

ANTICIPAZIONI

SANDRO FURFARO

Intercettazioni (profili di riforma) *

1. Premessa.

L'uso delle intercettazioni¹ e, più in generale, l'ingerenza dell'autorità nelle comunicazioni tra privati ha subito, almeno a far data dagli anni Settanta del secolo scorso un'evoluzione tale da potersi validamente sostenere che tale tipologia di indagine e di acquisizione della prova sia diventato il denominatore comune, non soltanto dei processi penali ma di tutto ciò che intorno al processo penale ruota come conseguenza o come prevenzione.

La materia è davvero *sui generis* e non solo dal punto di vista della classificazione delle prove². Averle dedicato una serie di norme caratterizzate da una maggiore presenza del giudice-terzo rispetto a quanto accade nel caso degli altri mezzi di ricerca della prova, ne mette in luce la caratteristica essenziale: l'intima correlazione tra atto di acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazione informatica o telematica e massiccio impatto con i diritti fondamentali sottostanti³.

Da tale prospettiva, l'intercettazione (o l'acquisizione subdola di dati, che è lo stesso) diventa qualcosa di particolare, che la qualifica principalmente dal punto di vista della capacità invasiva dei diritti alla riservatezza, al rispetto della vita domestica e di relazione, alla segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni in genere. Ogni classificazione per schemi è dunque destinata a fallire e a dovere fare i conti con la violazione che i suddetti diritti subiscono con mezzi invasivi che l'incedere della tecnica rende sempre più sofisticati. Ma se in relazione a tale aspetto può senz'altro dirsi che l'intercettazione e, quindi, l'acquisizione segreta di dati è, nell'essenza, un mezzo di ricerca della prova estremamente insidioso, in relazione al risultato – costituito, com'è noto, dalle comunicazioni intercettate – essa sfugge ormai anche al concetto di «mezzo» acquisitivo per risultare invece vera e propria prova da sottoporre a verifica⁴.

*** Il presente lavoro è destinato ad essere pubblicato nel *Dig. Pen.*, X Appendice.**

¹ Sul concetto di intercettazione e i limiti entro i quali essa è giuridicamente possibile, BARGI - FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in, *La prova penale*, a cura di A. Gaito, II, Torino, 2008, 109 ss.

² In tema, BARGI - FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., 115.

³ Su tali aspetti, BARGI, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. Pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 790 ss.; FURFARO, *Riservatezza*, in *Dig. Pen.*, Agg. IV, Torino, 2008, 1062 ss.

⁴ Sulla natura «anfibia» delle intercettazioni, ancora BARGI - FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, cit., 116.

Anche sul piano delle forme lo sforzo classificatorio condotto sugli schemi noti di qualificazione della prova è essenzialmente inutile in tema di intercettazioni. Se all'apparenza potrebbe sembrare che esse siano «documenti» e se, dal punto di vista dell'oggetto che le materializza, la conclusione potrebbe pure calzare stante l'ampio catalogo dell'art. 224 c.p.p., l'essenza narrativa e comunque comunicativa di esse smentisce la conclusione. Infatti, non appena si consideri l'oggetto della valutazione - nell'intercettazione, il contenuto registrato, il dialogo, le parole, come si diceva; nei flussi di comunicazione, ciò che resta di tratto scritto diffuso via filo - la prospettiva si amplia e l'assimilazione col documento scema e addirittura svanisce. In tali casi, il supporto magnetico o cartaceo costituisce soltanto ciò che contiene l'informazione mentre oggetto della valutazione è un altro e davvero si ha a che fare «con classi eterogenee, trattandosi, nel primo caso, di prove critiche artificiali ... e, nel secondo, di strumenti narrativi (il cui apprezzamento è legato ad un giudizio sull'attendibilità del dichiarante)»⁵. Dire, dunque, che il documento, nel caso dell'intercettazione «evolve» verso un «di più» è ontologicamente errato perché, in tal caso, è proprio il di più a costituire oggetto della valutazione. Un ritorno verso il documento potrebbe ipotizzarsi nel caso dell'acquisizione di dati e comunicazioni telematiche, esaltando magari il tratto scritto della comunicazione che rimane come traccia carpita all'etere, ma, anche in tal caso, lo sforzo sarebbe infruttuoso, in quanto, seppure è lo scritto che rileva, è il modo di apprensione di esso che si ripropone in termini di segretezza acquisitiva. Nonostante tali particolarità, esaltando tratti all'apparenza comuni - quali, l'intrusione inavvertita, la naturale riservatezza di ciò che si vuol captare, la segretezza dell'acquisizione del dato o della notizia - lo schema formale ipotizzato per l'intercettazione telefonica, non soltanto è stato ripreso per le intercettazioni tra presenti, ma, attraverso queste ultime, è stato esteso, con maggiore impatto sui diritti fondamentali, ad altre forme di intercettazione: alle riprese audiovisive all'interno della privata dimora o in luoghi destinati comunque ad essere preclusi all'esposizione generalizzata; alle comunicazioni informatiche e telematiche; da ultimo alle intercettazioni «ambulanti» che si realizzano mediante una microspia «portata a spasso» dal soggetto intercettato all'interno e fuori delle private dimore.

