
LEONARDO FILIPPI

Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni Le intercettazioni

Un bilancio, a trent'anni dall'entrata in vigore del codice di rito penale, denuncia come, in materia di intercettazioni, a fronte di molte riforme "annunciate", poche sono state quelle "attuate" e molte quelle "mancate", oltre quella "sospesa" dal d.lgs. n. 216/2017. Ma su molti aspetti di questa disciplina, l'interpretazione giurisprudenziale ha stravolto le poche riforme "attuate", che quindi devono considerarsi di fatto "fallite".

Implemented reforms, failed reforms and missed reforms in the past 30 years. Wiretappings

A balance, made thirty years after the criminal procedure code entered into force, shows how, with regard to wiretapping, despite many "announced" reforms, only few of them have been "implemented" and many have been "missed", in addition to the one "suspended" by the legislative decree n. 216/2017. But on many aspects of this discipline, case-law interpretations have upset the few "implemented" reforms, which therefore must be considered de facto "failed".

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tutela costituzionale e sovranazionale. - 3. La legge ordinaria. - 4. Le pronunce della Corte EDU. - 5. Lo smisurato ampliamento dei casi di intercettazione. - 6. La disciplina speciale. - 7. L'intercettazione delle comunicazioni degli appartenenti ai servizi di informazione. - 8. La richiesta di autorizzazione. - 9. Il decreto autorizzativo. - 10. L'esecuzione dell'intercettazione ed il *virus trojan*. - 11. L'udienza-stralcio: questa sconosciuta. - 12. Conservazione e distruzione della documentazione. - 13. L'utilizzazione in un diverso procedimento. - 14. L'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione. - 15. Il d. lgs. n. 216 del 2017: la riforma "sospesa" (per fortuna!). - 16. Qual è oggi la disciplina vigente? - 17. Conclusioni.

1. *Premessa.* Ci siamo ormai abituati, da decenni, ed è diventata la regola, ma è una realtà assai preoccupante che, in ogni campo del diritto, ma in particolare in materia processuale penale, un codice non riesca a "restare in vita" che pochi anni, tanto che periodicamente si impone una "novella". Non è sempre stato così, anzi in passato i codici godevano di una maggiore "longevità", che consentiva il consolidarsi nel tempo di una giurisprudenza e di una opinione dottrinale. Oggi invece i codici sono modificati in continuazione, tanto che sono diventati un "vestito di Arlecchino", con modifiche introdotte ancor prima della loro entrata in vigore, provocando intuibili danni non solo all'organicità del compendio normativo, ma soprattutto all'efficienza della giustizia. La causa va individuata, evidentemente, nella mediocre tecnica legislativa e questo preoccupa perché "scrivere leggi" non è compito facile e non si può certo improvvisare.

È quindi doveroso, a distanza di trent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale, un bilancio delle riforme "attuate" in materia di intercettazione di comunicazioni e conversazioni, distinguendo tra quelle "fallite" e quelle "mancate".

2. *La tutela costituzionale e sovranazionale.* Per la sua importanza, quale diritto fondamentale dell'uomo, la libertà e segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza è presidiata sia in Costituzione, sia nelle convenzioni sovranazionali. Com'è noto, l'art. 15 Cost., al comma 1, definisce "inviolabili" "la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione": ciò significa che in materia di comunicazioni le uniche limitazioni ammesse sono quelle legittimamente previste dalla legge. Il comma 2 prescrive che la loro limitazione può avvenire "soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria" (riserva di giurisdizione motivata) e "con le garanzie stabilite dalla legge" (riserva assoluta di legge statale).

Anche l'art. 8 C.E.D.U., al comma 1, garantisce ad ogni persona il "diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza" (co. 1). Per il comma 2 non può esservi "ingerenza della pubblica autorità" nell'esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia "prevista dalla legge" (riserva di legge convenzionale), mentre non è posta una riserva di giurisdizione, anche se la Corte EDU ha affermato la necessità che la legge preveda la possibilità del controllo sulla legittimità dell'intercettazione da parte di un giudice o di un organo indipendente¹. Lo stesso comma 2 esige altresì che l'ingerenza costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria (principio di necessità dell'ingerenza, che comporta anche un principio di proporzionalità dell'ingerenza rispetto ai fini) per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui" (principio di tassatività e di legittimità dei fini). La Corte di Strasburgo non ha invece mai affermato esplicitamente il principio d'indispensabilità dell'intercettazione (codificato in Italia nell'art. 267, co. 1, c.p.p., che appunto prevede come condizione di legittimità la "assoluta indispensabilità" dell'intercettazione per la prosecuzione delle indagini o, per i reati di criminalità organizzata, la "necessità" per lo svolgimento delle indagini), per cui deve ricorrersi a questo mezzo di ricerca della prova come *extrema ratio*, cioè quando è impossibile raggiungere lo stesso risultato con mezzi meno invasivi. Pure l'art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici stabilisce che "nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione" (comma 1). Il comma 2

¹ Corte EDU, Sez. IV, 10.2. 2009, Iordachi e altri c/ Moldavia; Corte EDU 29.5.2001, Taylor-Sabori c/Regno Unito.

prevede che “ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze od offese” (riserva di legge convenzionale).

Infine, l’art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (la cd. Carta di Nizza) prescrive il rispetto della vita privata e della vita familiare, mentre l’art. 8 protegge i dati di carattere personale. La Carta, che ha lo stesso valore giuridico del Trattato di Lisbona, tutela la segretezza sia delle comunicazioni sia dei dati esterni ad esse. L’art. 7 stabilisce che “ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”, mentre l’art. 8 garantisce che “ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un’ autorità competente”.

A livello europeo, va anzitutto rammentato che il Consiglio d’Europa adottò la risoluzione 17 gennaio 1995 in tema di intercettazione legale delle telecomunicazioni². Successivamente la Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, relativa all’ordine europeo di indagine penale, contiene indicazioni in tema di intercettazioni nei considerando 30-33, nonché specifiche regole nel capo V, relativo all’intercettazione di telecomunicazioni (artt. 30 e 31). Il d. lgs. 21 giugno 2017, n. 108, Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE, contiene la disciplina in materia di intercettazioni (artt. 23-25). Anche la Raccomandazione (2014) 4 sulla sorveglianza elettronica adottata il 19 febbraio 2014 dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa indica alcuni principi generali in materia riguardo alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52 (Norme di attuazione della Convenzione relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell’Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000) disciplina, tra l’altro, l’assistenza nello svolgimento dell’attività di intercettazione delle telecomunicazioni. Essa può essere effettuata, a richiesta dell’autorità competente di un altro Stato membro, da un’autorità giudiziaria o amministrativa designata dallo Stato membro interessato. Una telecomunicazione può essere intercettata e trasmessa direttamente allo Stato membro richiedente, ovvero essere registrata e successivamente trasmessa ad esso. L’intercettazione può essere effettuata

² V. in *Giust. pen.*, 1999, II, 669.

anche nel territorio di uno Stato membro in cui è situata l'installazione terrestre per le telecomunicazioni via satellite. In tal caso, se l'assistenza tecnica di questo Stato non è necessaria, l'intercettazione viene effettuata dai fornitori di servizi dello Stato richiedente. Qualora l'intercettazione avvenga nel territorio di uno Stato perché la persona sottoposta ad intercettazione vi si trasferisce e l'assistenza tecnica di questo Stato non sia richiesta, è necessario informare l'altro Stato membro che l'intercettazione è stata effettuata.

3. *La legge ordinaria.* Il codice di procedura penale e alcune leggi speciali, in attuazione del dettato costituzionale e convenzionale, indicano in quali casi e modi e con quali garanzie (autorizzazione del giudice, diritto di difesa, tutela della *privacy*) può limitarsi la libertà e la segretezza delle comunicazioni.

La legge italiana distingue le intercettazioni, a seconda della loro finalità, in preventive e processuali. Le intercettazioni preventive hanno una funzione di pubblica sicurezza, cioè mirano alla prevenzione dei reati (tre sono le disposizioni vigenti)³. Invece, le intercettazioni processuali hanno la funzione di consentire la prosecuzione delle indagini (artt. 266-271, per cui non sono ammissibili dopo il rinvio a giudizio) oppure di agevolare le ricerche del latitante (art. 295 c. 3, 3-bis e 3-ter).

4. *Le pronunce della Corte EDU.* Imponente è la giurisprudenza della Corte EDU in materia di intercettazioni. La Corte di Strasburgo ha stabilito che l'impiego, nell'ambito di un'indagine penale, di informazioni ottenute mediante intercettazioni telefoniche non lede il diritto al rispetto della vita privata e familiare; viceversa, tale diritto è violato dall'utilizzo delle medesime informazioni nel contesto di un'indagine disciplinare; la Corte ha rilevato altresì una violazione del diritto a un rimedio effettivo, che sarebbe stato compito dell'ordinamento giuridico interno predisporre (4).

La Corte EDU. afferma costantemente che l'intercettazione delle comunica-

³ Artt. 226 disp. coord., 4 d.l. 27 luglio 2005 n. 144, conv. dalla L. 31 luglio 2005 n. 155 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale) e 78 ("Intercettazioni telefoniche") d. lgs. 6 settembre 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".

⁴ Corte EDU, sez. II, 7.6.2016, *Karabeyoglu c/ Turchia*. Memorabile la pronuncia della stessa Corte EDU - per la prima volta - è stata chiamata a valutare se, e in quali termini, il giornalista che si avvalga di telecamere nascoste nell'ambito di un reportage volto a fornire informazioni su un tema di interesse pubblico goda delle garanzie discendenti dall'art. 10 C.E.D.U. Nel caso di specie, i giudici europei giungono a ritenere prevalente il diritto di libertà d'espressione dei giornalisti sul diritto al rispetto della vita privata della persona filmata: da ciò una violazione dell'art. 10 C.E.D.U. in relazione alle condanne penali inflitte ai ricorrenti (Corte EDU 10.2.2015, *Haldimann* e altri c/ Svizzera).

zioni comporta un bilanciamento tra il diritto alla vita familiare ed alla *privacy*, da una parte, e, dall'altra, l'interesse generale all'amministrazione della giustizia⁵. La stessa Corte di Strasburgo è ripetutamente intervenuta in materia di limitazioni alla segretezza delle comunicazioni. Essa ha precisato che l'intercettazione telefonica rientra nel campo di applicazione dell'art. 8 C.E.D.U. sotto il profilo del diritto alla vita privata e alla corrispondenza. Ne deriva che l'ascolto e altre forme di intercettazione di conversazioni telefoniche, poiché rappresentano una violazione grave del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza devono fondarsi su una legge di particolare precisione, essendo indispensabile l'esistenza di regole chiare e dettagliate, considerati anche i mezzi tecnici sempre più perfezionati utilizzabili da chi effettua le intercettazioni⁶. In sintesi, i giudici europei affermano che la chiarezza delle disposizioni interne è imposta dall'esigenza di "rendere ogni interferenza ragionevolmente prevenibile" (prevedibilità dell'ingerenza nella segretezza delle comunicazioni)⁷ attraverso "l'accessibilità della legge a tutti, sì che le conseguenze siano prevedibili per il singolo senza che ciò vulneri le esigenze di segretezza dell'intercettazione"⁸. Inoltre la legge interna deve prevedere con precisione la situazione che legittima l'intercettazione, essendo ciò correlato all'esigenza di specificare in astratto "le circostanze e le condizioni in presenza delle quali l'Autorità è autorizzata a violare segretamente, con la potenziale pericolosità che questo comporta, la vita privata di un individuo", tanto che la Corte in questa pronuncia si spinse ad affermare che le intercettazioni devono considerarsi generalmente non auspicabili e illegittime in una società democratica⁹. Infine, la legge interna deve assicurare al privato un "controllo rigoroso", al fine di "garantire tutela adeguata e concreta contro gli abusi da parte dell'autorità"¹⁰. Alla stregua di quanto prescritto dall'art. 8 C.E.D.U., la Corte indica le finalità che giustificano l'ingerenza, i casi e i modi dell'intromissione e, rispettate tali condizioni, consente l'utilizzazione dei risultati acquisiti. Allo stesso modo è stato ritenuto violato l'art. 8 C.E.D.U. nel caso in cui l'autorità pubblica divulghi il contenuto (anche per riassunto) delle

⁵ Corte EDU 30.4.2013, *Cariello e altri c/Italia*. Corte EDU, Sez. IV, 10 febbraio 2009, *Iordachi e altri c. Moldavia*, ha condannato la Moldavia per la violazione dell'art. 8 C.E.D.U. in quanto le locali autorità giudiziarie avevano abusato del sistema di intercettazione di comunicazioni, che si presentava privo di qualsiasi garanzia legale.

⁶ Corte EDU 23 novembre 1993, *A. c. Francia*.

⁷ Corte EDU 26.4.1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

⁸ Corte EDU 26.3.1987, *Leander c. Svezia*.

⁹ Corte EDU 2.8.1984, *Malone c. Regno Unito*.

¹⁰ Corte EDU 26.3.1987, *Leander c. Svezia, cit.*

conversazioni telefoniche intercettate prima che queste, a seguito della pubblicità del processo e delle decisioni, siano divenute accessibili, come un qualsivoglia altro dato processuale¹¹.

In definitiva, tra i requisiti essenziali per ritenere che una disciplina delle intercettazioni sia compatibile con la preminenza del diritto necessaria in una società democratica, la Corte EDU ne ha indicato alcuni, considerandoli indispensabili per garantire una protezione adeguata contro il pericolo di arbitri lesivi del diritto alla riservatezza: la definizione delle categorie di persone assoggettabili a intercettazione; la natura dei reati che vi possono dar luogo; sussistenza di concrete e gravi esigenze di giustizia, nonché di fondato motivo per prevedere l'acquisizione di dati utili per l'accertamento in corso; la fissazione di un termine massimo per la durata delle intercettazioni, comprensivo di eventuali proroghe; previsione delle modalità tanto di effettuazione delle intercettazioni quanto di redazione dei verbali relativi alle comunicazioni intercettate; controllo da parte dell'autorità giudiziaria sul compimento delle intercettazioni, in modo da garantire che esse concernano solo quelle autorizzate e nei limiti dell'autorizzazione; le precauzioni riguardanti la trasmissione, intatta e integrale, delle registrazioni effettuate, in modo da consentirne un controllo ad opera del giudice e della difesa; limitazione della loro utilizzabilità al solo materiale rilevante rispetto all'addebito per cui si procede, allo scopo di rispettare il più possibile la riservatezza delle parti e dei terzi; delineazione delle circostanze in cui si possa o si debba provvedere alla cancellazione o alla distruzione delle registrazioni¹². Inoltre, deve essere approntata una disciplina riguardante le precauzioni da osservare per garantire la riservatezza degli interlocutori che siano casualmente intercettati senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso¹³. La Corte EDU. ha ribadito che le operazioni di intercettazione, quale espressione di una forte ingerenza dello Stato nella vita privata, devono avvenire nel rispetto delle garanzie previste per lo Stato di diritto. Prima tra tutte, l'esistenza di un controllo puntuale da parte della magistratura delle condizioni, presupposti e limiti delle attività di intercettazione, non potendosi accettare che le attività di verifica e controllo rientrino sotto il dominio delle autorità inquirenti¹⁴.

