite arbitrariamente dalla polizia²⁴ e la loro conseguente inutilizzabilità.

3.2 Esecuzione materiale

Ottenuta l'autorizzazione, il p.m. procede, tramite gli impianti situati presso l'ufficio di Procura, all'intercettazione telefonica [art 268 c.p.p.] . A seguito della captazione viene redatta trascrizione della comunicazione, il c.d. brogliaccio; segue la trasmissione immediata dei verbali e delle registrazioni al p.m. ed il loro deposito insieme al decreto che ne ha disposto l'autorizzazione. Gli atti processuali, a seguito delle disposte intercettazioni, dovranno essere depositati entro 5 giorni dalla fine delle operazioni di verbalizzazione delle captazioni, in cancelleria o in segreteria, con immediato avviso alla difesa. Questa potrà procedere all'ascolto e potrà estrarne copia che, disposta dal giudice, deve essere attuata con le forme della perizia. Ai controlli telefonici si accompagna la registrazione su nastro, o altro supporto magnetico, dei dialoghi intercettati allo scopo di avere a disposizione una riproduzione che consenta di ripeterne l'ascolto. Sono soltanto le attestazioni racchiuse nel processo verbale ad essere rivestite di autentica rilevanza probatoria. Del processo verbale sarà data lettura nel corso del dibattimento purché non contenga informazioni la cui segretezza è da considerare protetta dalla legge. Il giudice deve poter verificare che l'attività investigativa si sia svolta entro i confini segnati dalla legge. Affinché tale controllo sia possibile l'agente di polizia giudiziaria che ha presieduto alle intercettazioni dovrà descrivere le circostanze materiali di esecuzione dell'intercettazione e il contenuto della comunicazione intercettata²⁵. Il

²⁴ Alfredo Gaito, pp 78-88

²⁵ Gosso, pp 895-898

deposito degli atti può essere ritardato, con autorizzazione del G.i.p, solo quando da ciò possa derivare un pregiudizio alle indagini in corso. La violazione di tali adempimenti non dà luogo a sanzioni processuali, ma è da ritenere che in queste ipotesi venga lesa il diritto al contraddittorio della difesa sui risultati dell'intercettazione e, dunque, il diritto alla difesa, garantito dall'art. 24 Cost. Con il deposito si attua il diritto al contraddittorio che si concretizza nel diritto di esaminare la trascrizione integrale dell'intercettazione telefonica disposto dal giudice con le forme della perizia che ne determina l'inserimento nel fascicolo del dibattimento. La prescrizione per cui l'acquisizione della prova avviene con le forme della perizia indica la trascrizione come modalità essenziale per la formazione della prova. Il contenuto delle conversazioni intercettate può essere provato solo dalla trascrizione della registrazione, essendo priva di valore probatorio la testimonianza su detto contenuto²⁶.

E' concesso al p.m. di avvalersi di impianti esterni alla procura nel caso in cui ne sussistano i presupposti, vale a dire quando i mezzi a disposizione della procura siano inadeguati e insufficienti e vi sia l'assoluta urgenza di procedere alla captazione. Tali requisiti dovranno essere puntualmente specificati e certificati nella motivazione del decreto autorizzativo all'effettuazione delle operazioni con impianti esterni alla procura, ciò perché, come ha anche affermato la Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 34 del 1973, lo svolgimento delle operazioni di intercettazione negli impianti interni alla procura consente di prevenire eventuali abusi, poiché concede la possibilità di verificare il traffico telefonico da parte dell'autorità giudiziaria [art 268 comma 3 c.p.p.]²⁷, si rende pertanto necessario ridurre al minimo l'utilizzo degli impianti esterni. L'utilizzo di impianti di pubblico servizio o presso gli organi di polizia giudiziaria deve rappresentare, dunque, una deroga straordinaria. Spesso il p.m. abusa di questo istituto svuotando di contenuto la motivazione del decreto che autorizza l'uso di impianti esterni alla procura. Le Sezioni Unite escludono la possibilità di sanare la mancanza della motivazione che è garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo. I parametri di legittimazione dell'eccezione vengono, invece, spesso argomentati in modo da svilire la formula dell'art. 268 comma 3 c.p.p. Si ribadisce, dunque, l'importanza di una specifica e puntuale motivazione riguardo l'insufficienza e l'inidoneità degli impianti presso la procura, non essendo sufficienti il mero riferimento alla formula codicistica o l'inserimento di mere clausole di stile. Senza la motivazione che specifica le ragioni dell'insufficienza o inadeguatezza degli impianti si lascerebbe la garanzia costituzionale, espressa dalla sentenza n.34/1973, all'arbitrarietà del p.m. La motivazione è, dunque, sufficiente solo se il p.m. indica ragioni adeguate, considerando il caso di specie. Nel caso di autorizzazione postuma le Sezioni Unite escludono la possibilità di sanare la mancanza di un atto motivato. Il p.m. può esporre la motivazione o integrarla in un momento successivo a quello in cui ha disposto l'autorizzazione all'intercettazione solo nel caso in cui la captazione delle comunicazioni telefoniche non sia stata ancora eseguita [sentenza Campennì Sezioni Unite 2007]. Il giudice non può in caso di mancata motivazione del p.m. sostituirsi a questo e integrare il decreto nei presupposti mancanti. La motivazione deve contemperare le ragioni empiriche che giustificano una deroga al normale processo normativo. Il giudice deve verificare la completezza della motivazione e l'inerenza della stessa all'iter logico seguito. Ove accerti l'insussistenza di valida motivazione a tali fini giustificativi, il giudice deve dichiarare l'inutilizzabilità delle acquisizioni captative. In violazione

²⁶ Cit. Alfredo Gaito, pp 88-95 149-163

²⁷ Alfredo Gaito, pp 88-91

dell'art. 268 comma 3 c.p.p. si ha una inutilizzabilità rafforzata poiché in un difficile equilibrio tra la garanzia dei diritti costituzionali e la necessità di garantire un'efficace repressione degli illeciti penali, questa può prevalere sulla prima solo a fronte di eccezionali ragioni di cui si deve dare conto per consentire alle parti il potere di critica e, quindi, il diritto al contraddittorio, e al giudice un controllo di legittimità.