Tali estensioni determinano evidentemente l'invasione di spazi di vita privata sempre più ampi e ciò impone maggiore attenzione verso il rispetto dell'individuo nella sua libertà di vivere al riparo delle intrusioni altrui. Questo è il problema fondamentale delle intercettazioni: comportare l'invasione

⁵ BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, 176-177.

della sfera privata già del tutto compiuta prima degli sfoghi processuali e addirittura a prescindere da essi, con tutto ciò che consegue in relazione alle esigenze di tutela e di rispetto delle garanzie. In tale ambito, infatti, l'ampliamento delle possibilità di apprensione di dati offerto dallo sviluppo tecnologico e scientifico consente, con sempre maggiore facilità, la violazione degli spazi coperti dalla riservatezza e l'esperienza giudiziaria degli ultimi decenni registra la crescita esponenziale dell'utilizzazione di strumenti sempre più invasivi per l'acquisizione di rilievi, tracce, notizie, comportamenti umani più o meno utili a fini di indagine e di prova che, del tutto inimmaginabili in un non lontano passato, consentono a buon titolo di definire quella in cui si vive la «società della sorveglianza»⁶.

2. Il panorama normativo.

Per comprendere quanto le intercettazioni costituiscano quella che a buon titolo può definirsi la «struttura portante» di un generale sistema di sorveglianza, va ricordato che già nel codice di procedura penale, accanto alle intercettazioni-mezzi di prova (art. 266 e segg. c.p.p.), sono previste le intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante (poco importa se imputato o già giudicato), il cui contenuto, in forza del rimando all'art. 270 operato dall'art. 295, può essere utilizzato come prova. La disciplina di tali intercettazioni, per dettato normativo (art. 295 c.p.p.) non si discosta da quelle finalizzate alle indagini e alla prova, salva l'individuazione del giudice deputato all'autorizzazione, che, nel caso in cui latitante sia un condannato, è il giudice dell'esecuzione, «in quanto anche nella fase esecutiva non vengono meno le esigenze di garanzia della libertà e riservatezza delle comunicazioni con riferimento sia alla persona sottoposta al provvedimento che ad una non preventivamente determinabile pluralità di soggetti estranei al rapporto esecutivo»⁷.

Fuori dal codice, ma non per questo meno rilevanti anche per le possibili ricadute delle informazioni acquisite sulla *notitia criminis*, il sistema prevede le «intercettazioni preventive», autorizzate, senza l'intervento giurisdizionale, dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo, o, nel caso in cui tale luogo non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione, a seguito di richiesta del Ministro degli Interni, o su sua delega, i responsabili dei servizi centrali o interprovinciali di polizia e del questore del

⁶ SURACE, *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di internet*, in www.altrodiritto.unifi.it.