La Corte di Strasburgo ha chiarito che, oltre la previsione normativa e una

¹¹ Corte EDU 17.7.2003, *Craxi c. Italia*.

¹² Corte EDU 30.7.1998, *Valenzuela Contreras c. Spagna*.

¹³ Corte EDU, Grande Camera, 16.2.2000, *Amann c. Svizzera*.

¹⁴ Corte EDU 19.11.2013, *Ulariu c. Romania*, in una fattispecie, nella quale, in Romania, il P.m. non è indipendente dal potere esecutivo.

delle finalità espressamente indicate dall'art. 8 C.E.D.U., i limiti di ammissibilità dell'intercettazione vanno accertati sia sul piano della "proporzionalità" rispetto alla giustificazione invocata, al fine di non superare i limiti della necessità; sia sul piano di un effettivo "controllo", in modo da risultare arginato il pericolo insito nell'azione segreta di una parte dell'apparato dello Stato sul cittadino; in ogni caso la Corte esige il controllo circa la necessità che il perseguimento dei fini corrisponda al mantenimento di una società democratica¹⁵. Nel definire le condizioni per la legittimità di una procedura di intercettazione, la Corte si è già altre volte espressa, individuando i singoli passaggi che devono essere svolti al fine di valutarne la legittimità: a) esistenza di una ingerenza; b) giustificazione dell'ingerenza; c) natura dei crimini; d) categorie di persone oggetto delle intercettazioni; e) durata delle intercettazioni telefoniche; f) procedure per l'esame e la conservazione dei dati; g) trattamento e comunicazione del materiale; h) distruzione del materiale intercettato; i) controllo della disciplina in vigore¹⁶.

In particolare, la Grande Camera della Corte EDU ha riassunto le garanzie generali che devono sovrintendere alla disciplina delle intercettazioni, esigendo la precisazione dell'area di operatività delle captazioni, la durata delle misure di sorveglianza segrete, le procedure da seguire per la conservazione, l'accesso, l'esame, l'uso, la comunicazione e la distruzione dei dati ottenuti mediante le intercettazioni, le procedure di autorizzazione, l'accesso delle autorità alle comunicazioni, la supervisione sull'implementazione delle misure di sorveglianza segreta, la successiva comunicazione delle intercettazioni e rimedi esperibili¹⁷.

Per quanto riguarda la disciplina italiana dell'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, la Corte di Strasburgo ha già avuto modo di pronunciarsi, escludendo che la disciplina italiana contrasti con le norme convenzionali di cui agli artt. 6 e 8 C.E.D.U. Ed infatti, nel noto caso *Panarisi c. Italia*¹⁸, la Corte ha escluso la violazione degli artt. 6, par. 1 e 8, C.E.D.U. relativi, rispettivamente, al diritto all'"equo processo" e al rispetto della vita privata e familiare, avendo le intercettazioni base legale; è vero che tali intercettazioni rea-

¹⁵ Corte EDU 29.3.2005, *Matheron c. Francia*.

¹⁶ Sul punto, v. Corte EDU, 18 maggio 2010, *Kennedy c. Regno Unito*; Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Iordachi e altri c. Moldavia*, cit.; ancora, Corte EDU, Grande Camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia* in cui la Corte accertò la violazione dell'art. 8 della C.E.D.U. in un caso di intercettazione e registrazione di una conversazione mediante un apparecchio di radiotrasmissione nell'ambito di un'operazione segreta della polizia, condotta senza garanzie procedurali.

¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, *Zakharov c. Russia*.

¹⁸ Corte EDU, 10 aprile 2007, *Panarisi c. Italia*.

lizzano un'ingerenza dello Stato nella vita privata, ma si tratta di un'ingerenza necessaria in una società democratica, quando sono mezzo principale di investigazione e l'imputato - come nel sistema italiano - dispone di rimedi giuridici per contestarle. La Corte di Strasburgo ha invece ritenuto che viola l'art. 8 C.E.D.U. registrare il colloquio tra l'accusato e il suo difensore e il fatto che il verbale sia fisicamente rimasto nel fascicolo anche dopo la sua formale esclusione quale prova ha reso inefficaci le garanzie procedurali necessarie al godimento del diritto garantito dallo stesso art. 8, per cui l'ingerenza non era "prevista dalla legge"¹⁹.

Garanzie analoghe a quelle previste per le intercettazioni devono essere osservate per quanto riguarda l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni²⁰. Le informazioni sui dati, sui numeri composti, sulle chiamate ricevute e sulla durata delle conversazioni riguardano dati personali. Pertanto, l'estratto della lista delle chiamate telefoniche utilizzato come mezzo di prova in un processo penale rivela un'ingerenza nel diritto dell'imputato al rispetto della sua vita privata. È giustificata un'ingerenza del genere soltanto se risponde ai requisiti di cui all'art. 8, paragrafo 2, in specie a quello della legalità, per l'accertamento della cui esistenza occorre tenere conto sia dei testi legislativi sia della giurisprudenza. Alla Corte non spetta conoscere degli errori di fatto o di diritto che si pretende essere stati commessi dalla giurisdizione nazionale, salvo che tali errori abbiano costituito una minaccia ai diritti e alle libertà garantite dalla C.E.D.U. Pertanto, è vero che l'art. 6 prevede il diritto ad un "equo processo", ma esso non regola l'ammissibilità delle prove in quanto tali; aspetto, questo, di competenza dell'ordinamento interno. La Corte non deve dunque pronunciarsi, in principio, sull'acquisizione o sull'utilizzazione degli elementi di prova, per esempio di quelli ottenuti illegalmente rispetto al diritto interno, né sulla colpevolezza del ricorrente. La Corte deve esaminare se la procedura, comprese le modalità in cui gli elementi di prova sono stati raccolti, sia stata equa nel suo insieme: soltanto a questo fine occorre esaminare l'illegalità in discussione e, ove venga in rilievo la violazione della Convenzione, la natura di questa violazione. Per determinare se la procedura sia stata "equa", occorre poi domandarsi se i diritti della difesa siano stati rispettati, accertando in particolare se al ricorrente sia stata offerta la possibilità di contestare l'autenticità degli elementi di prova e di opporsi alla loro utilizzazione: ciò vale quale che sia l'infrazione oggetto del processo. Inoltre, per de-

¹⁹ Corte EDU, sez. V, 24.9.2009, *Georgi Yordanov c/Bulgaria* (fattispecie nella quale il giudice, pur ritenuta inutilizzabile la registrazione, l'ha lasciata però fisicamente nel fascicolo processuale).

²⁰ Corte EDU 2.8.1984, *Malone c. Regno Unito*, *cit.*

terminare se la procedura sia stata nel suo insieme “equa”, può rivelarsi necessario bilanciare l’interesse pubblico al perseguimento dell’infrazione (e alla sanzione del relativo autore) con l’interesse dell’individuo a che le prove a suo carico siano raccolte legalmente. In ogni caso, tale bilanciamento non è mai in grado di giustificare l’adozione di misure che svuotano i diritti della difesa di cui all’art. 6 C.E.D.U., ivi compresi quelli di non contribuire alla propria incriminazione²¹. È impossibile distinguere le attività professionali o commerciali dalle altre, con la conseguenza che l’art. 8 C.E.D.U. si applica pure alle conversazioni effettuate sulla linea telefonica generalmente utilizzata per lo svolgimento dell’attività lavorativa, essendo in proposito ininfluenza la peculiarità che si tratti di un apparecchio telefonico dell’ente da cui si dipenda, qualora non si sia informati che le intercettazioni sono possibili a discrezione del datore di lavoro²². Inoltre, l’interessato - indipendentemente dalla circostanza che sia titolare o solo fruitore della linea telefonica sottoposta a sorveglianza - deve poter disporre di strumenti per ottenere un “controllo efficace” sull’esercizio del potere in questione da parte dell’autorità²³, godendo del “diritto ad un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale” (ex art. 13 C.E.D.U.) abilitata a conoscere delle sue doglianze ed a concedergli eventualmente un’appropriata riparazione²⁴. La stessa Corte europea ha anche ribadito che la comunicazione a mezzo telefono e onde radio rientra nei concetti di “vita privata” e di “corrispondenza” ai sensi dell’art. 8 C.E.D.U. e la loro intercettazione si configura come “ingerenza di un’autorità pubblica” nell’esercizio di un diritto garantito dal paragrafo 1 della norma citata. Una tale ingerenza disattende l’art. 8 C.E.D.U., salvo che essa sia “prevista dalla legge”, persegua uno o più obiettivi legittimi ai sensi del paragrafo 2 (cioè a tutela della sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del Paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui) e, contestualmente, debba considerarsi “necessaria in una società democratica” per il conseguimento di tali obiettivi²⁵.

5. Lo smisurato ampliamento dei casi di intercettazione. Le poche modifiche legislative intervenute in questo trentennio riguardano l’aumento della sfera di

²¹ Corte EDU, sez. V, 1.3.2007, *Heglas* c. Repubblica Ceca.

²² Corte EDU 25.6.1997, *Halford* c. Regno Unito.

²³ Corte EDU 24.8.1998, *Lambert* c. Francia.

²⁴ Corte EDU 25.6.1997, *Halford* c. Regno Unito, *cit.*

²⁵ Corte EDU, sez. II, 10.4.2007, *Panarisi* c. Italia.

operatività dell'intercettazione. Infatti, vi è stata, nel corso di questi anni, una lunga sequela di nuovi casi di intercettazione, sicché quello che era stato presentato come uno strumento eccezionale da impiegare come *extrema ratio* per gravi delitti per i quali altri mezzi investigativi sono insufficienti o inadeguati, è stato gradualmente trasformato dal legislatore in un ordinario strumento investigativo, da impiegare anche per i reati meno gravi. L'elenco è lungo e comincia con l'inserimento di nuove ipotesi di reato nella lettera f) dell'art. 266 c.p.p.²⁶ e poi con l'inserimento di una nuova lettera f-bis) riguardante i delitti previsti dall'art. 600-ter, co. 3, c.p., anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-quater.1, c.p.²⁷, nonché dall'art. 609-undecies (28). Fu poi aggiunta anche la lett. f-ter) rendendo possibile l'intercettazione per i delitti previsti dagli artt. 444,473,474,515,516, e 517-quater c.p.²⁹ e poi anche per il reato di cui all'art. 633, co. 3, c.p.³⁰. Lo stesso anno fu aggiunta anche la lett. f-quater) per consentire l'intercettazione per il reato di *stalking*³¹. Infine, con l'art. 11 L. 23 dicembre 1993, n. 547, fu inserito l'art. 266-bis c.p.p. per disciplinare l'intercettazione di comunicazioni informatiche e telematiche.

La Corte di cassazione, a Sezioni unite, ha affermato che l'art. 266-bis c.p.p. non solo ha esteso l'ambito di ammissibilità delle intercettazioni ai procedimenti aventi ad oggetto i *computer crimes*, ma ha consentito l'intercettazione dei flussi di dati numerici (*bit*), nell'ambito dei singoli sistemi oppure intercorrente tra più sistemi, consentendo anche quella dei dati "esterni" alle conversazioni e facendovi rientrare quindi pure l'acquisizione dei tabulati telefonici³².

La giurisprudenza ha chiarito che l'art. 266-bis c.p.p. si applica alla captazione di un flusso di comunicazioni in atto, come l'intercettazione di *e-mail* o altri messaggi simili (che di solito si attua attraverso la clonazione dell'*account* di posta elettronica dell'indagato e immediata trasmissione dei dati presso una

²⁶ La lett. f) fu modificata dapprima dall'art. 8 L. 7 marzo 1996, n. 108 e successivamente dall'art. 9 L. 18.4.2005, n. 62. Successivamente il delitto di ingiuria fu abrogato dall'art. 1 d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

²⁷ La lett. f-bis) fu dapprima aggiunta dall'art. 12 L. 3.8.1998, n. 269, e successivamente modificata dall'art. 13 L., 6 febbraio 2006, n. 38.

²⁸ L'art. 4 d. lgs. 4.3.2014, n. 39, ha poi aggiunto nella lett. f-bis) l'art. 609-undecies c.p.

²⁹ La lett. f-ter) fu inserita dall'art. 14 L. 14 gennaio 2013, n.9, con effetto decorrente dal 1.2.2013.

³⁰ Il riferimento all'art. 633, co. 3, c.p. fu introdotto dal d. l. 4.10.2018, n.113, conv. dalla L. 1.12.2018, n. 132.

³¹ La lett. f-quater) fu aggiunta, in sede di conversione, dall'art. 2 d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. con mod. dalla L.15 ottobre 2013, n. 119.

³² Cass., Sez. un., 24 settembre 1998, Gallieri, in *Giust. pen.*, 1999, III, 614.

postazione di dell'indagato e immediata trasmissione dei dati presso una postazione di decodifica), la quale si caratterizza proprio per la contestualità tra la captazione dei messaggi e la loro trasmissione e, quindi, ha ad oggetto un flusso comunicativo in atto e in ragione di ciò l'art. 266-*bis* c.p.p. predispone, proprio perché trattasi di un'attività di intercettazione telematica, una tutela rafforzata e l'adozione delle garanzie relative ai presupposti di applicabilità e alla necessità dell'autorizzazione giurisdizionale. Diversa è l'attività di acquisizione *ex post* del dato conservato in memoria che documenta flussi già avvenuti, i cui dati, pertanto possono essere acquisiti attraverso lo strumento del sequestro³³. È perciò ormai pacifico che l'art. 266-*bis* c.p.p. trova applicazione laddove si intenda captare il flusso delle comunicazioni telematiche in partenza o in arrivo su un certo *account*, mentre deve provvedersi al sequestro solo in relazione alla corrispondenza telematica che sia stata immessa nei sistemi di comunicazione e sia custodita presso il fornitore di servizi, definito *service provider*.