La tecnica dell'instradamento permette, poi, di indirizzare le intercettazioni telefoniche e, più in generale, i flussi sonori presso gli uffici di polizia giudiziaria dove avviene l'ascolto in remoto. Questo comporta la delocalizzazione del luogo in cui avviene l'ascolto rispetto a dove avviene la captazione, ma consente anche le intercettazioni telefoniche di comunicazioni che avvengono tra un soggetto in Italia ed un altro in un Paese estero. L'ascolto remotizzato presso gli impianti esterni alla procura in cui è avvenuta l'intercettazione non necessita di autorizzazione. Ma in questo modo, si violano le garanzie poste a salvaguardia della vita privata la cui effettività richiede tutela non solo nell'esecuzione dell'intercettazione ma anche da possibili manipolazioni. Nessuna norma vieta l'ascolto remotizzato, che però non è neanche esplicitamente legittimato da nessuna disposizione, sarebbe, pertanto auspicabile un intervento chiarificatore da parte del legislatore. Ogni deroga deve essere espressamente prevista per non sacrificare arbitrariamente i diritti del singolo. D'altra parte, la captazione di comunicazioni tra l'Italia e l'estero senza il rispetto dei trattati internazionali, viola non solo i trattati stessi, ma anche le garanzie a tutela dell'individuo. Non è sufficiente che la captazione avvenga interamente sul territorio italiano perché non vi sia lesione dell'art 10 Cost.

3.3 Possibili sviluppi

Come si è avuto modo di notare, sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse sulla materia delle intercettazioni al fine di renderla più in linea con l'impianto dei principi costituzionali e più adeguata a quanto viene costantemente ricordato e richiesto dalla giurisprudenza europea. In effetti un tentativo in questo senso è stato fatto e nel 2006 è stato proposto il disegno di legge n.1611, che però è attualmente fermo in terza lettura e sottoposto all'attenzione dell'assemblea di Montecitorio. Probabilmente le ragioni che impediscono un'innovazione della disciplina in questione sono tutte politiche e riguardano problematiche in qualche maniera estranee al diritto e che le esigenze di giustizia e tutela del singolo dovrebbero, invece, suggerire di risolvere. Ad ogni modo, se il disegno di legge dovesse arrivare a compimento e se l'auspicata innovazione dovesse venire alla luce le modifiche sostanziali alla normativa codicistica sarebbero le seguenti: divieto di pubblicazione, sino alla fine delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare, di tutta la comunicazione, di tutti gli atti relativi alle comunicazioni telefoniche e i dati riguardanti il traffico telefonico [comma 5]. Nel modificare l'art. 266 c.p.p., il disegno di legge, prevede che l'elenco tassativo dei reati per cui è ammessa l'intercettazione si estenda anche all'acquisizione dei tabulati telefonici [comma 9]. La richiesta del p.m. dovrebbe essere oggetto di valutazione positiva da parte del Procuratore della Repubblica o del magistrato a ciò delegato; l'autorizzazione ad intercettare, oggi in capo al G.i.p., dovrebbe essere deliberata dal Tribunale del capoluogo del distretto in cui ha sede il giudice competente in sede collegiale [comma 10]; la motivazione dovrebbe essere contestuale al decreto di autorizzazione e il tribunale, con autonoma valutazione, dovrebbe dar conto della sussistenza dei presupposti indicati. Infine, le intercettazioni potrebbero essere eseguite per un periodo di 30 giorni non consecutivi, prorogabili per ulteriori 15 giorni. È prevista un'ulteriore proroga qualora dalle intercettazioni medesime emergessero nuovi elementi di reato. Per i delitti di

particolare allarme sociale si prevede che siano sufficienti meri indizi di reato per poter procedere ad intercettazione, la quale potrebbe durare 40 giorni prorogabili per ulteriori 20. Tutte le operazioni dovrebbero svolgersi a livello distrettuale (sia la fase di registrazione che quella di ascolto) e prima del deposito degli atti sarebbe vietato ogni tipo di stralcio, operazione che, invece, dovrebbe essere svolta in una specifica udienza in camera di consiglio dinanzi al Tribunale e alla presenza delle parti²⁸.

4 Un problema irrisolto: le intercettazioni ambientali

Questa categoria è di creazione piuttosto recente sviluppatasi come ampliamento dell'istituto delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (regolate dal 266cpp); ma mentre il codice parla delle intercettazioni telefoniche o anche telematiche, nulla si dice di quelle ambientali che quindi inglobano in sé tutte quelle forme di "captazione di frammenti di vita che non siano semplicemente comunicativi"²⁹ non rientranti nelle altre due categorie. Non essendo definita una normativa più chiara, i mezzi per acquisire le intercettazioni ambientali sono i più vari: dalla ripresa video, al gps posizionato su un mezzo oppure anche alla semplice conoscenza di quanto sia durata una chiamata attraverso la consultazione dei tabulati telefonici, alle sequenze di fotogrammi.

Per analogia si ritiene valida per questo tipo particolare di intrusione nella vita privata, gran parte della normativa prevista per le normali intercettazioni telefoniche: cioè, è possibile eseguire intercettazioni ambientali solo nei casi di reato previsti dal 266; è sempre necessaria la richiesta del pm tramite decreto ben motivato in tutte le sue parti e autorizzato dell'autorità giudiziaria che, come più volte è stato ricordato, deve, a sua volta, motivare adeguatamente il decreto in tutte le sue parti (norme 267-268); valgono anche tutte le altre norme sulla registrazione e conservazione delle informazioni ottenute e sulla loro eventuale distruzione o utilizzabilità in altri processi (art. da 269 a 271 bis)^{30 31}. La domanda da porci riguarda proprio l'opportunità di poter estendere analogicamente la disciplina prevista dal capo IV del Libro III del codice di procedura penale anche a questo mezzo così diverso di ricerca della prova. La domanda suona quasi retorica e trova risposta negativa in quanto due fattispecie così differenti in un ordinamento che non tollera l'analogia in malam partem, non dovrebbero essere accostate: nuovamente spetta al nostro legislatore, troppo spesso distratto e impegnato da altri gravissimi problemi, risolvere il problema.

Un altro profilo delicato e problematico riguarda la modalità clandestina di introduzione nei luoghi di privata dimora³², in quanto oltre alla lesione del diritto alla riservatezza, viene anche violato il domicilio, luogo inviolabile secondo il dettato costituzionale (art.14 cost.). Sul concetto di privata dimora a lungo si è dibattuto e ancora oggi non vi accordo in dottrina e giurisprudenza: può essere considerata tale anche un'automobile o altro luogo privato direttamente collegato all'intimità della persona o per domicilio si deve intendere solo quel luogo di imputazione dei principali affetti e interessi del soggetto, vale a dire la sua abitazione principale? Al momento ci sono due orientamenti opposti:

²⁸Antonio Ciervo, Brevi note al d.d.l. 1611 in tema di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali, http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_costituzionale/1_Ciervo_intercettazioni.html#.UUNqQr2f5q4.gmail

²⁹Bargi- Furfaro, "La prova per intercettazioni tra diritto interno e diritto sovranazionale"

³⁰ Alfredo Gaito, op. cit, da "Presupposti e forme delle intercettazioni" in Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi.

³¹ Bargi, "Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni", in Digesto delle discipline penalistiche, Torino, 2005.