⁷ Cass., Sez. I, 26 febbraio 2003, Calabrò, in *Mass. Uff.*, n. 223993; Id., Sez. I, 18 ottobre 2000, P.M. in c. Mangia, *ivi*, n. 217949.

direttore della DIA, quando esse siano necessarie per l'attività di prevenzione e di informazione in ordine ai reati previsti dagli artt. 51, co. 3-*bis* e 407, co. 2, lett. "a", n. 4 c.p.p. (art. 226 disp. att. c.p.p.). La previsione che i risultati di tali intercettazioni, «fatti salvi i fini investigativi», sono privi di ogni valore ai fini processuali e non possono essere menzionati in atti di indagine o essere oggetto di deposizione, indubbiamente giustifica l'assenza di garanzia giurisdizionale ma aggrava il problema di fondo delle intercettazioni, costituito dall'invasione - stavolta senza possibilità di controlli - della vita privata.

All'impianto originario delle intercettazioni-prova, l'art. 13 del d.l. n. 152 del 1991 (convertito con modifiche dalla l. n. 200 del 1992 e ancora modificato dall'art. 3-*bis* del d.l. n. 133 del 1992 e dall'art. 23 l. n. 63 del 2001) ha affiancato (per così dire) una disciplina particolare per le indagini concernenti i «delitti di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono», attenuando i presupposti richiesti per poter procedere ad intercettazione. In conseguenza di ciò, l'intercettazione può essere richiesta ed autorizzata, non già laddove essa sia «assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini» (così l'art. 267, co. 1 c.p.p.), ma semplicemente «necessaria per lo svolgimento delle indagini» e in presenza di un quadro probatorio che, diversamente da quanto previsto dal cit. art. 267, non sia costituito da «gravi indizi», bensì solo da «sufficienti indizi» di reato. In sintonia con tale diminuito spessore dei presupposti applicativi, la disposizione in esame: *a)* ha dilatato il tempo di durata delle intercettazioni, passata che dai canonici quindici giorni prorogabili ai quaranta prorogabili praticamente *sine die*; *b)* ha stabilito che quando si tratta di intercettazioni «ambientali» (*rectius*: di quelle da effettuare nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.), l'intercettazione, diversamente da quanto previsto dall'art. 266, co. 2 c.p.p., è consentita «anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa».

Nel corso degli anni, la disciplina ora detta è stata estesa ai procedimenti per altre tipologie di reato. E si ha che essa si applica ai procedimenti per i delitti con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico; ai delitti previsti dagli artt. 600-604 c.p. (riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, tratta e commercio di schiavi, alienazione e acquisto di schiavi); ai delitti di cui all'art. 3 l. n. 75 del 1958 (sfruttamento della prostituzione); con qualche limitazione soltanto per ciò che riguarda l'uso del captatore informatico, anche ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

L'esigenza di evitare gli eccessi intercettativi, soprattutto per l'uso delle infor-

mazioni acquisite e la conseguente esposizione dei soggetti coinvolti a veri e propri linciaggi mediatici, ha determinato l'emanazione della l. n. 271 del 2006, che, rubricata «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche», in verità tutto ha fatto tranne che riordinare davvero la materia, ingenerando, anzi, più di una perplessità interpretativa con l'introduzione, nel panorama delle patologie delle intercettazioni, delle «intercettazioni illegali»⁸. Innovando l'art. 240 c.p.p., la legge ora detta ha introdotto un procedimento specificamente volto alla «distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti» ovvero «formati attraverso la raccolta illegale di informazioni», ed ha positivamente previsto quale nuovo parametro di validità delle intercettazioni, appunto, la «legalità», tanto nell'acquisizione, quanto nella formazione di esse. E' evidente che l'intervento legislativo ha rilievo pressoché sostanziale, elaborato a contrastare e reprimere la divulgazione dei contenuti delle «intercettazioni illecitamente effettuate» nonché dei «documenti formati attraverso la raccolta illegale di informazioni». Ciononostante, i concetti di «formazione» e di «acquisizione» illegali dell'intercettazione non possono non costituire oggetto di riflessione, in quanto presuppongono l'individuazione positiva della «formazione» e della «acquisizione» legale di essa, che, in prospettiva di inquadramento dei limiti di sostenibilità dell'invasione della sfera privata, risulta di un certa utilità, non fosse altro che per riaffermare che l'inutilizzabilità di qualsivoglia prova si riferisce, tanto ai casi in cui la prova non poteva essere acquisita («Beweiserhebungsverbot», secondo la dottrina tedesca), quanto a quelli nei quali era, sì, acquisibile, ma siccome acquisita contro la regola, non è valutabile («Beweisverwertungsverbot»)⁹ e che, per ciò che riguarda le intercettazioni, non si ferma ai casi considerati dall'art. 271 c.p.p. Di recente, l'endemica diffusione di notizie aventi ad oggetto il contenuto delle intercettazioni e l'apparizione tra i sistemi di acquisizione del «captatore