6. *La disciplina speciale.* Com'è abitudine del nostro legislatore, alla disciplina ordinaria si è ben presto affiancata quella speciale, che ha così creato un "doppio binario", che, per giunta, si è via via allungato. Infatti, al fine di rendere più agevole l'impiego dell'intercettazione, il legislatore nel 1991 introdusse una disciplina speciale per alcuni reati ritenuti gravi, che attenuava, sotto diversi profili, la regolamentazione dettata dagli artt. 266-271 c.p.p. In principio fu l'art. 13 d.l. 13.5.1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, che originariamente si riferiva solamente alle indagini «in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono»³⁴ ad introdurre una disciplina speciale, che apportò diverse deroghe rispetto alla disciplina ordinaria. Ma, come spesso succede in Italia, l'eccezione diventa la regola e la disciplina speciale fu progressivamente estesa. Infatti, il c. 1 dell'art. 3 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv., con modificazioni, dalla L. 15 dicembre 2001, n. 438, estese l'applicabilità del citato art. 13 ai procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 270-*ter* e 280-*bis* c.p. e per quelli di cui all'art. 407 c. 2 lett. a) n. 4. Successivamente l'art. 9 L. 11 agosto 2003, n. 228 (Misure contro la tratta di persone) prescrisse l'applicazione del menzionato art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, ai procedimenti per i delitti

³³ Cass., Sez. III, 5 luglio 2019, n. 29426, in *Guida dir.*, 2019, n. 38, 102.

³⁴ Cass., Sez. un., 28.4.2016, Scurato, intende per "delitti di criminalità organizzata, anche terroristica" quelli "elencati nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c. p. p., nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato".

previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione prima, c.p., cioè ai delitti contro la personalità individuale di cui agli artt. 600-604 c.p. nonché dall'art. 3 L. 20.2.1958, n. 75, che sostituì gli artt. 531 e 536 c.p. in materia di delitti in materia di sfruttamento dell'altrui prostituzione. Successivamente l'art. 6, comma 1, L. 9 gennaio 2019, n. 3³⁵, ha stabilito che «Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano 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.».

La prima deroga alla disciplina ordinaria riguarda, anzitutto, i presupposti dell'autorizzazione: infatti l'autorizzazione ad eseguire intercettazioni viene concessa allorché le stesse appaiano «necessarie» (non «indispensabili») in presenza di «sufficienti» (e non «gravi») indizi di reato, «per lo svolgimento delle indagini» (e non per «la prosecuzione»).

La seconda deroga consiste nel fatto che è previsto un termine di durata di quaranta giorni (e non quindici) con successive proroghe di venti giorni (e non di quindici). Anche le operazioni di intercettazione disposte dal P.m. in via d'urgenza nel corso delle indagini per delitti di criminalità organizzata hanno la durata massima di quaranta giorni e, per i periodi di proroga, la durata di venti giorni.

Ulteriore deroga è rappresentata dalla previsione che nei «casi d'urgenza» provvede il P.m. stesso alla proroga dell'intercettazione, dovendosi poi osservare le disposizioni dell'art. 267 c. 2 per la convalida³⁶.

Ancora altra deroga alla disciplina ordinaria consiste nel fatto che l'intercettazione nel domicilio è consentita anche se non vi è «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa» (art. 13, co. 1, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, cit.).

Infine, ultima deroga consiste nel fatto che il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria possono farsi coadiuvare, nelle operazioni di intercettazione, da agenti di polizia giudiziaria.

7. L'intercettazione delle comunicazioni degli appartenenti ai servizi di informazione. Una «novella» intervenne con l'art. 28 L. 3 agosto 2007, n. 124, che

³⁵ Rubricato «Disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.»

³⁶ Art. 13 c. 2 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. dall'art. 1 L. 12 luglio 1991, n. 203.

inserì l'art. 270-*bis* nel codice di procedura penale, al fine di stabilire la preminenza dell'interesse della sicurezza nazionale, alla cui salvaguardia il segreto di Stato è preordinato, rispetto alle esigenze dell'accertamento giurisdizionale³⁷.

Mentre in passato l'art. 202 c.p.p. limitava la disciplina del segreto di Stato alla testimonianza, l'art. 28 L. 3 agosto 2007, n. 124, l'art. 270-*bis* c.p.p. disciplina in modo specifico il segreto di Stato in riferimento alle intercettazioni di comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (D.I.S.) e ai Servizi di informazione per la sicurezza (A.I.S.I. e A.I.S.E.). L'art. 270-*bis* c.p.p. è dunque disposizione speciale, che si affianca all'art. 202 c.p.p., dettato per la prova dichiarativa, il quale resta comunque la norma generale di riferimento in materia.

La nuova regolamentazione non detta regole particolari per disciplinare l'intercettazione di comunicazioni coperte dal segreto di Stato, per cui deve ritenersi che si applichino le forme ordinarie (richiesta del P.m. e autorizzazione del G.i.p.) senza un preventivo interpellato del Presidente del Consiglio dei ministri. Ancorché la norma speciale menzioni le sole «comunicazioni di servizio», deve ritenersi che la tutela debba essere estesa anche alle «conversazioni di servizio», cioè alle intercettazioni ambientali alle quali partecipi un appartenente al Dipartimento o ai Servizi e che abbia ad oggetto il servizio prestato. Trattandosi di atto a sorpresa, è previsto che soltanto ex post, cioè dopo l'ascolto delle comunicazioni o conversazioni intercettate, può rivelarsi l'esistenza di un segreto di Stato da tutelare. La L. 7.8.2012, n. 133 ha rafforzato i poteri di controllo del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR, composto da cinque deputati e cinque senatori) sull'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei ministri.

La tutela del segreto di Stato è circoscritta dall'art. 270-*bis* c.p.p. perché subordinata, a una doppia condizione (una funzionale e l'altra soggettiva): che si tratti di comunicazioni o conversazioni «di servizio» e che siano altresì provenienti da «appartenenti al Dipartimento [.....] o ai Servizi», per cui restano escluse dalla disciplina speciale le comunicazioni o conversazioni di soggetti estranei a tale Dipartimento o ai Servizi oppure le comunicazioni o conversazioni non «di servizio» pure se di agenti «appartenenti» a tali organismi, ancorché possano incidere sulla *salus rei publicae*. Resta il problema di accerta-

³⁷ In questi termini Corte cost., n. 40 del 2011.

re la sussistenza di tali condizioni, cioè quando una comunicazione o conversazione intercettata debba considerarsi di servizio e come accertare la dipendenza organica dell'interlocutore dall'apparato di intelligence. Ovviamente la tutela opera anche quando uno solo degli interlocutori intercettati appartiene al Dipartimento o ai Servizi, sempre che si tratti di comunicazioni o conversazioni «di servizio». Una volta accertata la doppia condizione, funzionale e soggettiva, all'autorità giudiziaria è imposta «l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto» dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti le comunicazioni o conversazioni intercettate. Ciò significa che tali atti non possono essere depositati per la difesa, in deroga alla disposizione generale di cui all'art. 268 c. 4, 5 e 6 c.p.p.

E' prescritto che soltanto dopo terminate le intercettazioni, l'autorità giudiziaria deve sempre far luogo alla procedura di interpello, sempre che si tratti di comunicazioni di servizio di appartenenti all'intelligence, trasmettendo al presidente del Consiglio dei ministri «copia della documentazione contenente le informazioni di cui intende avvalersi» sia nelle indagini preliminari sia nel processo (il riferimento testuale al solo «processo» è evidentemente un tecnicismo) «al fine di accertare se taluna di queste informazioni sia coperta dal segreto di Stato». Sembra doversi dedurre un obbligo dell'autorità giudiziaria di trasmettere al presidente del Consiglio tutte le comunicazioni o conversazioni intercettate, perché altrimenti quelle trattenute continuerebbero a restare secretate e sottratte alla disponibilità di un'altra parte che le volesse utilizzare nel procedimento a proprio favore.

Se il Presidente del Consiglio oppone entro sessanta giorni (un termine doppio rispetto a quello ordinario dettato dall'art. 202 c.p.p. per la prova dichiarativa) dalla notificazione della richiesta, il segreto di Stato, tale opposizione impedisce l'utilizzazione delle notizie da esso coperte, opportunamente senza distinguere tra notizie essenziali o meno, come invece fa la disciplina ordinaria al citato art. 202 in materia di prova dichiarativa. Il presidente del consiglio dei ministri è tenuto a dare comunicazione al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) di ogni caso di conferma dell'opposizione del segreto di Stato nei casi di segreto di Stato opposto sia da testimoni sia da soggetti diversi, senza potersi limitare, come in passato, ad indicare le «ragioni essenziali» della decisione, ma dovendo ora esporre in una seduta segreta appositamente convocata su richiesta del Comitato, il «quadro informativo idoneo a consentire l'esame nel merito della conferma

dell'opposizione del segreto di Stato»³⁸.

In ogni caso non è precluso all'autorità giudiziaria di procedere «in base ad elementi autonomi e indipendenti dalle informazioni coperte dal segreto». Il legislatore ha voluto precisare che l'autorità giudiziaria può procedere all'accertamento dei fatti ma ricorrendo ad «elementi autonomi e indipendenti dalle informazioni coperte dal segreto». Pertanto, risulta preclusa non solo un'utilizzazione diretta della notizia coperta dal segreto di Stato e acquisita mediante l'intercettazione, ma anche un impiego indiretto (ad esempio tramite altre prove, come testimonianze o sequestri), che non sarebbe altro che un'elusione del divieto di utilizzazione. Se, invece, entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione della richiesta, il Presidente del Consiglio non oppone il segreto, l'autorità giudiziaria acquisisce la notizia che, non essendo coperta dal segreto è utilizzabile, e provvede per l'ulteriore corso del procedimento.

In deroga alla disciplina ordinaria, l'art. 270-*bis*, co. 3, c.p.p. consente una utilizzabilità provvisoria, in attesa delle determinazioni del Presidente del Consiglio dei ministri, giustificata dal *periculum in mora*. Infatti, prima della risposta del Presidente del Consiglio dei ministri, le informazioni ad esso inviate possono essere utilizzate solo se vi è pericolo di inquinamento delle prove, o pericolo di fuga, o quando è necessario intervenire per prevenire o interrompere la commissione di un delitto per il quale sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni. Ovviamente tale interinale utilizzabilità è destinata a venir meno in caso di opposizione del segreto di Stato, con conseguente caducazione dei provvedimenti (anche cautelari e persino coercitivi) emessi nel frattempo sulla base di tale provvisoria utilizzabilità.

Quando è sollevato conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, qualora il conflitto sia risolto dalla Corte costituzionale nel senso dell'insussistenza del segreto di Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri «non può più opporlo con riferimento al medesimo oggetto». Qualora invece la Corte dichiari sussistente il segreto, «l'autorità giudiziaria non può acquisire né utilizzare, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali è stato opposto il segreto di Stato». Il legislatore ribadisce che, di fronte al segreto di Stato, non è ammessa un'utilizzazione, nemmeno indiretta della notizia coperta da tale segreto³⁹. In nessun caso il segreto di Stato è opponibile

³⁸ Artt. 10 e 11 L. 7 agosto 2012, n.133.

³⁹ Va ricordata, per l'importanza dei principi affermati, pur riguardando l'acquisizione di documenti coperti dal segreto di Stato, la sentenza della Corte costituzionale, che ha parzialmente accolto due

alla Corte costituzionale, ma è prescritto alla stessa Corte di adottare le «necessarie garanzie per la segretezza del procedimento».

L'art. 270-*bis*, co. 3, c.p.p. conferma la disciplina concernente la speciale causa di giustificazione prevista per attività del personale dei servizi di informazione per la sicurezza. Di conseguenza gli agenti del Dipartimento e dei Servizi non sono punibili qualora pongano in essere condotte che - pur se previste dalla legge come reato - sono state autorizzate dal Presidente del Consiglio dei ministri, in quanto indispensabili al soddisfacimento delle finalità istituzionali dei servizi di sicurezza⁴⁰.

8. *La richiesta di autorizzazione.* È rimasto immutato negli anni l'art. 267, co. 1, c.p.p., il quale si limita a stabilire che “il pubblico ministero richiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266”. Nel silenzio della disposizione, questa dovrebbe evidentemente essere interpretata nel senso che il richiedente deve ostendere al giudicante tutti gli atti di indagine sino a quel momento compiuti, anche perché tale ostensione non comporta alcun rischio di indebite propalazioni. Invece la giurisprudenza tollera che il P.m. possa selezionare gli atti da allegare alla richiesta. Tale limitata conoscenza degli atti da parte del G.i.p. condiziona

ricorsi proposti dal presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del procuratore della Repubblica presso il tribunale di Milano e del giudice per le indagini preliminari del medesimo tribunale, anche in funzione di giudice dell'udienza preliminare e che, per l'effetto, ha dichiarato che non spettava alle predette autorità giudiziarie porre a fondamento, rispettivamente della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto che dispone il giudizio, emessi nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili del sequestro di persona ai danni di *Nasr Osama Mustafa Hassan, alias Abu Omar*, i documenti acquisiti all'esito della perquisizione eseguita presso gli uffici del S.I.S.M.I. e successivamente trasmessi all'autorità giudiziaria con parziali omissioni relative a dati coperti da segreto di Stato, nonché la richiesta di svolgimento dell'incidente probatorio, e con essa sia l'ordinanza che lo ha disposto sia il relativo verbale di acquisizione della prova, annullando, per l'effetto, tali atti processuali nelle corrispondenti parti (Corte cost. 11 marzo 2009, n. 106, in *Guida dir.*, 2009, n. 17, 57). Nella sentenza si precisa che l'area di copertura del segreto include non solo “i rapporti tra la *intelligence* italiana e quella di Stati stranieri”, ma anche “gli assetti organizzativi ed operativi” del servizio di sicurezza, ivi compresi gli ordini e le direttive impartiti dal direttore agli agenti sottoposti, “pur se tali rapporti, direttive ed ordini fossero in qualche modo collegati al fatto di reato”; in altre parole ricadono nel segreto di Stato tutte le prove che, “sebbene connesse” all'episodio criminoso oggetto di indagine, riguardano i “rapporti tra servizi italiani e stranieri”. Di conseguenza qualunque prova riconducibile a tale perimetro del segreto di Stato, rientrando sotto un esplicito divieto probatorio, è inutilizzabile e resta da domandarsi se vi rientrino pure le intese, i contatti ed i collegamenti operativi eventualmente intercorsi non già tra le strutture dei servizi interessati ad un determinato obiettivo, bensì, di volta in volta, tra gli uomini impegnati sul campo in vista di una certa operazione di sicurezza.