³²Sui vari orientamenti di privata dimora vedi Cass. Sez. Un. Sentenza Policastro 2001.

a) privata dimora è solo quella per la quale ricorrono i presupposti strutturali dell'abitazione (casa, ufficio, stanza d'albergo etc.)

b) secondo un'altra impostazione, sicuramente più sensibile al tema della privacy e ai diritti dei singoli, sarebbe invece da accogliere una nozione più ampia di domicilio, che abbraccia tutti quei luoghi in cui un individuo può avere l'interesse ad essere lasciato solo e ad appartarsi, e dove egli si sente protetto da occhi ed orecchi indiscreti.

Oggi la tesi preferita pare essere la seconda, la quale è frutto di un lungo dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Dibattito che ha trovato una risposta nella sentenza Policastro delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2001. Il caso riguardava un dispositivo di captazione posizionato su una autovettura senza che vi fosse stato un decreto motivato che ne autorizzasse il posizionamento. La Corte, in quella circostanza, ritenne l'autovettura un luogo di privata dimora³³ nonostante la sua esposizione al pubblico e ribadì l'obbligo di un decreto motivato nel caso in cui il pm voglia servirsi per le operazioni intercettive di impianti esterni alla Procura, con impossibilità per il giudice di colmare successivamente le eventuali lacune. Una sentenza più recente invece, la sentenza Prisco del 2005, anche questa a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sembra invece portare a un'inversione di rotta in tema di impianti esterni alla procura, nel senso che questa volta la Corte ritiene perfettamente legittimo il rinvio del GIP alla motivazione del pm con il metodo per relationem. D'altra parte, nella sentenza Prisco, la Corte ribadisce l'inviolabilità del diritto costituzionale alla riservatezza e ricorda al legislatore che vi è la necessità di una riforma in materia di videoregistrazioni domiciliari, seppur considera pacifico che nelle riprese pubbliche tramite impianti fissi non sia necessario il decreto motivato da parte del pm.

Diversa è poi la situazione in cui si verifica la registrazione di un colloquio privato ad opera di uno dei partecipanti alla conversazione, la cui legittimità viene ritenuta sulla base del fatto che la registrazione stessa avviene ad opera di uno dei partecipanti, anche se all'insaputa dell'altro, e non si tratterebbe, dunque, di intercettazione in senso stretto. Ciò è possibile a causa della mancanza di una disciplina precisa e chiara: spetta al giudice stabilire se sono state commesse violazioni e, in mancanza di un divieto probatorio di acquisire registrazioni di un colloquio tra presenti, i dati così ottenuti sono perfettamente leciti e utilizzabili. Vista l'impossibilità di applicare la disciplina dell'art. 266 cpp a questo tipo di situazione, poiché non vi è violazione di privata dimora, le registrazioni del partecipante al colloquio, sono pienamente acquisibili e utilizzabili e si può contestare solo un eventuale abuso dei mezzi di ripresa audio e video. Riteniamo, invece, che sarebbe più opportuno parificare sul piano processuale questa ipotesi con quella dell'acquisizione illegittima delle intercettazioni, dovendo di conseguenza comminare la sanzione processuale dell'inutilizzabilità probatoria dei dati acquisiti. Se è vero, infatti, che il partecipante è stato invitato alla conversazione e che quindi non vi è violazione del domicilio, non è altrettanto vero, né può essere accettato, che il contenuto di una conversazione privata possa essere registrato e utilizzato ai fini probatori senza che vi sia stato un previo controllo giurisdizionale e, quindi, un'autorizzazione specifica. Infatti, è appena il caso di ricordare che l'art. 14 della Costituzione dichiara esplicitamente l'inviolabilità del domicilio, mentre il 15 riconosce il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, e per entrambi è espressamente stabilito che la loro violazione possa avvenire solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria.

In conclusione, si può sostenere che sia necessaria una riforma urgente sia del diritto penale sostanziale sia della procedura penale per quanto riguarda la classificazione delle intercettazioni come mezzo di prova. Questa necessità si palesa in tutta la sua urgenza se si pensa che i vecchi schemi classificatori vengono applicati anche alle nuovissime tecnologie, che invece si modificano e cambiano di un anno in anno, facendo risultare obsoleti gli strumenti appena precedenti. Come possiamo, dunque, pensare di poter continuar a guardare al mondo delle intercettazioni con un'ottica

³³“Tecnologie e diritti” di Rodotà

che non corrisponde più al dato materiale? Se pensiamo alla possibilità di usufruire da parte degli agenti di polizia di cimici e gps per svolgere indagini senza che la parte abbia il minimo sospetto di essere osservata e spiata o anche alla possibilità di chiunque di invadere la riservatezza tramite l'uso di sistemi come Google Earth; alle nuove possibilità di raccolta e trattamento delle informazioni, grazie all'aiuto di macchine sempre più sofisticate, bisogna prendere atto delle carenze dell'attuale sistema giuridico, affrontando con occhio critico l'inadeguatezza sul piano normativo-istituzionale delle tradizionali scelte e degli schemi attuali rispetto ai problemi emergenti. Se nella procedura penale è concesso solo ciò che è espressamente previsto, allora serve rivedere sia gli elenchi delle prove tipiche-atipiche sia le stesse modalità tramite le quali il pm e i suoi ausiliari eseguono le operazioni come anche gli stessi mezzi coi quali è possibile fare ciò. E non basta solo limitarsi all'inquadramento sistematico, ma ancora più importante è la predisposizione di sistemi di controllo e tutela per il cittadino, pensiamo a una persona indagata, che poi risulta estranea ai fatti a lei addebitati, comunque con l'intrusione di cimici e videoriprese, si è verificata un'acquisizione di informazioni personali che l'individuo ha interesse che non vengano conosciute da parte di nessuno. Ovviamente non possiamo pensare di elencare solo i punti critici senza pensare a possibili soluzioni, non possiamo cioè rimandare di continuo al futuro creando pericolose situazioni di stallo e incertezza del diritto³⁴. È compito del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza mostrare le aporie che si sono venute a creare anche causa di operazioni ermeneutiche un po' troppo fantasiose spesso conseguenti al carattere vago e lacunoso di alcune disposizioni che non permettono di stabilire il contenuto finale di una norma o di un istituto. A questo proposito anche la giurisprudenza della Corte Europea sostiene la necessità di una normativa precisa e dettagliata che legittimi le intrusioni nella sfera privata degli individui solo sulla base di chiari presupposti e con ben determinate modalità, ciò per evitare di distruggere quella democrazia stessa che invece si intende proteggere attraverso la giustizia penale. Le principali pronunce che ribadiscono, in tempi diversi, i concetti da noi illustrati sono:

- Corte Eur. 26/03/1987, *Leander vs Svezia*; viene ribadito che la legge nazionale deve essere specifica nella previsione delle situazioni legittimanti l'intromissione e nella predisposizione di controlli rigorosi come anche delle modalità di esecuzione e dei controlli successivi per garantire il "giusto processo";
- Corte Eur. 23/09/1998, *McLeod contro Regno Unito*, ove si afferma che l'ingerenza per essere legittima deve essere proporzionata all'offesa recata;
- Corte Eur. 29/03/2005 *Matheron vs Francia*, con la quale la Corte afferma che "non può esservi ingerenza a meno che essa non costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria".