⁸ In tema, BRICHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, *GD.*, 2006, n. 47,18; MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo approvato con "riserva"*, *ibidem*; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, *DPP*, 2007, 153; RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, *GP*, 2007, III, 651; GAFFO, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, in *Osservatorio del processo penale*, 2007, n. 1, 1.

⁹ La distinzione è stata oggetto di particolare attenzione dalla dottrina portoghese proprio a seguito della promulgazione, nel 2007, di una legge nuova disciplina delle intercettazioni in quel Paese. In tema, LAMAS LEITE, *Entre Péricles e Sisifo: o novo regime legal das escutas telefônicas*, *Rev. Port. Ciencia Criminal*, 2007, 613-635.

informatico»¹⁰ - strumento che, per le sue potenzialità, consente l'estensione delle possibilità di captazioni dei dialoghi tra presenti¹¹ - hanno sollecitato il legislatore che, col d.lgs. n. 216 del 2017: *a)* è intervenuto sulla fase di trascrizione e di conservazione delle intercettazioni, in vista della tutela della riservatezza; *b)* ha disciplinato l'uso del captatore informatico, incidendo, in tal modo, sul contenuto del decreto esecutivo; *c)* ha introdotto il nuovo art. 617 *septies* c.p., titolato «Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente»; *d)* ha innovato qualche norma del codice di procedura, soprattutto in tema di tutela dei colloqui difensivi e di segreto. Nulla però è cambiato in relazione ai presupposti, se non che, come detto, la disciplina prevista per le intercettazioni nei procedimenti di criminalità organizzata è stata ulteriormente estesa, sia pure con alcune limitazioni, anche ai procedimenti relativi ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Le innovazioni apportate alla disciplina delle intercettazioni-prova possono così riassumersi: *a)* il divieto, già previsto dall'art. 103 c.p.p., di attività diretta di intercettazione nei confronti del difensore è esteso e l'inutilizzabilità delle eventuali acquisizioni ampliata, prevedendo altresì che il coinvolgimento, anche solo occasionale, del difensore nell'attività di ascolto legittimamente eseguita, non possa condurre alla verbalizzazione delle relative comunicazioni o conversazioni; *b)* è introdotto il divieto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni ritenute, per l'oggetto e i soggetti coinvolti, irrilevanti per le indagini, nonché di quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, sempre che non siano ritenute rilevanti dal p.m. a fini di prova (art. 268, co. 2 *bis* c.p.p.), ferma restando, però, la facoltà del

¹⁰ ABBAGNALE, *Il captatore informatico*, *AP*, 2016, 458, definisce così lo strumento: «Il captatore informatico, o trojan o spyware, è un software altamente intrusivo che si impossessa occultamente dei nostri dispositivi rendendoli trasparenti e accessibili agli inquirenti e che trasforma smartphone, tablet e computer, grazie ai loro sensori, in onnipresenti microspie. In questo è possibile monitorare sia il flusso di comunicazioni riguardanti sistemi informatici o telematici, sia il contenuto, consentendo l'acquisizione, mediante copia, di dati presenti o futuri all'interno delle memorie di un dispositivo informatico, e ciò in assoluto "silenzio" rispetto alle possibilità per l'utente di rendersene conto».