⁴⁰ Artt. 17 ss. L. 3 agosto 2007, n. 124, *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*.

pesantemente il vaglio giurisdizionale e non è giustificato da alcuna esigenza di segretezza. Pertanto, il P.m. non è tenuto a trasmettere l'intero fascicolo delle indagini svolte fino a quel momento, ma può selezionare gli atti da allegare alla richiesta. Si assiste pertanto ad una prassi per la quale il G.i.p. è impossibilitato a sindacare il titolo di reato proposto dal P.m. La situazione è aggravata dalla giurisprudenza, la quale ritiene che l'eventuale derubricazione, compiuta successivamente dal giudice, in un reato non suscettibile di intercettazione, non inficia l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni già disposte ed eseguite. Insomma, si lascia mano libera al pubblico ministero di presentare come associativa una qualsiasi fattispecie concorsuale, in deroga agli ordinari presupposti dell'intercettazione.

9. *Il decreto autorizzativo.* Immutato è rimasto, fino al d.lgs. n. 216/2017, anche l'art. 267 c.p.p., riguardante i presupposti e le forme del provvedimento autorizzativo.

Nonostante la Corte europea dei diritti dell'uomo avesse indicato, tra i requisiti essenziali per ritenere che una disciplina delle intercettazioni sia compatibile con la preminenza del diritto necessaria in una società democratica, la definizione delle categorie di persone assoggettabili a intercettazione⁴¹, la giurisprudenza ammette l'intercettazione nei confronti di chiunque, anche estraneo alle indagini, senza necessità di indicare nella motivazione le ragioni che impongono il monitoraggio d'una determinata utenza e senza chiarire il collegamento tra l'indagine e il titolare di quell'utenza, ignorando così la prescrizione europea di circoscrivere in qualche modo la cerchia dei soggetti passivi. Da parte loro, le Sezioni unite, in tema di motivazione di decreto autorizzativo di intercettazione, hanno affermato che ciò che rileva è che dalla motivazione fornita, succinta e compendiosa come si addice a ogni provvedimento del giudice, in particolare quando si tratti di decreto che la legge specificamente, come nel caso di specie, richiede, sia motivato (art. 125, co. 3, c.p.p. con riferimento all'art. 267, co. 1, c.p.p.), si possa dedurre l'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal giudice e se ne possano conoscere i risultati che debbono essere conformi alle prescrizioni di legge. Pertanto la motivazione *per relationem* di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: faccia riferimento, ricettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria al provvedimento di destinazione; fornisca la dimostrazione che

⁴¹ Corte EDU, 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c. Spagna.

il decidente ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti alla sua decisione; l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed eventualmente di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione. Nell'ipotesi di proroga dell'autorizzazione all'intercettazione, il rinvio al provvedimento che per primo acconsentì all'attivazione del mezzo di ricerca della prova quanto all'esistenza dei presupposti di legge può dirsi quasi d'obbligo, dovendo il giudice decidere solo sulla persistenza delle esigenze di captazione. La mancanza di motivazione "in senso fisico-testuale ma anche quando la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che deve giustificare (motiva su un sequestro, o su esigenze di cautela personale, e similmente)" dà luogo ad inutilizzabilità, mentre nel caso di difetto della motivazione ("nel senso di incompletezza o insufficienza o non perfetta adeguatezza, ovvero di sovrabbondanza con ben probabili, in simili eccessi, slabbrature logiche; in una parola, di vizi che non negano e neppure compromettono la giustificazione, ma la rendono non puntuale") il "vizio va emendato dal giudice cui la doglianza venga prospettata, sia esso il giudice del merito, che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia da quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità", trattandosi di mera irregolarità o tutt'al più di nullità relativa⁴². Spicca, per la verità, qualche sentenza che precisa che nelle ipotesi in cui si proceda ad intercettazione nei confronti di un non indagato, il giudice deve motivare la correlazione tra l'indagine in corso e l'intercettato in modo maggiore rispetto ai casi di intercettazione disposta nei confronti di indiziato di delitto. In questo caso, il giudice deve procedere non solo alla verifica relativa alla base indiziaria oggettiva, ma è necessario che il giudice indichi ed espliciti chiaramente l'interesse investigativo sottostante, chiarisca cioè le ragioni di collegamento diretto o indiretto (conoscenza) tra il soggetto (non indagato) ed il fatto di reato oggetto di accertamento; è necessario che si indichino i motivi per i quali il soggetto terzo che si intende intercettare dovrebbe essere "informato sui fatti" e perché si ritiene che vi possano essere conversazioni o comunicazioni attinenti a quei fatti⁴³. Ma, più spesso, la giurisprudenza con-

⁴² Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera ed altri, in *Guida dir.*, 2000, 40, 59, *Dir. pen. e proc.*, 2001, 621.

⁴³ Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 45486, Romeo e altro, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 697.

sente che la motivazione dei provvedimenti autorizzativi, stante la loro natura di decreti, possa essere la minima necessaria a chiarire le ragioni del provvedimento in ordine sia all'indispensabilità del mezzo probatorio richiesto ai fini della prosecuzione delle indagini sia alla sussistenza dei gravi indizi. Però, in tal modo la garanzia giurisdizionale rischia di essere soltanto apparente. La giurisprudenza si spinge pure ad affermare che il decreto autorizzativo di cui all'art. 267 c.p.p. può trovare il suo presupposto in qualsiasi notizia di reato, anche desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili.

Gli effetti di un così sommario vaglio giurisdizionale si registrano nel numero imponente di autorizzazioni all'intercettazione, che la hanno fatta diventare la nuova "prova regina" del nostro processo penale, ma anche il mezzo più dispendioso per il bilancio pubblico e più invasivo della *privacy*.

10. *L'esecuzione dell'intercettazione ed il virus trojan.* L'esecuzione delle operazioni di intercettazione è rimasta immutata, fino al d. lgs. n. 216/2017, così come disciplinata dall'art. 268 c.p.p.

L'art. 268, co. 1 e 2, c.p.p. prescrive la registrazione delle comunicazioni intercettate e la verbalizzazione delle operazioni compiute; nel verbale deve inoltre essere trascritto «anche sommariamente» il loro contenuto. Si tratta perciò di un duplice obbligo imposto all'organo procedente. Pure in assenza di prescrizioni nel decreto di delega alla p.g., sia la registrazione sia la verbalizzazione devono sempre avere luogo. Quest'ultima rappresenta lo strumento tipico di documentazione delle attività procedurali o processuali. Una disciplina particolareggiata del verbale e dei nastri registrati è dettata dall'art. 89 norme att. c.p.p.

Fra le «garanzie stabilite dalla legge» ex art. 15, co. 2, Cost. vi è anche l'indicazione degli impianti mediante i quali le intercettazioni possono essere eseguite. Dai lavori preparatori della Costituzione emerge con chiarezza la preoccupazione per eventuali abusi perpetrabili con gli impianti della p.g. e la stessa preoccupazione fu manifestata durante l'*iter* legislativo che approdò nella L. 18 maggio 1978, n. 191. Anche l'utilizzazione degli impianti di pubblico servizio destava preoccupazioni per la tutela della segretezza delle comunicazioni e per la riservatezza dei comunicanti a causa del gran numero di persone addette agli uffici delle telecomunicazioni. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 34 del 1973, aveva precisato che l'intercettazione deve attuarsi "sotto il diretto controllo del giudice" in modo da assicurare che "si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti

dell'autorizzazione⁴⁴, sicché l'art. 268, comma 3, in quanto attribuisce il controllo sull'esecuzione al pubblico ministero, anziché al giudice, non attua compiutamente l'art. 15 Cost.⁴⁵

Le Sezioni unite Carli del 2008 hanno affermato che condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la "registrazione" - che consiste nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (*server*), dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico - sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di "ascolto", verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di p.g.⁴⁶. Com'è noto, le Sezioni unite Scurato del 2016 hanno ammesso come prova, sia pure nei procedimenti di "criminalità organizzata" (locuzione generica e perciò vastissima), l'impiego del *virus trojan*. I progressi raggiunti dalla tecnologia consentono ora di impiegare tecniche di captazione basate sul lancio "da remoto" di virus autoinstallanti, che trasformano il telefono cellulare della persona intercettata in microfono e/o telecamera che invia comunicazioni e/o immagini al captante. Il nuovo mezzo di ricerca della prova, basato sull'invio "da remoto" e surrettiziamente (ad esempio, con l'invio di allegati a messaggi di posta elettronica o di aggiornamenti di programmi o di applicazioni) su qualsiasi apparecchio (*smartphone, tablet, p.c.*) di *virus* autoinstallanti (si tratta di un *malware* noto come *trojan horse*), i quali, senza rivelare all'utente la propria presenza, comunicano attraverso la rete, in modalità nascosta e protetta, con il captante che si trova in un centro remoto di comando e controllo e che gestisce il sistema di captazione, attivandolo o spegnendolo all'occorrenza. Tali virus sono in grado di intercettare non soltanto il suono captato dal microfono ma anche le immagini carpite dalla *webcam* o filmate con la videocamera, oltre a tutto ciò che viene digitato sulla tastiera o visualizzato sullo schermo. Addirittura, non va sottovalutato il rischio che il captatore informatico possa essere previamente impostato per cancellare anche il tracciamento delle operazioni dallo stesso eseguite, senza perciò lasciare nemmeno tracce del suo passaggio. A questi surrettizi poteri di ispezione e di intercettazione si aggiungono quelli, sempre occulti, di perquisizione e di sequestro in quanto il virus può cercare e acquisire i *files* presenti sul dispositivo intercettato e sugli altri connessi in rete locale, inviando dati, comunicazioni o immagini al captante e conseguendo così i risultati tipici di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati

⁴⁴ Corte cost. n. 34 del 1973, cit.

⁴⁵ Cfr. Corte cost. n. 304 del 2000, in *Dir. pen. e proc.*, 2000,1181 e Corte cost., n. 259 del 2001, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1230.

⁴⁶ Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, Carli, in *Cass. pen.*, 2009, 30, nonché in *Guida dir.*, 2008, 40, 58.

informatici (atti, tra l'altro, eseguiti surrettiziamente *on line*, ma da considerare pur sempre compiuti nel domicilio "informatico", tutelato anche penalmente dall'art. 615-ter c.p. contro i "delitti contro la inviolabilità del domicilio"), intercettazioni e riprese fotografiche ed audiovisive. Infine, il captatore informatico consente pure la geo-localizzazione del dispositivo controllato, completando così la sua micidiale invasività anche con un "pedinamento elettronico" di chiunque lo detenga. Si tratta quindi non di una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova, ma di una nuova e diversa tecnica di captazione che presenta una inedita invasività, caratterizzata dal fatto che consente di captare conversazioni tra presenti, immagini e documenti senza limitazione di luogo. Infatti, il *trojan horse* non soltanto ha subdole capacità ispettive, di perquisizione e di sequestro, oltre che di intercettazione e di geo-localizzazione, ma soprattutto il giudice non può previamente conoscere il domicilio in cui sarà portato il dispositivo intercettato. Pertanto, la "ispeperqui-intercettazione itinerante" non è ammessa dagli artt. 13 e 14 Cost, che consente soltanto palesi "ispezioni o perquisizioni o sequestri" e non similari operazioni surrettizie, ma non è nemmeno sottoponibile al previo controllo giurisdizionale quanto agli ignoti domicili che potranno essere violati, e si sottrae perciò alla riserva di legge e di giurisdizione, imposta dagli artt. 14 e 15 Cost., oltre che dall'art. 8 C.E.D.U. Si tratta quindi di un mezzo di ricerca della prova contrastante con la Costituzione e con la summenzionata Convenzione europea e quindi inammissibile. Il nuovo congegno investigativo non può perciò essere inquadrato soltanto nella disciplina legislativa dell'intercettazione, come riduttivamente hanno fatto nel 2016 le Sezioni unite Scurato, anche in considerazione della privazione che esso comporta dei diritti difensivi riconosciuti dalla legge per le ispezioni, perquisizioni e sequestri. A tale inedita potenza invasiva e captativa, priva di alcuna garanzia, si aggiunge, come detto, il particolare, non secondario, che il nuovo strumento di indagine è ospitato nel dispositivo mobile intercettato e quindi si sposta con esso, per cui risulta impossibile individuare previamente i luoghi e quindi i domicili in cui autorizzare tale imprevedibile captazione. Proprio per tale ragione le Sezioni unite Scurato l'hanno bandito dall'ordinario strumentario investigativo, ammettendolo però per i delitti di criminalità organizzata. Ma le Sezioni unite hanno trascurato che tale "bulimico" congegno ignora tutti i divieti probatori posti in generale dalla legge (ad es. in tema di diritto di difesa - art.103 c.p.p., di segreto professionale, d'ufficio, di Stato o di polizia - artt. 200, 201, 202 e 203 c.p.p.), sia specificamente in materia di ispezioni e perquisizioni corporali (artt. 245, co. 2, e 249, co. 2, c.p.p.), perquisizioni domici-

liari (art. 251, co. 1, c.p.p.), sequestri (artt. 254, comma 2, 254-bis, 255, 256 e 256-bis c.p.p.) e intercettazioni (artt. 271 c.p.p.).

Si tratta di un congegno investigativo che contrasta con l'intero sistema normativo, costituzionale, sovranazionale e codicistico, in materia di ispezioni, perquisizioni, sequestri e intercettazioni, il quale è teso a consentire limitazioni "mirate" a determinati luoghi, beni o persone. Infatti gli artt. 352, 353 e 354 e 364, 365 e 366 c.p.p. consentono ispezioni e perquisizioni soltanto su persone o luoghi previamente determinati e anche i sequestri devono avere ad oggetto beni determinati.

A maggior ragione, in tema di intercettazioni le limitazioni della segretezza delle comunicazioni e del domicilio devono avvenire nel rispetto dei principi della riserva di legge e di giurisdizione, di "stretta necessità", della "proporzionalità" tra esigenze di repressione penale e sicurezza pubblica e di tutela delle libertà del singolo e della "prevedibilità" delle ingerenze pubbliche nei diritti del cittadino.