Ma un elemento che viene trascurato, sia a livello nazionale che europeo, è quello della considerazione delle intercettazioni illegittime, di qualsiasi tipo, al di fuori del processo: infatti quando si parla di inutilizzabilità delle intercettazioni acquisite in violazione delle specifiche modalità previste, nulla è poi detto riguardo a cosa accada a chi quelle intercettazioni abusive ha posto in essere: pensiamo all'esecuzione delle operazioni senza un decreto motivato, le intercettazioni saranno probabilmente dichiarate inutilizzabili, ma ciò non toglie che i diritti della persona intercettata siano stati gravemente violati, e cosa ancor più grave, ciò sia avvenuto in maniera del tutto abusiva e illegale. Come dire "oltre al danno anche la beffa", poiché chi non ha osservato la legge nel procurarsi ciò che voleva, non subirà alcuna ripercussione, mentre chi ha subito l'abuso non potrà contare su alcun meccanismo di tipo risarcitorio effettivo. L'illegittimità scaturisce dalla violazione di norme specifiche poste a garanzia di valori ritenuti fondamentali dall'ordinamento, violazione che dovrebbe comportare, secondo l'opinione di chi scrive, una sanzione anche di natura penale contro chi ha commesso l'abuso, poiché sia la riservatezza, sia il domicilio, sia la libertà individuale sono dei beni della vita inviolabili che afferiscono alla libera

³⁴"Tecnologie e diritti" di Rodotà

formazione della persona e che, come tutti i valori protetti dalla costituzione, in quello che viene definito “nocciolo duro”, meriterebbero, forse, più attenzione, più tutela e protezione da parte dell’ordinamento. Probabilmente, lungi dal cadere in una tentazione eccessivamente giustizialista, una sanzione penale per l’autore dell’abuso, potrebbe avere una funzione deterrente contro l’abuso stesso, arginando le illecite intrusioni nella vita privata dei cittadini. Normalmente le intercettazioni violano i diritti umani, ma se questo è giustificabile per la difesa di altri interessi collettivi altrettanto importanti, non può essere ritenuta accettabile la ulteriore gravità del fatto quando vengono disattese le norme poste a garanzia del singolo, che sono invece dei limiti invalicabili alla luce dell’ordinamento. E’ la prassi tutta italiana di calpestare i diritti altrui che spesso porta i soggetti inquirenti a utilizzare espedienti per raggiungere uno scopo utile all’indagine, creando così confusione lì dove ce n’è già abbastanza, trasformando istituti pensati come garanzia e tutela per l’individuo in strumenti usati per creare ingiustizia. La machiavelliana espressione del “fine che giustifica i mezzi”, non può essere tollerata quando sono in ballo i diritti fondamentali degli individui e la loro più intima e personale sfera privata.

5 Diritti dei terzi e soggetti con tutela rafforzata

Le intercettazioni di comunicazioni sono il principale mezzo di ricerca della prova, ma anche il più insidioso. Il nostro sistema probatorio, superata la concezione onnivora di ricerca della verità oggettiva di stampo inquisitorio, come abbiamo visto, pone dei limiti concreti all’ammissibilità delle intercettazioni. Questi limiti, diretta espressione di principi costituzionali, sono necessari per la realizzazione del difficile equilibrio tra esigenze statuali di accertamento e quelle personalissime di tutela della riservatezza³⁵. Un aspetto problematico della disciplina delle intercettazioni riguarda la tutela di soggetti terzi, non coinvolti nel procedimento, le cui dichiarazioni, tuttavia, finiscono inevitabilmente nel materiale intercettato.

La materia è resa di estrema attualità dalla Sentenza n.1/2013 della Corte Costituzionale, per risolvere il conflitto di attribuzioni tra Presidente della Repubblica e Procura della Repubblica di Palermo.

Dalla sentenza della Corte traspare una forte censura per l’eccessivo ricorso allo strumento delle intercettazioni, specialmente riguardo a delle aree di immunità costituzionalmente tutelate. La Corte fa derivare dall’Art.90 Cost. una tutela particolare per la figura del Capo dello Stato, collocandolo “al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche”. E proprio per svolgere questo ruolo, il Presidente dispone non solo dei poteri formali, previsti dalla Costituzione, ma deve anche compiere una serie di attività informali, consistenti in “attività di raccordo e di influenza” che per essere efficaci necessitano di rimanere riservate. Ne nasce praticamente una immunità per il Capo dello Stato a subire intercettazioni delle sue conversazioni.

Questa tutela della riservatezza rafforzata non è un privilegio per la persona, bensì protegge la carica istituzionale del Capo dello Stato e il suo “potere di persuasione”. L’unica deroga alla riservatezza delle comunicazioni presidenziali, altrimenti assoluta, è esplicitamente prevista dall’Art.90 Cost. e consiste nei casi di alto tradimento e attentato alla Costituzione, riguardo ai quali l’Art.7 legge 219/1989 consente l’intercettazione del Capo dello Stato, ma solo dopo la sua sospensione dalla carica. La Corte quindi rigetta l’interpretazione data dalla Procura della Repubblica di Palermo, che sosteneva la legittimità delle intercettazioni, basandola sull’assenza nel nostro ordinamento di una norma che vieti esplicitamente l’ascolto di intercettazioni riguardanti il Capo dello Stato e che ne ordini l’immediata distruzione.

³⁵ ALFREDO GAITO, Intercettazioni illecite, illegali e illegittime, in Riservatezza e intercettazioni tra norma e prassi, cit.