Infatti, gli artt. 266 ss. c.p.p. ammettono l'intercettazione di una "determinata" utenza telefonica o telematica o in una "determinata" abitazione o altra privata dimora (si può forse ritenere irrilevante la specificazione quando si tratta di luogo pubblico o aperto al pubblico), in cui si collocano le microspie, circoscrivendo pertanto l'ambito della captazione in modo ben preciso. Ciò è imposto dall'art. 15, comma 1, Cost., che, proclamando l'"inviolabilità" delle comunicazioni e riservando la possibilità di limitarle al previo "atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge", pone la "doppia garanzia" della riserva di legge e di giurisdizione proprio al fine di circoscrivere soggettivamente ed oggettivamente la possibilità di captare le comunicazioni, cioè nei confronti di soggetti determinati e modalità, tempi e luoghi e determinati. Ed infatti l'art. 266, comma 1, c.p.p. consente l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni "telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni", mentre il successivo comma 2 ammette l'intercettazione di "comunicazioni tra presenti" sia in luoghi pubblici sia nel domicilio o nella privata dimora, ma in quest'ultimo caso, essendo limitata anche la libertà domiciliare, il giudice deve indicare l'esistenza dell'ulteriore presupposto che "ivi si stia svolgendo l'attività criminosa": in questo modo il legislatore ha chiarito che il giudice deve previamente indicare il domicilio o la privata dimora in cui avverrà l'intercettazione, perché, a seconda del luogo intercettato, muta il regime dei presupposti e delle autorizzazioni.

Pertanto, una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata impone al giudice per le indagini preliminari, nell'autorizzare, a norma dell'art.

267, comma 1, c.p.p., l'intercettazione, di specificare non solo se trattasi di comunicazioni telefoniche o altre forme di telecomunicazione oppure di comunicazioni tra presenti ma anche se queste ultime sono autorizzate in luogo pubblico o aperto al pubblico ovvero in un'abitazione o altra privata dimora e, in quest'ultimo caso, essa deve essere previamente indicata. A sua volta, il pubblico ministero, nel decreto che dispone l'intercettazione, dovendo, a norma dell'art. 267, co. 3, c.p.p., indicare "le modalità e la durata delle operazioni", è tenuto a specificare, oltre il momento iniziale e finale delle operazioni di captazione, quali comunicazioni tra presenti potranno essere intercettate, con l'indicazione dell'abitazione o privata dimora in cui l'intercettazione è stata autorizzata dal giudice (potendosi, invece, tale specificazione ritenere irrilevante se si tratta di luogo pubblico o aperto al pubblico).

Si aggiunga che la giurisprudenza della Corte EDU. ha posto dei limiti ben precisi all'uso delle intercettazioni, anche sulla base dell'art. 8, co. 2, C. E.D.U., che esige che l'ingerenza statale costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria, enunciando il principio di necessità dell'ingerenza, che comporta anche un principio di proporzionalità dell'ingerenza rispetto ai fini. La Corte europea infatti ritiene necessario che la disciplina nazionale contenga idonee precauzioni per garantire la *privacy* degli interlocutori che siano casualmente attinti dalle intercettazioni senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso di svolgimento⁴⁷. La pronuncia della Corte EDU. 10.2.2009, *Iordachi* e altri c. Moldavia, esige il requisito della "prevedibilità" delle misure segrete di sorveglianza, come le intercettazioni di comunicazioni, e quindi impone che "la legislazione interna presenti un contenuto sufficientemente chiaro e dettagliato, in modo da offrire ai cittadini un'indicazione adeguata in ordine alle circostanze nelle quali l'autorità pubblica ha il potere di ricorrere a tali misure". Conseguentemente, la Corte europea esige che la legge indichi lo scopo del potere discrezionale conferito al giudice e "le modalità del suo esercizio con sufficiente chiarezza, per assicurare all'individuo una idonea protezione contro le interferenze arbitrarie"⁴⁸. Ancora più recentemente, nel 2015, la Grande Camera *Zakharov* c. Russia ha ribadito che il legislatore nazionale deve definire l'ambito di applicazione delle intercettazioni, in modo da dare ai cittadini un'adeguata indicazione delle circostanze in presenza delle quali la pubblica autorità ha il potere di disporle, non solo per quanto attiene alla natura dei reati, ma pure in rife-

⁴⁷ Corte EDU, Sez. II, 10.4.2007, Panarisi c. Italia.

⁴⁸ Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Iordachi* e altri c. Moldavia.

rimento ai potenziali destinatari delle captazioni⁴⁹. Anche in tema di perquisizioni, la Corte EDU precisa che le autorità nazionali hanno l'obbligo di fornire motivazioni "pertinenti e sufficienti" a giustificare l'emissione del mandato di perquisizione⁵⁰.

Secondo la nuova tecnologia del "captatore itinerante", invece, nulla è prevedibile dall'ignaro cittadino: infatti, è "determinato" soltanto il dispositivo intercettato in "qualsiasi" luogo si trovi, nelle mani di "chiunque" lo detenga, con "qualunque" persona questi conversi o comunichi, di "qualsiasi" argomento parli o "qualunque" cosa faccia. Com'è evidente, il fatto che non sia previamente individuabile il luogo della captazione, che, essendo "itinerante", può comportare anche la lesione del domicilio di terzi estranei ai fatti per cui si procede, comporta una smisurata e incontrollabile estensione della portata captativa, una vera e propria surrettizia "pesca a strascico", che non è ammessa in danno di libertà fondamentali come la segretezza delle comunicazioni, la tutela del domicilio e della *privacy*. Ne risulta violato il principio di proporzionalità tra il pubblico interesse alla repressione dei reati e la tutela della segretezza delle comunicazioni, come la Corte costituzionale tedesca ha affermato nel 2016, proprio in riferimento alla tecnologia dei *virus trojan*⁵¹. Secondo la *Bundesverfassungsgericht* la legge deve effettuare un bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali, in forza del principio di proporzionalità, per effetto del quale "i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi". E dal principio di proporzionalità la *BVerfG* fa derivare diverse conseguenze, sottolineando soprattutto che la raccolta segreta di dati personali può estendersi dall'individuo oggetto dell'indagine a soggetti terzi soltanto in condizioni particolari e che occorre tutelare in maniera rigorosa il "nucleo della vita privata", adottando disposizioni di legge che elevino il livello di garanzia.

Di conseguenza, un'intercettazione *ubicumque*, cioè "ovunque" si trovi "qualsiasi" detentore del dispositivo intercettato, con "chiunque" conversi o comunichi (anche se immune dall'intercettazione, come ad esempio il difensore o

⁴⁹ Corte EDU, Grande Camera, 4 dicembre 2015, Zakharov c. Russia.

⁵⁰ Corte EDU, Sez. I, 16 marzo 2017, Modestou c. Grecia, che ha censurato le autorità greche per la motivazione generica e quindi non adeguata a giustificare l'emissione del mandato di perquisizione, concludendo che la misura adottata non era stata ragionevolmente proporzionata agli scopi legittimi perseguiti, tenuto presente l'interesse di una società democratica, nel garantire il rispetto del diritto di abitazione, e che vi era stata quindi una violazione dell'articolo 8 della C. E.D.U.

⁵¹ *Bundesverfassungsgericht* 20 aprile 2016.

il presidente della Repubblica) oppure si intrattenga (e quindi nel domicilio della persona intercettata ma anche nell'altrui domicilio) e di "qualunque" argomento parli (anche se coperto da segreto di Stato, d'ufficio, di polizia o professionale) e "qualunque" cosa faccia, non è compatibile né con gli artt. 14 e 15 Cost., né con l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, né con l'art. 8 C.E.D.U., così come interpretato dalla Corte europea, né con l'art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, né con l'art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La violazione del principio di legalità processuale rende questa tecnologia investigativa non una prova atipica, ma una prova "incostituzionale" e "inconvenzionale", perché darebbe luogo ad un'inammissibile autorizzazione ad una occulta "ispe-perqui-intercettazione" da compiere "in bianco": infatti il decreto di autorizzazione sarebbe soltanto apparente perché autorizzerebbe una serie di captazioni imprevedibili anche per il giudice. In altre parole, la sua ammissibilità segnerebbe la fine della *privacy*, l'elusione degli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost. e la violazione del principio europeo della proporzionalità di questa inedita e formidabile ingerenza nella sfera della riservatezza, in rapporto ai principi fondamentali di una società democratica.

A tale inaudita efficacia pervasiva si aggiunge anche l'ulteriore pericolo, già comunicato dal Garante della *privacy* al Parlamento, in data 30 aprile 2019, e già oggetto di esame da parte della Suprema Corte³², che il programma informatico adottato dalla ditta incaricata dell'esecuzione dell'intercettazione a mezzo *trojan* non sia direttamente inoculato nel solo dispositivo della persona intercettata, ma sia connesso ad una *app*, e quindi posto su piattaforme (come, ad. es., *Google play store*) accessibili a tutti, con successiva archiviazione dei dati mediante sistemi *cloud* in *server* collocati al di fuori del territorio nazionale. Se tali *app*-spia (c.d. *malware Exodus*) fossero rese disponibili sul mercato, anche solo per errore in assenza dei filtri necessari a limitarne l'acquisizione da parte dei terzi, si trasformerebbero evidentemente in pericolosi strumenti di sorveglianza massiva, con vulnerabilità per i dati acquisiti, che sarebbero del tutto permeabili se allocati in *server* non sicuri o, peggio, delocalizzati anche al di fuori dei confini nazionali. È quindi indispensabile assicurare anche le garanzie sulla correttezza della procedura seguita e sulla possibilità data al giudice e alla difesa in ordine alla sua falsificabilità.

³² Cass., Sez. VI, 17 luglio 2019, A.M., in *Mass. Uff.*, n. 31576.

11. *L'udienza-stralcio: questa sconosciuta.*- La necessità della trascrizione delle registrazioni è interpretata dalla giurisprudenza come un atto eventuale che può omettersi o compiersi durante il dibattimento e anche in grado d'appello, consentendo nel frattempo di porre a fondamento dei provvedimenti giurisdizionali adottati (anche limitativi della libertà personale) i "brogliacci di polizia", che contengono la sommaria trascrizione del contenuto delle comunicazioni intercettate, secondo la percezione e sintesi, e spesso la traduzione da lingua straniera o dialetto, operata dalla polizia giudiziaria. È vero che la prova sta nella registrazione, ma questa deve essere decryptata da un perito fonico quanto prima per avere la certezza del contenuto reale delle registrazioni, senza affidarsi all'udito o alla percezione della polizia giudiziaria. Tale lassista prassi giurisprudenziale urta clamorosamente con l'art. 268, co. 4, c.p.p., che stabilisce perentoriamente per la trascrizione delle registrazioni una scansione temporale rigida da completare durante la fase delle indagini preliminari: si ricordi che "entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni", i verbali e le registrazioni devono essere depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione", salvo l'autorizzazione al ritardato deposito "non oltre la chiusura delle indagini preliminari" (co. 5), con avviso ai difensori degli indagati che va dato "immediatamente" della loro "facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche". Il pubblico ministero e i difensori hanno "diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima". Scaduto il termine, il giudice "dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, indicate dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione" (co. 6). Così stabilisce il codice, ma si assiste invece alla quotidiana violazione di tale precisa prescrizione, che impone un'udienza-stralcio, seguita dalla trascrizione, prima dell'udienza preliminare, in modo che già il G.u.p. possa decidere sulla base di un contenuto certo delle registrazioni e gli imputati possano scegliere con cognizione di causa eventualmente un rito speciale. Le conseguenze sono sentenze di condanna basate sugli appunti sommari redatti dalla polizia giudiziaria. Per fortuna, la stessa giurisprudenza che oblitera l'art. 268, co. 6, 7 e 8, c.p.p., in qualche sentenza più garantista, afferma che, una volta depositate dal Pubblico ministero le registrazioni delle intercettazioni, in mancanza dell'attivazione dell'"udienza stralcio", il difensore ha diritto non soltanto all'ascolto delle intercettazioni, ma anche al rilascio di copia integrale delle

stesse, col corollario che un eventuale diniego produce una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi degli artt. 178, co. 1 lett. c), e 180 c.p.p.⁵³. Tale nullità a regime intermedio deve essere però tempestivamente eccepita o rilevata nei termini di cui all'art. 180 c.p.p., per cui, se si è verificata nella fase delle indagini preliminari, deve essere dedotta o rilevata prima della deliberazione della sentenza di primo grado. Si deve aggiungere che, a norma dell'art. 185, co. 1, c.p.p., il giudice che dichiara la nullità deve disporre la regressione del procedimento al momento in cui si è verificata tale nullità, per cui, tenuto conto della fase processuale nella quale le richieste sono state formulate dalle difese (ad esempio, prima della celebrazione dell'udienza preliminare), si verifica anche una nullità derivata che comporta l'invalidità pure degli atti procedurali successivi, ovvero l'udienza preliminare e il decreto che ha disposto il giudizio.

12. *Conservazione e distruzione della documentazione.* Immutato nel tempo è rimasto l'art. 269, co. 1, c.p.p., il quale prescrive che il P.m., il quale ha disposto l'intercettazione, conservi «integralmente» i verbali e le registrazioni. Salve, le ipotesi in cui la distruzione è disposta a causa dell'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione, è prescritta la conservazione delle registrazioni “fino alla sentenza non più soggetta ad impugnazione”. Tuttavia, a norma del co. 2, gli interessati, a tutela della loro riservatezza, possono chiedere la distruzione delle registrazioni non più necessarie per il procedimento e decide in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 127 c.p.p., il giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione. Il successivo comma 3, prescrive che la distruzione, quando è prevista, deve essere eseguita “sotto controllo del giudice” e dell'operazione è redatto verbale⁵⁴.

⁵³ Riconosce il diritto alla copia integrale delle registrazioni, nel caso il P.m. abbia abdicato alla procedura di stralcio in favore della *discovery* totale di cui agli artt. 415-*bis* e 416 c.p.p.: Cass., Sez. V, 12 aprile 2017, P.m. in proc. Almagiva, n. 38409, in *Mass. Uff.*, n. 271118; Cass., Sez. IV, 15 novembre 2017, Zekthi e altri, n. 57195, *ivi* 271701; Cass., Sez. VI, 21 marzo 2018, P.m. in proc. Gallo e altri, n. 18082, in *Dir. pen e proc.*, 2018, 6, 756. Quando, invece, il P.m. ha attivato l'udienza stralcio, si esclude il diritto alle copie richieste dopo l'avviso di conclusione delle indagini e non prima nel sub-procedimento *ex art.* 268 c.p.p.: Cass., Sez. V, 25 marzo 2008, Agosto, n. 14619, *CED* 239492; Cass., Sez. V, 1 ottobre 2009, P.G. in proc. Mancuso, n. 4976, in *Mass. Uff.*, n. 246061; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2011, n. 21063, in *Mass. Uff.*, n. 250103. Anche nel giudizio abbreviato, dopo il deposito delle registrazioni ai sensi dell'art. 268, c. 4, c.p.p., il diritto del difensore di ascoltare le registrazioni e di estrarre copia dei *files* audio non è suscettibile di limitazione, né è subordinato ad autorizzazione: Cass., Sez. VI, 11 luglio 2013, n. 41362, in *Mass. Uff.*, n. 257804.