Per la Corte non rileva nemmeno la natura occasionale di queste intercettazioni (solo quattro conversazioni, per un totale di diciotto minuti nell'arco di sei mesi) in quanto il principio, sostenuto dalla Procura della Repubblica, che ciò che è fortuito non può formare oggetto di divieto, farebbe comunque venir meno la tutela della riservatezza delle conversazioni del Presidente della Repubblica, mettendo a rischio la segretezza del contenuto delle sue conversazioni. La soluzione della questione ha grande rilievo, non solo per la possibilità o meno di intercettare il Capo dello Stato, ma anche per la questione riguardante il rischio intrinseco della divulgazione di quei dati, che invece necessitano di rimanere segreti per via della loro origine. In questo senso la Corte sottolinea come anche la semplice rivelazione ai mezzi di informazione dell'esistenza del materiale intercettato si scontra con la necessità del materiale in questione di rimanere assolutamente segreto, come stabilito dai principi costituzionali. La sentenza della Corte pertanto stabilisce l'obbligo per l'autorità giudiziaria di distruggere nel più breve tempo possibile le registrazioni, accogliendo le richieste dell'Avvocatura generale dello Stato. Inoltre, viene sottolineata la necessità di evitare le regolari procedure di distruzione della documentazione, regolamentate dagli Artt. 268 e 269 del c.p.p., in quanto entrambe le procedure prevedono un contraddittorio tra le parti. Il che consentirebbe la partecipazione e l'ascolto delle registrazioni anche da parte dei difensori, circostanza che la Corte considera da evitare, in quanto far conoscere a privati il contenuto delle conversazioni del Capo dello Stato, aprirebbe alla possibilità di divulgazione del contenuto, anche successivamente alla sua distruzione, vanificando in modo irrimediabile la garanzia della riservatezza delle comunicazioni presidenziali. La Corte Costituzionale sancisce l'inutilizzabilità delle intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica, in quanto eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge. La Corte però sancisce una procedura di distruzione semplificata, in virtù dell'Art.271 che, a tal proposito, stabilisce che il giudice disponga la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, salvo che esse stesse costituiscano il corpo del reato. Nulla viene precisato nell'articolo riguardo alla necessità del contraddittorio con la partecipazione dei difensori. La protezione assoluta del colloquio del Capo dello Stato rende l'intercettazione inutilizzabile per "ragioni sostanziali" in quanto l'accesso delle altre parti al giudizio rischierebbe di sacrificare i principi e i diritti di rilievo costituzionale, che invece la sentenza mira a salvaguardare. L'accertamento dell'effettiva presenza del soggetto immune all'interno del materiale intercettato viene pertanto affidata a P.M. e giudice. Quest'ultimo deve anche essere presente al momento della distruzione, a "garanzia di legalità" dell'operazione.³⁶ Unico aspetto che esce dall'immunità del Capo dello Stato è la tutela di "interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica". Sono casi estremi, in cui l'importanza dei beni tutelati eccede anche la necessità di tutela della riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato, e sono previsti dall'Art.90 Cost. Dalla sentenza si evince un giustificato rafforzamento della tutela della riservatezza del Capo dello Stato, ma sembra che, per ottenere ciò, vengano sacrificati degli altri diritti, principalmente di terze parti coinvolte nel processo, che non risultano affatto tutelate dalla procedura di distruzione semplificata sancita dalla Corte. Tra i diritti più rilevanti che risultano non rispettati c'è il diritto al giusto processo (Art.111 Cost.)

³⁶ Leonardo Filippi, La riservatezza delle comunicazioni del presidente della repubblica, in Archiviopenale.it fascicolo 1 2013, http://www.archiviopenale.it/joomla/images/stories/rivista/rivista_1_2013/2013_Filippi_editoriale.pdf

che prevede il contraddittorio tra le parti nella formazione della prova.³⁷ In questo caso sembra che l'interesse statale prevalga nettamente sui diritti dei privati, non raggiungendo quindi il difficile, ma auspicabile, bilanciamento di interessi.³⁸ Il Capo dello Stato non è l'unico soggetto nel nostro ordinamento a godere di una tutela particolare in materia di riservatezza nell'ambito delle intercettazioni. Anche i parlamentari godono di una tutela rafforzata. Infatti l'Art.68 comma 3 della Costituzione sancisce che "per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza" è necessaria una specifica autorizzazione della Camera di appartenenza.

Accade, tuttavia, che un'intercettazione regolarmente disposta, nell'ambito di un'indagine su una qualsiasi utenza sveli la conversazione in cui è parte un parlamentare che non è indagato. A disciplinare questa situazione è l'Art.6 della legge n.140/2003 che però è stato in gran parte dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale (Sentenza n. 390 del 2007). Originariamente nel suddetto articolo, il Giudice per le indagini preliminari, se riteneva rilevanti le conversazioni, doveva chiedere alla Camera di appartenenza del parlamentare, entro dieci giorni, l'autorizzazione al loro utilizzo. In caso di rifiuto le intercettazioni dovevano essere distrutte. Qualora il G.i.p. le avesse subito ritenute irrilevanti, la distruzione sarebbe stata immediata. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 2, 5 e 6 dell'Art.6 "nella parte in cui stabilisce che la disciplina ivi prevista si applichi anche nei casi in cui le intercettazioni debbano essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal membro del Parlamento, le cui conversazioni o comunicazioni sono state intercettate". In pratica con questa sentenza il G.i.p. non necessita più di alcuna autorizzazione parlamentare per l'utilizzo delle intercettazioni nei confronti dei terzi, anche se contengono conversazioni con un parlamentare. L'autorizzazione parlamentare continua ad essere necessaria nel caso tali conversazioni contengano notizia di reato riguardante il parlamentare. Tuttavia, nell'eventualità in cui la Camera di appartenenza neghi tale autorizzazione, non vi è più alcun obbligo di distruzione e il G.i.p. potrà liberamente utilizzare le intercettazioni nei confronti dei terzi.

Si evince nel nostro ordinamento un triplice livello di tutela della riservatezza in materia di intercettazioni. Alla tutela assoluta riservata al Presidente della Repubblica, si aggiunge una tutela intermedia nei confronti dei parlamentari. La protezione della loro riservatezza è solo parziale, in quanto esiste la possibilità che loro conversazioni intercettate possano essere utilizzate a fini processuali, quindi divulgate, nel bilanciamento di interessi con il diritto dei soggetti a difendersi. L'ultima categoria è rappresentata dai cittadini normali. Tra i diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione, nell'Art. 15, come più volte osservato in precedenza, viene tutelata "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione" ed è stabilito che "la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge". E di affine tenore è l'Art.8 C.e.d.u. nel tutelare il diritto alla riservatezza. A riguardo il Codice di Procedura Penale, negli Artt. 266 e 267, nell'individuare i requisiti e i presupposti di ammissibilità delle intercettazioni, stabilisce che queste devono essere autorizzate "con decreto motivato quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente

³⁷ Ranaldi- Bruno- Dell'Anno, dal seminario "Intercettazioni e poteri in conflitto: profili di un equilibrio instabile", tenuto il 20 Marzo 2013 nell'ambito del ciclo di seminari "I mercoledì della Procedura penale", presso la Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma.

³⁸ Ranaldi- Bruno- Dell'Anno, vedi nota n. 37.

indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini”. Da queste disposizioni deriva che il materiale intercettato riguardante il terzo estraneo, se non rilevante rispetto a quanto autorizzato dal giudice per le indagini preliminari, non dovrebbe essere divulgato. Nonostante queste premesse normative, nella realtà può risultare molto difficile una effettiva tutela della riservatezza per il terzo, a fronte dei diritti processuali degli imputati. Anche in questo caso l’obiettivo, non sempre raggiunto, è un giusto equilibrio tra gli interessi di tutti. Merita un discorso a parte la tutela assoluta alla riservatezza sancita dall’Art.103 comma 5 c.p.p. che vieta le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni tra l’avvocato difensore, i suoi ausiliari e gli assistiti. Questa immunità non è assoluta rispetto alle intercettazioni, ma solo riferita ai dialoghi riguardanti l’attività difensiva, purché questa sia lecita.³⁹ Quindi difensori e loro ausiliari possono essere intercettati, ma il materiale non dovrebbe essere utilizzabile (Art.103 comma 7), quindi potrà essere distrutto, con decisione del giudice dopo aver sentito le parti in contraddittorio.⁴⁰ La violazione delle prescrizioni dell’Art.103 è sanzionata dalla inutilizzabilità assoluta dei risultati probatori eventualmente ottenuti. Questa tutela rafforzata della riservatezza è sacrosanta, in quanto necessaria ad una piena ed efficace difesa dell’imputato.