⁵⁴ La Corte EDU ha dichiarato contrastante con l'art. 6 c. 1 e 3 lett. b C.E.D.U. il provvedimento di distruzione delle registrazioni di intercettazioni telefoniche se non è preso a seguito del coinvolgimento della difesa (Corte EDU, Sez. IV, 8 dicembre 2009, *Janatuinen* c. Finlandia, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*,

13. *L'utilizzazione in un diverso procedimento.* Anche l'art. 270 c.p.p. è rimasto immutato fino al d.lgs. n. 216 del 2017. Si stabilisce, com'è noto, che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (co. 1). La Corte costituzionale ha precisato che la *ratio* del divieto di utilizzazione trasversale dei risultati dell'intercettazione risiede nella considerazione che sul diverso procedimento manca la garanzia del previo intervento del giudice, col rischio che l'autorizzazione diventi una "inammissibile autorizzazione in bianco" ad eseguire intercettazioni, implicitamente chiarendo che il divieto riguarda i "fatti" diversi, e non i "procedimenti" diversi, da quello per il quale l'autorizzazione è intervenuta⁵⁵. È stata rimessa alle Sezioni unite la questione se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 c.p.p., riguardi anche i reati non oggetto dell'intercettazione *ab origine* disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione. Esiste infatti in materia un profondo contrasto giurisprudenziale. Secondo un primo filone giurisprudenziale, qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266, i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli altri reati di cui dall'attività di captazione emergano gli estremi e, quindi, la conoscenza, mentre nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'art. 270 e, cioè, all'indispensabilità ed all'obbligatorietà dell'arresto in flagranza⁵⁶.

2010, 316; Corte EDU, Sez. IV, 31 marzo 2009, *Natunen c. Finlandia*, in *Cass. pen.*, 2009, 3219).

⁵⁵ Corte cost. n. 63/1994, in *Cass. pen.*, 1994, 1477 e, già in precedenza, Corte cost. n. 366 del 1991, *ivi*, 1991, II, 914.

⁵⁶ Cass., Sez. II, 23 febbraio 2016, n. 9500, in *Cass. pen.*, 2017, 739; nello stesso senso Cass., sez. VI, 25 novembre 2015, n. 50261, in *Mass. Uff.*, n. 264382; Cass., Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 29907, *ivi* 264382. Si è pure precisato che i risultati delle intercettazioni legittimamente acquisiti nell'ambito di un procedimento penale inizialmente unitario sono utilizzabili anche nel caso in cui il procedimento sia successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati, atteso che, in tal caso, non trova applicazione l'art. 270 c.p.p. che postula l'esistenza di procedimenti *ab origine* tra loro distinti. Pertanto, l'applicabilità di tale disposizione non può essere invocata ove, nel corso di intercettazioni legittimamente autorizzate, emergano elementi di prova relativi ad altro reato, pur totalmente svincolato da quello per il quale l'autorizzazione è stata debitamente rilasciata (Cass.,

Un secondo più rigoroso orientamento ha invece ritenuto che, qualora l'intercettazione sia stata legittimamente autorizzata in un procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento, purchè, in relazione ad essi, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto ai sensi del medesimo art. 266 c.p.p.⁵⁷.

La giurisprudenza resta perciò legata alla definizione di "procedimento diverso" letteralmente offerta dall'art. 266 c.p.p., affermando che il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. riguarda soltanto il diverso "procedimento" e non il diverso "reato". Si afferma perciò che i risultati delle intercettazioni legittimamente acquisiti nell'ambito di un procedimento penale inizialmente unitario sono utilizzabili anche nel caso in cui il procedimento sia successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati, atteso che, in tal caso, non trova applicazione l'art. 270 c.p.p. che postula l'esistenza di procedimenti *ab origine* tra loro distinti⁵⁸.

Il co. 2 prescrive che, ai fini della utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni dell'art. 268, co. 6, 7 e 8 c.p.p. Ai sensi del comma 3, il pubblico ministero e i difensori delle parti hanno altresì facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni in precedenza depositati nel procedimento in cui le intercettazioni furono autorizzate.

sez. VI, 8 marzo 2018, n. 10567, in *Guida dir.* 2018, n. 16, 77; v. pure Cass., Sez. VI, 15 luglio 2015, Rosatelli e altro; Cass., Sez. VI, 8 giugno 2016, P.m. in proc. Proietti e altro).

⁵⁷ Cass., Sez. II, 18 dicembre 2015, n. 1924, in *Mass. Uff.*, n. 265989; Cass., Sez. VI, 17 giugno 2015, n. 27820, *ivz*, n. 264087; v. pure Cass., Sez. VI, 9 maggio 2017, X; Cass., Sez. II, 18 dicembre 2015, Roberti e altri. In tale ultimo filone giurisprudenziale si è poi precisato che la circostanza che le risultanze di fatti strettamente connessi a quello cui si riferisce l'autorizzazione giudiziale non possano considerarsi pertinenti a "diverso procedimento" e che dunque non rilevino i limiti di utilizzabilità posti dall'art. 270 c.p.p., non esclude che siano applicabili, anche a tale proposito, le condizioni generali cui la legge subordina l'ammissibilità delle intercettazioni. Pertanto, quando nel corso di intercettazioni autorizzate per un determinato reato emergano elementi concernenti fatti strettamente connessi al primo, detti elementi possono essere utilizzati solo nel caso in cui, per il reato cui si riferiscono, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto a norma dell'art. 266 c.p.p. (Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2004, n. 4942, in *Mass. Uff.*, n. 229999).

⁵⁸ Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2018, Cacciola e altri, in *Guida dir.*, 2019, n. 18, 75.

14. *L'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione.* Com'è noto, l'art. 271, co. 1, c.p.p. stabilisce che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse “siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268 commi 1 e 3”⁵⁹. La giurisprudenza afferma però che sono utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime sono consentite, anche quando l'imputazione venga successivamente modificata e il giudizio di colpevolezza venga conseguentemente emesso per una fattispecie di reato per cui non sarebbe stato possibile autorizzare le operazioni di intercettazione⁶⁰. Il riferimento alla violazione delle disposizioni previste dall'art. 267 c.p.p. pone qualche problema interpretativo a causa della varietà delle prescrizioni comprese nell'art. 267. Può trattarsi infatti di mancanza della richiesta del P.m., cioè di intercettazione autorizzata dal giudice d'ufficio, violando l'art. 267 co. 1, oppure di mancanza del decreto di autorizzazione, convalida o proroga.

L'art. 271, co. 1, c.p.p. bandisce le intercettazioni compiute senza l'osservanza dell'art. 268, co. 1 e 3, c.p.p. Come è noto, l'art. 268, co. 1, c.p.p. impone la verbalizzazione e la registrazione delle comunicazioni intercettate secondo le prescrizioni dell'art. 89 c. 1 disp. att. c.p.p., il quale esige che il verbale delle operazioni di intercettazione contenga l'«indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni».

Secondo la giurisprudenza, l'inutilizzabilità consegue solo alla mancanza del verbale delle operazioni, per cui la redazione del verbale delle operazioni in luogo diverso da quello in cui è avvenuta la registrazione delle comunicazioni captate non dà luogo all'inutilizzabilità degli esiti dell'intercettazione⁶¹. Invece l'omessa indicazione nel verbale del sommario contenuto delle comunicazio-

⁵⁹ L'art. 4 d. lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, ha inserito un comma 1-*bis* all'art. 271 c.p.p., ma con applicazione differita alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019. Secondo tale “novella” “Non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo”.

⁶⁰ Cass., Sez. I, 19 maggio 2010, Satta, in *Mass. Uff.*, n. 247943, nonché in *Cass. pen.*, 2011 3941; Cass., Sez. VI, 20 ottobre 2009, Bassi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 317.

⁶¹ Cass., Sez. IV, 27 maggio 2005 Littera, *Dir&Giust.* 2005, 32, 58 (nella fattispecie la verbalizzazione era avvenuta presso il comando della p.g. grazie ad un sistema informatico che consente alle autorità titolari di un'apposita *password* di collegarsi direttamente al *server* che effettua le intercettazioni).

ni intercettate, essendo questo prescritto dall'art. 268, comma 2, c.p.p. non è causa di inutilizzabilità, ma di nullità generale a regime intermedio del verbale a causa del pregiudizio per l'“assistenza” dell'imputato, dovuto alla maggiore difficoltà di consultazione delle registrazioni. La mancata sottoscrizione dell'ufficiale di p.g. che ha redatto il verbale e l'“incertezza assoluta sulle persone intervenute” provocano la nullità del verbale a norma dell'art. 142 c.p.p. (peraltro assorbita dall'inutilizzabilità dettata dagli artt. 268 c. 1 e 89 c. 1 disp. att. c.p.p.). In proposito la giurisprudenza ha precisato che l'inutilizzabilità del risultato delle intercettazioni deriva solo dalla mancata redazione del verbale delle operazioni e non da eventuali nullità di cui sia affetto il verbale per incompletezza dello stesso⁶².

Anche la mancata registrazione provoca l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione, affermandosi in giurisprudenza che l'omessa registrazione non può essere sostituita da equipollenti quale l'annotazione da parte degli agenti di p.g. che hanno ascoltato la comunicazione⁶³. Dalla mancanza di registrazione la giurisprudenza distingue lo smarrimento o la distruzione delle registrazioni, affermando che soltanto la mancata memorizzazione dei colloqui per omessa registrazione rende, a monte, inesistente il mezzo di ricerca della prova, pur ritualmente autorizzata, e inutilizzabile ogni acquisizione del contenuto dei colloqui altrimenti compiuta, per esempio attraverso annotazioni o dichiarazioni dei verbalizzanti⁶⁴. La Suprema Corte afferma pure che la sopravvenuta distruzione o deterioramento o anche smarrimento del supporto magnetico contenente la registrazione delle comunicazioni intercettate non comporta alcuna inutilizzabilità, in quanto, essendo stata rispettata la

⁶² Cass., Sez. I, 11 giugno 2003, p.g. in proc. Boccuni e altri, in *Guida dir.*, 2003, *dossier mensile* 10, 76.

⁶³ In questo senso Cass., Sez. IV, 19 ottobre 1998, Polito, *Dir. pen e proc.*, 1999, 36 nonché in *Giust. pen.æ*, 2000, III, 56, che afferma che gli elementi indiziari traibili dal verbale delle operazioni portante uno spezzone di conversazione non registrata per difettoso funzionamento delle apparecchiature di memorizzazione, ma annotata dagli agenti di p.g. che l'avevano ascoltata, non possono essere utilizzati né in giudizio né nel procedimento *de libertate*, compresa l'ordinanza impositiva della cautela e la decisione di riesame sulla stessa, in quanto - come si desume dall'art. 268 c. 1 c.p.p. - solo la materializzazione su un nastro magnetico può costituire la prova di quanto detto tra le parti. Nello stesso senso Cass., Sez. I, 10 agosto 2000, Nicchio, in *Mass. Uff.*, n. 216748, per cui la mancata registrazione di una conversazione intercettata non è surrogabile mediante l'attestazione di chi ne ha percepito il contenuto, non essendo i mezzi di captazione e le modalità di esecuzione delle operazioni, tassativamente menzionati dall'art. 268 c.p.p., suscettibili di equipollenti, che non consentirebbero la diretta verifica della comunicazione e, in generale, il controllo sulla legalità dell'acquisizione della prova, oltre che sul suo contenuto (fattispecie nella quale la S.C. ha ritenuto inutilizzabile anche in sede cautelare il contenuto di una conversazione non registrata, rifluito nel procedimento attraverso un'annotazione di p.g. ad esso relativa, posteriore di due giorni al suo svolgimento).

⁶⁴ Cass., Sez. II, 16 dicembre 2010, n. 44327, in *Mass. Uff.*, n. 248909.

formalità della registrazione voluta dalla legge, la prova del colloquio e del suo contenuto può essere data utilizzando gli ordinari mezzi probatori e, principalmente, la lettura del brogliaccio di cui all'art. 268 c. 2, c.p.p. fermo restando che il giudice deve esercitare la massima prudenza nella valutazione dei mezzi di prova da assumere per la ricostruzione del contenuto delle intercettazioni, escluso ogni automatismo surrogatorio⁶⁵.

Altra ipotesi di inutilizzabilità consegue all'impiego di impianti diversi da quelli installati nella procura della Repubblica, salvo decreto motivato di deroga del giudice o, in mancanza del suo provvedimento, del P.m. L'assenza di tale decreto o della sua motivazione determina l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione compiuta mediante impianti diversi da quelli installati presso la procura della Repubblica⁶⁶.

Secondo il comma 2 dell'art. 271 c.p.p., non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'art. 200, comma 1, c.p.p. quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati. È pacifico che la *ratio* dell'art. 271, comma 2, c.p.p. vada individuata nella tutela del segreto professionale di avvocati, investigatori privati autorizzati, consulenti tecnici e notai, dei ministri di culti non contrastanti con l'ordinamento giuridico italiano, di medici e altri esercenti una professione sanitaria e di "esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale"⁶⁷, quando hanno

⁶⁵ Cass., Sez. I, 12 gennaio 2011, n. 5095, in *Cass. pen.*, 2012, 2205. Anche nell'ambito del giudizio abbreviato, la Corte di cassazione ha distinto tra la mancata memorizzazione dei colloqui, attraverso la registrazione, che rende inesistente il mezzo di ricerca della prova, pur ritualmente autorizzata, e inutilizzabile ogni acquisizione dei risultati di essi altrimenti realizzata (annotazioni o dichiarazioni dei verbalizzanti), dal diverso caso in cui, essendo stato il colloquio regolarmente memorizzato, risulti deteriorato il relativo supporto magnetico, rendendo impossibile la trascrizione, nel qual caso la prova del colloquio e del suo contenuto può essere data, nel giudizio abbreviato, utilizzando gli ordinari mezzi probatori e, principalmente, la lettura del brogliaccio di cui all'art. 268, c. 2, c.p.p. (Cass., Sez. IV, 26 gennaio 2001, Ghedi, in *Mass. Uff.*, n. 218971).

⁶⁶ Corte cost. n. 304 del 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 19, ha ritenuto non arbitraria la scelta del legislatore, avuto anche riguardo alla particolare invasività del mezzo nella sfera della segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata.

⁶⁷ Per i consulenti del lavoro v. art. 6 L. 11 gennaio 1979, n. 12; per i dottori commercialisti, i ragionieri e i periti commerciali, v. art. 1 L. 5 dicembre 1987, n. 507; per i dipendenti del servizio pubblico per le tossicodipendenze e di coloro che operano presso enti, centri, associazioni o gruppi che hanno stipulato apposite convenzioni con le unità sanitarie locali, tale divieto probatorio è esplicitamente dichiarato operante, "in quanto applicabile", dall'art. 120, co. 7, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309; per i giornalisti e gli editori, v. art. 2 L. 3 febbraio 1963, n. 69; per gli assistenti sociali, v. art. 1, L. 3 aprile 2001, n. 119; per gli psicologi dall'art. cfr. art. 4 L. 18 febbraio 1989, n. 56).

ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati. Ma è necessario distinguere tra i casi menzionati nell'art. 103, co. 5, c.p.p. e quelli di cui all'art. 271, co. 2, c.p.p. Infatti, l'art. 103, co. 5, c.p.p. vieta l'intercettazione delle comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari e di quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite, mentre l'art. 103, co. 7, c.p.p. detta un divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni precedenti. Trattandosi di prova inammissibile, la notizia appresa mediante l'intercettazione vietata non può essere acquisita altrimenti: perciò, ad esempio, sarebbe inutilizzabile la testimonianza del terzo, il quale abbia assistito al dialogo tra imputato e difensore. L'inutilizzabilità sancita dall'art. 103, co. 5, c.p.p. è posta a garanzia della necessaria riservatezza dell'attività difensiva e quindi dipende esclusivamente dalla natura della conversazione intercettata, così come verificabile anche *a posteriori*. Ne consegue che il divieto di utilizzazione stabilito dall'art. 271, co. 2, c.p.p. non sussiste quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate non siano pertinenti all'attività professionale svolta dalle persone indicate nell'art. 200, co. 1, e non riguardino di conseguenza fatti conosciuti per ragione della professione dalle stesse esercitata⁶⁸. Si è anche affermato che sono utilizzabili i risultati di intercettazioni svolte nei confronti di un soggetto nei cui confronti vige il segreto professionale allorquando le intercettazioni risultino essere state svolte con la predisposizione di cautele volte a tutelare la segretezza delle dichiarazioni tutelate dal segreto⁶⁹. Si riconosce, giustamente, che l'art. 103 c.p.p. è inapplicabile nei confronti di esercente la professione legale sottoposto ad indagine, non venendo in rilievo la tutela della funzione difensiva e dell'oggetto della difesa, cui è finalizzato l'art. 103 c.p.p.⁷⁰. Infine il comma 3, stabilisce che “in ogni stato e grado del processo il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni previste dai commi 1, 1-

⁶⁸ In questo senso Cass., Sez. VI, 17 marzo 2015, n. 18638, in *Cass. pen.*, 2015, 4169.

⁶⁹ Cas., Sez. III, 17 maggio 2016, B., n. 33049, *Guida dir.*, 2016, n. 41, 76 (nella specie, in un procedimento a carico di un cappellano di un carcere, sono state dichiarate utilizzabili le intercettazioni eseguite con le cautele necessarie per evitare di violare il momento della confessione: ad esempio, procedendo in taluni casi esclusivamente a intercettazioni solo video ovvero a intercettazioni in contesti diversi da quello della confessione).

⁷⁰ Cass., Sez. VI, 16 ottobre 2018, Cacciola e altri, in *Guida dir.*, 2019, n. 18, 74 (fattispecie in cui la Corte ha ritenuto inapplicabili le garanzie del citato art. 103 nei confronti dell'avvocato coindagato nel procedimento per falsa testimonianza).

bis e 2 sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato”. In questo modo, il risultato appreso *contra legem* e inutilizzabile è da considerarsi *tamquam non esset*, tanto che la legge ne impone la distruzione materiale. Il giudice «in ogni stato e grado del processo» dispone che la documentazione delle intercettazioni non utilizzabili *ex art. 271, co. 1 e 2, c.p.p.* sia distrutta salvo che costituisca corpo del reato. Sul punto, la Corte costituzionale ha precisato che il giudice prima di decidere sulla distruzione del materiale irrilevante deve sentire in camera di consiglio le parti interessate in ordine all’eventuale rilevanza in futuro delle registrazioni quale prova di non colpevolezza⁷¹. La stessa regola del contraddittorio, secondo il *dictum* di Corte cost. n. 1 del 2013, deve osservarsi in caso di distruzione di verbali e registrazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale, identica essendo la *ratio* nelle due situazioni, cioè non inibire all’innocente la possibilità di portare in giudizio la prova, anche irritalmente acquisita, della non colpevolezza. Quando invece le intercettazioni non sono utilizzabili “per ragioni sostanziali”, derivanti dalla violazione di una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima pronuncia di Corte cost. n. 1 del 2013 impone il sacrificio del contraddittorio a tutela di superiori interessi costituzionali. Peraltro, la giurisprudenza di legittimità precisa che l’omessa distruzione, quando questa è doverosa, comporta una mera irregolarità, essendo sempre possibile una successiva distruzione⁷².

La Corte EDU ha ripetutamente affermato l’inutilizzabilità nel processo penale di prove ottenute illecitamente⁷³. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno affermato l’inutilizzabilità di dichiarazioni acquisite dalla polizia giudiziaria in assenza di difensore, ribadendo che l’utilizzazione delle confessioni estorte al ricorrente costituisce già di per sé violazione del diritto ad un processo “equo”⁷⁴.

Importante è la recente pronuncia della Corte di giustizia U.E., che ha affermato che il diritto dell’Unione europea non contrasta con l’applicazione di

⁷¹ Corte cost. n. 463 del 1994, in *Giust. pen.* 1995, I, 118.

⁷² Cass., Sez. I, 12 novembre 1997, Cuomo, in *Cass. pen.*, 1999, 1861, in *Mass. Uff.*, n. 210182.

⁷³ Cfr. tra le principali pronunce Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2006, Jalloh c/Germania, in *Cass. pen.* 2006, 3843.

⁷⁴ Corte EDU, sez. II, 26.9.2006, *Gocmen c/Turchia*, in *Cass. pen.*, 2007, 1351. Nella diversa materia riguardante il divieto di autoincriminazione cfr. Corte EDU, 4 ottobre 2005, *Shannon c/Regno unito*, in *Cass. pen.*, 2006, 723., nonché la giurisprudenza nordamericana, sia nei sistemi statali che in quello federale, dopo la decisione della Corte suprema nel caso *Miranda v. Arizona* del 1966, a seguito della quale sono stati introdotti i c.d. *Miranda warnings*, cioè gli avvisi che la polizia deve dare all’arrestato per garantirgli il *privilege against self-incrimination*.

una norma nazionale che esclude l'utilizzabilità nel processo penale di intercettazioni di comunicazioni non debitamente autorizzate, persino quando esse siano gli unici elementi di prova del reato⁷⁵.

L'inutilizzabilità *contra reum* dei risultati delle intercettazioni illegittimamente disposte in violazione dell'art. 15 Cost. discende da alcune autorevoli pronunce della Corte costituzionale. Anzitutto la Consulta aveva affermato che il principio di inviolabilità della segretezza delle comunicazioni "sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa, motivata autorizzazione dell'a.g.", aggiungendo che "se ciò avvenisse, un diritto "riconosciuto e garantito" come inviolabile dalla Costituzione sarebbe davvero esposto a gravissima menomazione", tanto che la Corte sentì il "dovere di mettere nella dovuta evidenza il principio secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito"⁷⁶. Ed in altra successiva occasione la stessa Corte ammonì che "nessun effetto probatorio" può derivare da intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o in difformità delle relative prescrizioni, le quali "debbono ritenersi come inesistenti", con la conseguenza che "nessun effetto probatorio può derivare da intercettazioni siffatte", le quali, dunque, "sono assolutamente inidonee a produrre alcun effetto" sia pure indiretto⁷⁷. Ancora si è ribadito che "non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino"⁷⁸. Ancora la Corte, pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, comma 6, c.p.p. "nella parte in cui non

⁷⁵ C. giust. U.E. 17.1.2019 (causa C 130/16), in una fattispecie, in materia di I.V.A., nella quale le intercettazioni erano state autorizzate da una autorità giudiziaria non competente e quindi devono essere considerate come non previste dalla legge.

⁷⁶ Corte cost. n. 34 del 1973, in *Giur.cost.*, 1973, I, 316 ss.

⁷⁷ Corte cost. n. 120 del 1975, *Giur.cost.* 1975, 1271.

⁷⁸ Corte cost. n. 81 del 93, *Giur cost* 1993, 731. Sia pure nella diversa materia dei prelievi biologici coattivi fu ritenuto incostituzionale, in rapporto all'art. 13 Cost., l'art. 224 c. 2, che prevedeva tali misure incidenti sulla libertà personale, aggiungendo che dall'art. 13 Cost. conseguiva un vero e proprio divieto probatorio, dal momento "che - fino a quando il legislatore non sarà intervenuto ad individuare i tipi di misure restrittive della libertà personale che possono dal giudice essere disposte allo scopo di consentire (anche contro la volontà della persona assoggettata all'esame) l'espletamento della perizia ritenuta necessaria ai fini processuali, nonché a precisare i casi e i modi in cui le stesse possono essere adottate - nessun provvedimento di tal genere potrà essere disposto" (Corte cost., n. 238 del 1996, *Cass. pen.*, 1996, 3567).

prevede il divieto di sottoporre a sequestro gli scritti formati dall'imputato (e dall'indagato) appositamente ed esclusivamente come appunto per facilitare la difesa negli interrogatori", riconobbe l'inutilizzabilità delle prove incostituzionali, laddove motivò la pronuncia con la considerazione che gli appunti difensivi sequestrati "sarebbero comunque risultati inutilizzabili per la parte concernente la tutela del diritto alla difesa personale, trattandosi di prove illecitamente acquisite (art. 191)" e che la perquisizione funzionale all'apprensione degli stessi appunti "si risolve in una palese diretta violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto all'autodifesa"⁷⁹. Successivamente la Corte affermò che l'ipotesi della videoregistrazione domiciliare, che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni, potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie sancite dall'art. 14 Cost. e quindi, in assenza di una disciplina legislativa, costituisce un'ipotesi di violazione del domicilio al di fuori dei casi previsti dalla legge, cioè una prova atipica, inammissibile perché incostituzionale⁸⁰. Infine, la Corte ha precisato che, in mancanza di una norma che consenta o disciplini l'attività investigativa nel domicilio, soddisfacendo la doppia riserva di legge e di giurisdizione *ex art. 14, co. 2, Cost.*, la ripresa domiciliare deve ritenersi "radicalmente vietata, proprio perché lesiva dell'inviolabilità del domicilio, sancita dal c. 1 dello stesso art. 14 Cost.; mentre i risultati delle riprese effettuate in violazione del divieto rimarrebbero inutilizzabili"⁸¹.

Da parte loro, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno saputo distinguere, affermando l'utilizzabilità *in bonam partem* delle intercettazioni inutilizzabili, in modo che "restano escluse [...] dalla sanzione dell'inutilizzabilità, alla stregua della *ratio* della disposizione, ispirata alla tutela del diritto di difesa, le dichiarazioni favorevoli al soggetto che le ha rese ed a terzi, quali che essi siano, non essendovi ragione alcuna di escludere dal materiale probatorio elementi che con quel diritto non collidono"⁸².

Le Sezioni unite hanno anche riconosciuto l'inutilizzabilità delle prove incostituzionali. Essa ha dichiarato nulla la perquisizione effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e non nei "casi" e nei "modi" stabiliti dalla legge ed inutilizzabile il sequestro eseguito in esito ad essa, trattandosi di "un procedimento acquisitivo della prova che reca l'impronta ineludibile della subita lesione ad un diritto soggettivo, diritto che, per la sua rilevanza costitu-

⁷⁹ Corte cost., n. 229 del 98, in *Cass. pen.*, 1998, 2847 s.

⁸⁰ Corte cost., n. 135 del 2002, *Cass. pen.*, 2002, 2285.

⁸¹ Corte cost., n. 149 del 2008, *Giust. pen.*, 2008, 342.

⁸² Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, Carpanelli e altri, in *Cass. pen.* 1997, 2428.

zionale, reclama e giustifica la più radicale sanzione di cui l'ordinamento processuale dispone, e cioè l'inutilizzabilità della prova così acquisita in ogni fase del procedimento"; salvo che ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 253, comma 1, c.p.p., nella quale il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, costituendo un atto dovuto, rende del tutto irrilevante il modo con cui ad esso si sia pervenuti⁸³.

In altra occasione, le Sezioni unite hanno affermato che, in materia di intercettazioni telefoniche, l'inutilizzabilità va riferita solo alla violazione delle norme degli artt. 267 e 268 c. 1 e 3, c.p.p., mentre le eventuali illegittimità formali (come quelle relative a violazione delle altre previsioni del citato art. 268 o alla mancata motivazione del decreto autorizzativo) ne determinano, semmai, l'invalidità⁸⁴.

Ancora le Sezioni unite hanno precisato che il divieto di utilizzazione previsto dall'art. 271 c.p.p. è riferibile anche all'acquisizione dei tabulati telefonici tutte le volte che avvenga in violazione dell'art. 267 c.p.p., cioè in assenza del prescritto decreto motivato, aggiungendo che rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p. non solo quelle oggettivamente vietate, ma anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati in modo specifico dalla Costituzione, come nel caso degli artt. 13, 14 e 15, in cui la prescrizione dell'inviolabilità attiene a situazioni fattuali di libertà assolute, di cui è consentita la limitazione solo nei casi e nei modi previsti dalla legge⁸⁵.

Su un altro punto le Sezioni unite hanno chiarito che l'art. 191 c.p.p. è applicabile pure alle c.d. "prove incostituzionali", perché "assunte con modalità lesive dei diritti fondamentali dell'individuo, costituzionalmente protetti; prove come tali colpite dalla patologia irreversibile dell'inutilizzabilità, a prescindere dal fatto che la legge contempra divieti espliciti al loro impiego nel procedimento. Non è necessario, infatti, che le garanzie siano puntualmente previste nel testo normativo che disciplina una materia; possono rinvenirsi in altre norme o nei principi generali, anche contenuti nella Carta costituzionale, che disciplinano le attività processuali (arg. da sentenza Corte cost. n. 34 del 1973)"⁸⁶.