6 Riservatezza, intercettazioni e diritto all’informazione: un difficile bilanciamento

“Il diritto di sapere, la libertà di comunicare, non possono cancellare il bisogno di intimità, il diritto di sviluppare liberamente la personalità, di costruire la propria sfera privata. Spesso gli aspetti personalissimi della vita delle persone nulla aggiungono alla comprensione dei fatti narrati, servono soltanto ad alimentare il voyeurismo”.

Abbiamo già visto come il valore maggiormente in conflitto con la riservatezza sia la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di opinione e di stampa, di grande rilevanza in Italia dopo la parentesi del fascismo. Difficile definire con sicurezza l’area nella quale si espande il diritto di cronaca e quella riservata invece alla tutela della persona, soprattutto se si tratta di persone notorie. Proprio rispetto a questi soggetti, soprattutto se provenienti dal mondo della politica, si è affermato in Italia, a seguito degli eventi recenti, l’esigenza di sapere da parte del pubblico, pur essendo questo un ricorso storico perché lo stesso fenomeno si era presentato già negli anni ’80. Una sentenza del pretore di Roma del 1989 aveva confermato un orientamento, a suo tempo ormai diffuso, secondo il quale “nell’ipotesi di conflitto tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza (...) la necessità di instaurare una equilibrata ponderazione dei due contrapposti valori e le ragioni di salvaguardia degli stessi trovano il punto di equilibrio nell’esistenza di un interesse socialmente apprezzabile, alla diffusione dei fatti privati e, cioè, nell’utilità sociale dell’informazione in ordine ai fatti sotto quel profilo rilevanti.”⁴¹ ⁴²

Il problema era sorto immediatamente dopo le prime pronunce di dottrina e giurisprudenza circa l’esistenza del diritto alla privacy: il mondo dell’informazione non percepì subito l’importanza della rivoluzione rappresentata dalla privacy, ritenendo che il suo lavoro sarebbe stato ostacolato.

³⁹ OLIVIERO MAZZA, I protagonisti del processo, Procedura Penale, Giappichelli Editore, Torino, 2012

⁴⁰ ORESTE DOMINIONI, I mezzi di ricerca della prova, Procedura Penale, op. cit.

⁴¹ Pret. Roma, 11.1.1989, *ivi*, 1989, p. 496.

⁴² G. Alpa, *La Responsabilità Civile Principi*, 2010.

Decisiva fu una pronuncia della Corte di Cassazione, passata alla cronaca come “il decalogo dei giornalisti”, in cui i giudici hanno indicato le condizioni per le quali si possono diffondere a mezzo stampa notizie e commenti. Queste sono: l'utilità dell'informazione; la verità oggettiva dei fatti illustrati; la forma civile dell'esposizione, ovvero il modo nel quale un articolo viene scritto. Si è poi arrivati a concepire, con la collaborazione della categoria, anche il codice deontologico del 29 luglio 1998 regolatore dell'attività, secondo l'esempio comunitario.

È necessario quindi un bilanciamento tra privacy e informazione. Come è possibile questo stesso bilanciamento in materia di pubblicazioni di intercettazioni telefoniche? La materia del divieto di pubblicazione degli atti processuali coinvolge principi costituzionali, come l'esigenza processuale di non inquinare le prove, la tutela della privacy delle persone coinvolte e il diritto dei cittadini di essere informati dei fatti di cronaca giudiziaria⁴³. Ma in Italia, si è diffuso l'uso di pubblicare tutto il materiale giudiziario che non sia coperto da segreto investigativo, divulgando anche particolari che non hanno nulla a che vedere con l'inchiesta giudiziaria che però possono ugualmente ledere l'interesse della persona. Spesso, invece che il diritto all'informazione, viene privilegiato l'interesse al gossip o alla pruderie più bieca legata alle miserie altrui. Queste informazioni inutilmente pubbliche, ma comunque lesive, oltre a non essere sempre essenziali ad una doverosa informazione dell'opinione pubblica, possono anche favorire una percezione inesatta dei fatti, delle circostanze e delle relazioni personali⁴⁴.

L'ipotesi più grave di divulgazione di intercettazioni telefoniche o telematiche si verifica in caso di pubblicazione di documenti di intercettazioni illegalmente formate o acquisite.

Il recente D.l. 259/2006, convertito con L. 281/2006, ha stabilito che in caso di diffusione di intercettazioni illegalmente formate o acquisite, la tutela delle persone coinvolte è massima. Esse possono richiedere, per le pubblicazioni già avvenute, la riparazione pecuniaria ed il risarcimento del danno, mentre, a titolo di tutela preventiva, possono ottenere l'inibizione di ogni ulteriore e illecita diffusione. Secondo la giurisprudenza, la diffusione illegale di intercettazioni illegalmente formate e acquisite attiene non soltanto al contenuto delle conversazioni ma anche ad ogni altro dato da esse desumibile, come le generalità dei soggetti coinvolti nella captazione⁴⁵.

Le intercettazioni, poi, possono essere state acquisite legalmente, ma ugualmente risultare lesive della privacy e quindi comunque impubblicabili. In particolare, l'Art. 114 c.p.p. vieta la pubblicazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto. Quando l'atto non è più coperto dal segreto, è sempre consentita la pubblicazione del suo contenuto, ma continua ad essere vietata la pubblicazione anche parziale dell'atto stesso fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, *al fine di una corretta formazione del convincimento giudiziale*. Si distingue, pertanto, la pubblicazione anche parziale dell'atto dalla pubblicazione del *contenuto* dell'atto. Quindi per capire quando il contenuto di un atto giudiziario può essere pubblicato si deve fare riferimento all'art. 329 c.p.p. che disciplina il segreto degli atti acquisiti nel

⁴³ V. Falcone, *Pubblicazione delle intercettazioni, il difficile bilanciamento tra privacy e informazione*, in *altalex.it*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37166>.

⁴⁴ C. Valentini, *Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione mancata*. In *Processo penale e Giustizia*, Anno I, n.3-2011. Dal sito della rivista, http://www.processopenaleegiustizia.it/public/riviste/3/articolo_46.pdf

⁴⁵ *Cassazione penale, sezione II, 12 gennaio 2006, n. 2817*.

corso delle indagini preliminari: sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, o comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari. In caso di divulgazione di atti o documenti di cui sia vietata la pubblicazione ricorre la figura contravvenzionale di "Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale", art.684 c.p.⁴⁶.

Con disegno di legge n. 1638, approvato dalla Camera dei deputati nella seduta n. 145 del 17 aprile 2007, ed ora fermo al Senato, il Governo ha avviato una riforma legislativa in tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali e di pubblicità degli atti di indagine. È intervenuto sull'art. 114 c.p.p., aggiungendovi il comma 2 bis che stabilisce che il divieto di pubblicazioni delle intercettazioni rimarrebbe fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare. Non sarebbe quindi più possibile conoscere, prima di questo momento, neanche il contenuto degli atti di intercettazione.

Lo stesso reato previsto dall'art. 329 c.p. è stato toccato dal disegno di legge. Però è da notare che questa figura di reato non attiene alla salvaguardia della privacy e della dignità della persona, ma più alla prevenzione di taluni reati e per la tutela preventiva dei segreti. La pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni telefoniche, che porti alla divulgazione non soltanto di dati essenziali e indispensabili per informare i cittadini sulle indagini in corso, ma anche di elementi e aspetti della vita privata di persone non coinvolte direttamente nel fatto di cronaca, è da ritenersi illegittima. In tal caso, il giornalista non può essere punito a titolo del 329 c.p., ma rischia di incorrere nelle sanzioni disciplinari dell'Ordine dei giornalisti e nei provvedimenti impeditivi e sanzionatori del Garante della *privacy*.

L'indiscriminata pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni di numerose conversazioni telefoniche, specie quando finisce per suscitare la curiosità del pubblico su aspetti intimi e privati, senza rispondere integralmente ad un'esigenza di giustificata informazione su vicende di interesse pubblico, può configurare una violazione delle disposizioni del Codice sulla privacy e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali contemperano il diritto al rispetto della vita privata e familiare con il diritto alla libertà di espressione⁷.

Sono comunque numerose le critiche mosse al nuovo disegno di legge, sia dal mondo dell'informazione, che lamenta l'ostacolo alla libertà di informazione, sia dal mondo accademico. Se da una parte si loda lo sforzo di disciplinare organicamente la materia e soprattutto di elaborare una disciplina delle intercettazioni audiovisive, dall'altro si critica la modifica dell'art. 114 c.p.p., sostenendo che provochi una riduzione degli spazi della cronaca giudiziaria. Infatti, come abbiamo visto, la modifica vieta la pubblicazione delle intercettazioni, sia parziale che per riassunto, fino alla conclusione delle indagini ovvero fino al termine dell'udienza preliminare. Con i tempi del processo penale, inevitabilmente lunghi, si avrebbe silenzio informativo per molto tempo e quando diverrebbe possibile la pubblicazione, questa avrebbe perso la sua attualità e quindi anche la sua utilità, con grave pregiudizio per il diritto di cronaca e per il diritto della collettività di controllare come viene amministrata la giustizia in suo nome (art. 101, co. 1 Cost).

Ciò che viene suggerito dalla dottrina è quello di lasciare invariato l'art. 114 c.p.p. perché le esigenze di segretezza troveranno comunque adeguata tutela: una volta che le notizie siano coperte dal segreto

⁴⁶ e ⁷ V. Falcone, *Pubblicazione delle intercettazioni, il difficile bilanciamento tra privacy e informazione*, in *altalex.it*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37166>.

ex art. 329 bis c.p.p. , poi lo stesso art 114 ne prevede il divieto di pubblicazione. È poi giusto che, nel momento in cui le notizie non siano più segrete, possano essere divulgate⁴⁷.

Come accennato, la stessa divulgazione, però, porta con sé problemi. L'attenzione dei mezzi di informazione è attratta dalla gravità di alcuni reati, per la loro capacità di coinvolgere emotivamente la gente comune, ovvero dalla personalità notoria dell'imputato, portando ad una tendenziale "spettacolarizzazione" del processo penale. La necessità di trasparenza può portare ad equivoci sulla funzione della pubblicità dell'azione giudiziaria. Con i moderni mezzi di diffusione delle informazioni, sempre in costante evoluzione, è molto difficile una selezione dei fatti da parte del pubblico, il quale considera acriticamente "vero" tutto ciò che viene mostrato, senza considerare che non tutto è idoneo a formare il libero convincimento del giudice. Questi, inoltre, non sarà più così libero nella sua valutazione se condizionato dall'esigenza di non "deludere" un'opinione pubblica ormai formatasi e pretenziosa, la quale non conosce i principi del processo e i meccanismi che lo rendono giusto. È un meccanismo pericoloso che si ripercuote, ovviamente, sulle parti del processo, lasciate alla gogna mediatica o alla cd. "macchina del fango", soprattutto se esse ricoprono posizioni di rilievo. Come può l'ordinamento limitare gli effetti negativi di un'informazione giudiziaria così generalizzata e spesso spregiudicata? Nell'opinione di Giorgio Spangher, rispettando il diritto di legalità e l'obbligo di motivazione che gravano sui magistrati italiani. Il giudice deve far conoscere le ragioni della sua decisione, come garanzia della collettività, per regolare l'esercizio del potere e della discrezionalità giudiziaria⁴⁸.

Le nostre conclusioni

Vogliamo ricordare come, nel corso di tutto il nostro percorso di studio e di ricerca, ci abbia accompagnato un unico filo rosso conduttore, quello del diritto alla riservatezza delle persone. Ma ci hanno anche molto interessato quelle che erano le esigenze di una società evoluta e, con le nuove tecnologie, sempre più esposta a rischi e ingerenze da parte dell'autorità. Infatti, per quanto si cerchi di parlare di privacy, siamo sempre più visibili al pubblico attraverso la rete: tutto resta, tutto è tracciabile, tutto ciò che facciamo si può ricostruire, dai movimenti di denaro, più all'estero che in Italia, ai percorsi lungo le strade di città, fino ai giochi su internet o sullo smartphone, di cui si segnala la ormai nota falla nella chat di Ruzzle, e noi, cittadini di questa epoca così altamente tecnologizzata e "mediatizzata", subiamo quotidianamente il pressing della sua invadenza generalizzata. E tutto ciò è ancor più preoccupante se si pensa all'attenzione che i "grandi investigatori mondiali" dimostrano di avere in modo sempre crescente verso i nuovissimi mezzi di comunicazione. E il tema torna di scottante attualità leggendo l'articolo comparso solo qualche giorno fa su Repubblica.it⁴⁹ da cui si apprende che l'FBI considera tra le sue priorità del 2013 quella

⁴⁷ G. Giostra, *Dal progetto sulle intercettazioni un pericolo al diritto di cronaca*, in Guida al Diritto, 2007, n. 38, p. 13 – 15. Dal sito cortedeiconti.it, www.cortedeiconti.it