Ancora le Sezioni unite hanno riconosciuto la piena rilevanza della "categoria

⁸³ Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268 ss.

⁸⁴ Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, Manno, in *Giust. pen.*, 1999, III, 65 s. (fattispecie relativa a censura di asserita inutilizzabilità delle intercettazioni dovuta ad aspetti motivazionali dei relativi provvedimenti).

⁸⁵ Cass., Sez. un., 24 settembre 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, 465 ss.

⁸⁶ Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, *Guida dir.* 2000, 27, 58.

sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta "patologica", inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito"⁸⁷.

Sia pure implicitamente, le Sezioni unite hanno anche riconosciuto che "se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell'art. 14 Cost.) possa legittimare la produzione di materiale di valore probatorio e che inoltre per le riprese di comportamenti non comunicativi possano valere regole meno garantiste di quelle applicabili alle riprese di comportamenti comunicativi, regolate, come si è visto dagli artt. 266-271 del codice di rito. Per queste infatti occorrerebbe l'autorizzazione del giudice, ammessa solo per determinati reati, in presenza di condizioni particolari e con vincoli di vario genere, presidiati dalla sanzione dell'inutilizzabilità, mentre per le altre sarebbe sufficiente il provvedimento del P.m. (se non anche la sola iniziativa della p.g.) e mancherebbero regole di garanzia assimilabili a quelle previste per le intercettazioni di comunicazioni. Con la conclusione che mentre potrebbero essere per varie ragioni colpite da inutilizzabilità le riprese di comportamenti comunicativi ben difficilmente potrebbero esserlo le altre"⁸⁸.

Ancora le Sezioni unite hanno affermato che, qualora non siano osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268 c.p.p., l'inutilizzabilità dei risultati dell'intercettazione rappresenta una concreta attuazione dei precetti costituzionali posti a presidio della libertà e della segretezza delle comunicazioni, la cui inosservanza determina la totale "espunzione" del materiale processuale derivante dalle intercettazioni illegittime, che si concreta nella loro giuridica inutilizzabilità e nella loro "fisica eliminazione". Pertanto, l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, dichiarata nel giudizio penale, ha effetti anche nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione⁸⁹.

Infine altre Sezioni unite hanno ribadito che le intercettazioni dichiarate inutilizzabili a norma dell'art. 271 c.p.p. (nella specie per mancata osservanza delle disposizioni previste dall'art. 268, comma 3, c.p.p. per assenza di motivazione in ordine all'inidoneità od insufficienza degli impianti esistenti presso la

⁸⁷ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Mass. Uff.*, n. 216246.

⁸⁸ Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Guida dir.* 2006, 33, 51.

⁸⁹ Cass., Sez. un., 13 gennaio 2009, Racco, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 302.

procura della Repubblica), così come le prove inutilizzabili a norma dell'art. 191 c.p.p., non sono suscettibili di utilizzazione agli effetti di qualsiasi tipo di giudizio, ivi compreso quello relativo all'applicazione di misure di prevenzione⁹⁰.

15. *Il d. lgs. n. 216/2017: la riforma "sospesa" (per fortuna !)*. Non potendo in questa sede illustrare minuziosamente la disciplina *de lege ferenda*, dobbiamo limitarci a dei cenni sommari. In effetti, il legislatore, che aveva dichiarato di voler rendere più equilibrata la salvaguardia di interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale, volendo tutelare la *privacy*, ha invece rafforzato le esigenze connesse all'indagine e si è dimenticato di attuare, da una parte, la presunzione di innocenza dell'imputato, il quale dalle cronache giudiziarie è sempre descritto come il colpevole, dall'altra i diritti processuali della persona offesa dal reato, esclusa dalla procedura di selezione delle intercettazioni. La riforma, che era stata annunciata come la panacea di tutti i mali che finora colpivano questo mezzo di ricerca della prova, si è rivelata, invece, un complicato sistema di "trascrizioni sommarie" e "annotazioni" da parte della polizia giudiziaria (alla quale è attribuito il delicato compito di valutare la rilevanza, che, in prima battuta, è assai difficile), ma con successiva verifica ed eventuale decreto di "trascrizione coatta" del P.m., e un ulteriore macchinoso procedimento per l'acquisizione al fascicolo delle indagini, soltanto al fine di evitare che vi entri ciò che è irrilevante per le indagini; mentre l'accertamento del contenuto mediante la trascrizione peritale diventa un'eventualità e comunque sempre in dibattito soltanto per esigenze di *spending review*. Di conseguenza ci si deve affidare alla "sommatoria trascrizione" della p.g. non solo durante le indagini preliminari, ma pure in udienza preliminare e nei riti speciali, i quali saranno ovviamente disincentivati. In fondo si intravede una punta di sfiducia nei confronti della tenuta della segretezza delle segreterie delle Procure, dalle quali evidentemente si teme - ad onta del loro nome - una "fuga di segreti", dal momento che il materiale intercettativo non confluisce più, come prima automaticamente, nel fascicolo delle indagini, ma deve essere immediatamente avviato al più sicuro "archivio riservato", con un sistema complicatissimo, quando sarebbe bastato lasciare inalterato il sistema normativo, blindando le segreterie delle Procure della Repubblica per evitare l'indebita divulgazione di notizie.

La nuova disciplina introdotta dal d. lgs. n. 216/2017 ha stravolto il sistema su

⁹⁰ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049, nonché in *Guida dir.* 2010, 19, 45.

diversi punti, suscitando il malcontento di tutti: i pubblici ministeri criticano l'attribuzione alla polizia giudiziaria della prima valutazione sulla rilevanza delle comunicazioni e conversazioni intercettate. I penalisti denunciano la compromissione del diritto di difesa per l'impossibilità in pochi giorni di esaminare il materiale raccolto in mesi di intercettazioni. I giornalisti vedono nel nuovo provvedimento, che oblitera nell'"archivio riservato" notizie di pubblico interesse, un "bavaglio alla stampa". Ma quel che è peggio è che la riforma fa diventare eventuale la perizia trascrittiva, la quale, per giunta, può essere disposta solo nel dibattimento (art. 493-*bis* c.p.p.), con conseguenze che il legislatore non ha minimamente considerato. Infatti, l'imputato sarà costretto, in udienza preliminare, a scegliere i riti speciali dell'abbreviato o dell'applicazione della pena sulla base degli appunti sommari redatti dalla polizia giudiziaria. Inoltre, il dibattimento ne risulterà appesantito con una perizia che di solito durerà ben oltre sessanta giorni, con l'ulteriore sacrificio per la libertà personale dell'imputato che abbia la sventura di trovarsi in un processo in cui sia contestato taluno dei reati di cui all'art. 407, co. 2 lett. a), c.p.p., per il quale i termini di durata massima della custodia cautelare, a norma dell'art. 304, co. 2, c.p.p., possono essere sospesi, considerato che già oggi la giurisprudenza considera "particolarmente complesso" il dibattimento in cui è disposta la trascrizione delle intercettazioni⁹¹.

Originariamente la disposizione transitoria dettata dal d.lgs. n. 216 del 2017 stabiliva che gli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 si dovessero applicare "alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto" (art. 9), cioè dopo il 26 luglio 2018. Successivamente, il d.l. n. 91 del 2018, conv. dalla L. n. 108 del 2018 ha differito al 31 marzo 2019 e poi la L. n. 145/2018 a dopo il 31 luglio 2019; infine l'art. 9 d.l. n. 53/2019, conv. dalla L. n. 77/2019, ha differito l'efficacia delle stesse disposizioni a dopo il 31 dicembre 2019, quindi al 1° gennaio 2020, come pure è differita l'efficacia al 1° gennaio 2020 della disposizione relativa alla pubblicazione dell'ordinanza cautelare.

⁹¹ Cass., Sez. I, 22.4.2004, Calaiò, in *Mass. Uff.*, n. 228213, secondo la quale, pur facendosi riferimento all'espletamento di una perizia volta alla trascrizione delle intercettazioni riguardante la posizione di un imputato, la sospensione dei termini è disposta nei confronti di tutti gli imputati, trattandosi di elemento probatorio di natura oggettiva relativo al dibattimento; Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2003, Alvaro, in *Mass. Uff.*, n. 224869, con riferimento a perizia disposta in appello e concernente la trascrizione di intercettazioni telefoniche già espletata in primo grado; Cass., Sez. I, 12 maggio 1994, Bonacchi, in *Giur. it.*, 1995, II, 722.

16. *Qual'è oggi la disciplina vigente?* A ben vedere, al momento in cui scriviamo sono efficaci soltanto due disposizioni del d.lgs. n. 216/2017: quella che introduce il nuovo reato di cui all'art. 617-*septies* c.p., cioè diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 1 d.lgs. n. 216 del 2017) e l'altra che estende la disciplina speciale dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991, conv. con mod. dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, e quindi attenua i requisiti per l'autorizzazione all'intercettazione.

Infatti, il limite che, per l'intercettazione domiciliare, occorre il fondato motivo di ritenere che in quel domicilio si stia svolgendo l'attività criminosa, inizialmente posto dall'art. 6, co. 2, d.lgs. n. 216 del 2017, è venuto meno con l'abrogazione di tale comma da parte dell'art.1, co. 3, L. 9 gennaio 2019, n. 3, che ha pure inserito, in coda all'art. 266, co. 2-*bis*, c.p.p. (con efficacia differita quindi alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019), la possibilità di impiego del captatore informatico nei procedimenti relativi ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, integrando altresì l'art. 267 c.p.p.

Come si è detto, la L. 9 gennaio 2019, n. 3, ha inserito nell'art. 266, co. 2-*bis*, c.p.p., i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, che si aggiungono, quindi, a quelli di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., per i quali tutti, dunque, l'intercettazione con il captatore informatico sarà "sempre consentita" indipendentemente dal fatto che vi sia il fondato motivo di ritenere che nel domicilio sia in corso l'attività criminosa.

Anche nell'art. 267, co. 1, terzo periodo, c.p.p., ai reati di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., si è aggiunta la già menzionata categoria dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, per tutti i quali, quindi, il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non dovrà indicare i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

È indiscutibile che le modifiche apportate agli artt. 266 e 267 c.p.p. con la già menzionata L. n. 3 del 2019, benché formalmente in vigore dopo la ordinaria *vacatio legis*, non siano attualmente efficaci, essendo inserite in disposizioni la cui efficacia è sospesa fino al 31 dicembre 2019. Inoltre, trattandosi di frasi incidentali, di per sé prive di senso compiuto, inserite in disposizioni la cui efficacia è differita, non potrebbero comunque avere efficacia immediata.

Non può, tuttavia, farsi a meno di evidenziare che il legislatore, con questo meccanismo di “efficacia differita”, mostra tutte le sue contraddizioni perché per l’intercettazione dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni sarà “sempre” consentito *ex art. 266, co. 2-bis, c.p.p.* l’impiego del *trojan* (come per i reati di cui all’art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.), mentre per gli altri reati di criminalità organizzata non ricompresi nell’art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (ad es. le gravi fattispecie criminose di cui all’art. 416, co. 1, 2, 3, 4 e 5 c.p.) le intercettazioni mediante captatore potranno essere eseguite, ma qualora avvenissero nel domicilio, sarà necessario che il decreto di autorizzazione indichi “i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l’attivazione del microfono”. Di fronte a tale contraddittorio dato legislativo, va anzitutto osservato che la sentenza Scurato delle Sezioni unite non potrà continuare a trovare applicazione, dal 1 gennaio 2020, in riferimento ad un quadro normativo modificato, anche perché, se il legislatore avesse voluto estendere l’applicabilità del *trojan* a tutti i delitti di criminalità organizzata (così come avevano fatto le Sezioni Unite) lo avrebbe detto esplicitamente (*ubi voluit, dixit!*) o, più semplicemente, avrebbe fatto esplicito rinvio all’art. 13 citato. Ne consegue, pertanto, l’inapplicabilità della citata pronuncia nella parte in cui ha esteso l’operatività del *trojan* ai delitti “comunque facenti capo a un’associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato”.

In definitiva, al momento in cui scriviamo, non esiste una disposizione normativa efficace che preveda l’impiego del captatore informatico, giacché è sospesa l’efficacia sia dell’art. 266, co. 2 e 2-*bis*, c.p.p., sia dell’art. 267, commi 1, ult. periodo, e 2-*bis*, c.p.p.

L’intervento della citata L. n. 3 del 2019, poi, si è limitato ad abrogare il comma 2 dell’art. 6 d.lgs. n. 216/2017 (art. 1, co. 3) e ad interpolare le due menzionate disposizioni (cioè l’art. 266, co. 2 e 2-*bis* e 267, co. 1, ultimo periodo, e 2-*bis* c.p.p.), la cui efficacia è sospesa fino al 1° gennaio 2020 (art. 1, co. 4 lett. a) e b)).

Concludendo, ad oggi, l’impiego del captatore informatico, data l’inefficacia delle disposizioni normative, è ammissibile soltanto in forza della pronuncia delle Sezioni unite Scurato del 2016, nei procedimenti per i “delitti di criminalità organizzata, anche terroristica”, cioè quelli “elencati nell’art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, c. p. p. nonché quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato”, ma non per i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica ammini-

strazione. Infatti, la circostanza che ad essi si applichino, in ragione dell'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 216 del 2017, le regole dettate dal citato art. 13, non pare idonea a determinare un'estensione *in malam partem* del *dictum* della menzionata pronuncia.

17. *Conclusioni.* Si deve concludere che, a fronte di molte riforme “annunciate”, poche sono state quelle attuate e molte quelle “mancate”, oltre quella “sospesa”. Se poi esaminiamo la giurisprudenza su molti aspetti della disciplina che riguarda le intercettazioni, dovremmo sconsolatamente concludere che le poche modifiche attuate sono state stravolte dall'interpretazione giurisprudenziale, sicché, in definitiva, possono considerarsi “fallite”.

Tirando le fila del discorso, non è necessario tanto riformare la disciplina normativa in tema di intercettazioni, quanto, piuttosto, far sì che le vigenti disposizioni, già di per sé esaustive anche se per lo più risalenti all'impianto originario codice del 1988, siano interpretate dalla giurisprudenza alla luce della Costituzione e delle convenzioni sovranazionali.