⁴⁸ S. De Santis, *L'uso politico degli strumenti processuali penali*, in Archivio Penale, n. 3 – 2012, pp. 13- 17. Da archivio penale.it,

http://www.archiviopenale.it/joomla/images/stories/rivista/rivista_3_2012/2012_orientamenti_desantis.pdf

⁴⁹ "Sorvegliare Gmail e Skype è priorità 2013": l'Fbi vuole controllo ma la privacy è a rischio. Da "Repubblica.it", 29 Marzo 2013.

http://www.repubblica.it/tecnologia/2013/03/28/news/sorvegliare_gmail_e_skype_priorit_2013_l_fbi_vuole_controlo_ma_la_privacy_a_rischio-55535885/?ref=HREC2-5

di “sorvegliare Gmail e Skype” perché nell’era digitale i terroristi comunicano attraverso protocolli protetti, usando anche videogiochi. Tutto ciò è sintomatico di come a partire dal famigerato 11 Settembre del 2001, le esigenze di lotta al terrorismo abbiano superato di gran lunga l’importanza riservata alla privacy dei cittadini. Siamo consapevoli che il nostro filo rosso non possa solo concretarsi nella tutela della privacy, ma che occorre perseguire un bilanciamento di questo importante diritto con tutte le esigenze sociali, altrettanto importanti, che vengono in considerazione in una società moderna e complessa. Allora, cercando di rispondere alla domanda che con questo lavoro ci si è posti in incipit e cioè se sia possibile un bilanciamento tra diritto alla riservatezza ed esigenze di indagine e, dunque, necessità delle intercettazioni e delle intromissioni nella sfera privata dei cittadini, pensiamo che la soluzione sia da ricercare in quella sottile linea di demarcazione dove si ferma la lotta alla criminalità, la lotta al terrorismo e all’evasione fiscale e dove invece inizia l’assoluta inviolabilità della persona umana, che non può in nessun modo subire un pregiudizio che non sia ragionevole, proporzionato e limitato al minimo. E allora occorre invocare a gran voce un’unione di intenti e di sforzi del mondo giuridico affinché si riesca, anche attraverso delle scelte politiche decise e determinate, a trovare la più giusta e corretta via ponendo sempre al centro dell’attenzione il singolo individuo e la sua umanità che mai può tollerare di essere calpestata e offesa dal potere autoritativo dello Stato. Uno Stato che si definisce e professa democratico ha il fondamentale compito di trovare il giusto equilibrio, il giusto temperamento di interessi, affinché imparando dalla storia, mai si abbiano a ripetere gli errori commessi in passato e mai si corra nuovamente il rischio di utilizzare gli strumenti tecnologici, anziché come progresso della civiltà, come pretesto per sorvegliare gli individui non solo nella loro intimità ma anche, per usare le parole della Costituzione, nelle formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità. Il paradosso, raccontato da Orwell nel suo visionario romanzo “1984”, di una società continuamente sotto osservazione è sempre in agguato ed è per questo che mai come oggi avvertiamo la necessità di ribadire con forza e fermezza l’importanza del diritto alla riservatezza come diritto soggettivo assoluto e irrinunciabile di ogni uomo e di ogni donna.

Indice delle fonti

Alfredo Gaito (a cura di), *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, Roma, 2011.

Aloisi-Mortara , *Spiegazione pratica del codice di procedura penale* , Torino 1913 ; in Bruno : *Digesto delle discipline penalistiche* 1993.

Alpa, *La Responsabilità Civile, Principi*, 2010.

Bargi, “Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 2005.

Bargi- Furfaro, “La prova per intercettazioni tra diritto interno e diritto sovranazionale”

Bill Scott, *The history of prohibition*

Ciervo, *Brevi note al d.d.l. 1611 in tema di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali*, *traccani.it*, 21 giugno 2010

http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_costituzionale/1_Ciervo_intercettazioni.html#.UUNqQr2f5q4.gmail

Corte Cass. Civ., 20.4.1963, n. 990;

Corte Cass. Pen. Sez. Un. Sent. Policastro, 2001;

Corte Cass. Pen. Sez. Un. Sent. Prisco, 2005;

Corte Cass. Penale, Sezione II, 12 gennaio 2006, n. 2817

Corte Cost. Sent. 34/1973;

Corte Eur. Sent. 26/03/1987, *Leander vs Svezia*;

Corte Eur. Sent. 23/09/1998, *McLeod contro Regno Unito*;

Corte Eur. Sent. 29/03/2005 *Matheron vs Francia*;

De Santis, *L'uso politico degli strumenti processuali penali*, in *Archivio Penale*, n. 3 – 2012. Da *archivio penale.it*

http://www.archiviopenale.it/joomla/images/stories/rivista/rivista_3_2012/2012_orientamenti_desantis.pdf

Dominioni, “I mezzi di ricerca della prova”, in “*Procedura Penale*”, Giappichelli Editore, 2012.

Falcone, *Pubblicazione delle intercettazioni, il difficile bilanciamento tra privacy e informazione*, in *altalex.it*, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=37166>.

Filippi, *La riservatezza delle comunicazioni del presidente della repubblica*, in *Archiviopenale.it* fascicolo1,2013.http://www.archiviopenale.it/joomla/images/stories/rivista/rivista_1_2013/2013_Filippi_editoriale.

Friedmann, *The Republic of choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Mass. 1990;

Giostra, *Dal progetto sulle intercettazioni un pericolo al diritto di cronaca*, in Guida al Diritto, 2007.

Gosso, voce "Intercettazioni telefoniche", in Enciclopedia del diritto, 1971.

Guspini, *L' orecchio del regime – Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo*, Brescia, 1973.

Mazza, "I protagonisti del processo" in "Procedura Penale", Giappichelli Editore, Torino, 2012.

Mumford, *La cultura delle città*, Milano, 1953.

Pret. Roma, 11.1.1989, *ivi*, 1989.

Ranaldi- Bruno- Dell'Anno, dal seminario "Intercettazioni e poteri in conflitto: profili di un equilibrio instabile", tenuto il 20 Marzo 2013 nell'ambito del ciclo di seminari "I mercoledì della Procedura penale", presso la Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma.

Rigaux, *La protection de la vie privée et de autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, 1990

Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1996

Rodotà, *Intervista tra privacy e libertà*, 2005

Sorvegliare Gmail e Skype è priorità 2013: l'Fbi vuole controllo ma la privacy è a rischio, in "Repubblica.it", 29 Marzo 2013.

http://www.repubblica.it/tecnologia/2013/03/28/news/sorvegliare_gmail_e_skype_priorit_2013_1_fbi_vuole_controllo_ma_la_privacy_a_rischio-55535885/?ref=HREC2-5

Valentini, *Stampa e processo penale: storia di un'evoluzione mancata*. In *Processo penale e Giustizia*, Anno I, n.3- 2011. Dal sito della rivista,

http://www.processopenaleegiustizia.it/public/riviste/3/articolo_46.pdf