¹¹ Secondo Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, *AP*, 2016, 301, «Nei luoghi di privata dimora di cui all'art. 614 c.p., pur se non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, è consentita l'intercettazione di comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (personal computer, tablet, smartphone, ecc.), limitatamente ai procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, intendendosi tali quelli elencati nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., con esclusione del concorso di persone nel reato». In tema, GAITO - FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulant": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Torino, 2017, 552; FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia*, *AP*, 2016, 448.

p.m. di disporre, con decreto motivato, che le tali comunicazioni e conversazioni siano trascritte nel verbale di ascolto se ritenute rilevanti per i fatti oggetto di prova o se necessarie allo stesso fine laddove attengano a dati personali sensibili (art. 268, co. 2 *ter*); *c*) è prevista una nuova disciplina del deposito degli atti riguardanti le intercettazioni e la selezione di esse, con l'introduzione di una procedura sviluppata in due fasi con epiloghi diversi a seconda che il materiale d'intercettazione sia stato già utilizzato per l'emissione di un provvedimento cautelare. In sintesi: fermo restando che entro cinque giorni dall'esecuzione delle operazioni (e comunque non oltre la conclusione delle indagini preliminari) il p.m. deposita le intercettazioni con gli atti relativi e forma un elenco di esse che ritiene rilevanti a fini di prova, dandone avviso ai difensori delle parti (art. 268-*bis* c.p.p.), l'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini è disposta dal p.m. nel caso in cui le conversazioni siano state utilizzate per l'adozione di una misura cautelare (art. 268-*ter*, co. 1) mentre laddove ciò non avvenga, si avvia un procedimento che inizia con la richiesta di acquisizione delle intercettazioni contenute nell'elenco detto che il p.m. rivolge al g.i.p., dandone avviso ai difensori, i quali, nel termine di dieci giorni dalla ricezione dell'avviso, hanno facoltà di chiedere al g.i.p. altre intercettazioni; *d*) a tal fine, i difensori hanno facoltà di accedere all'archivio riservato, previsto dal nuovo art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., per esaminare, ma non copiare, le intercettazioni, fino alla conclusione della procedura di acquisizione e tale facoltà ha ovviamente pure il g.i.p. ai fini della decisione (artt. 268 *ter*, co. 2-6, 268-*quater*); *e*) mediante aggiunte agli artt. 266, 267, 268 c.p.p. e 89 disp. att. c.p.p., sono disciplinate le intercettazioni mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, prevedendo, in particolare, che tali dispositivi non possano essere mantenuti attivi senza limiti di tempo e di spazio, dovendo invece essere attivati da remoto secondo le indicazioni del decreto esecutivo emesso dal p.m., con l'obbligo di disattivazione laddove l'intercettazione avvenga in ambiente domiciliare, a meno che non vi sia prova che in tale ambito si stia svolgendo l'attività criminosa oggetto dell'indagine o che l'indagine stessa non riguardi i delitti più gravi, tra i quali, come s'è detto, quelli di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.

3. Tendenze involutive.

Si è accennato alle deviazioni rispetto alla disciplina codicistica previste dall'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 e si è visto, sia pure per sommi capi, in che cosa esse divergano e come la relativa disciplina sia stata estesa ad altre tipologie di reato, fino a toccare l'impianto del codice con la possibilità di intercettazione a mezzo di captatore informatico. In tal modo, ci si sta avviando verso

la realizzazione del progressivo superamento dei limiti originariamente posti all'uso delle intercettazioni, con la conseguenza che, nonostante sia vero che, pur tra tanti distinguo e con qualche procedura alquanto farraginoso, un certo interesse per la riservatezza altrui ha trovato spazio nelle leggi di riforma che si sono succedute, è parimenti vero che in punto di effettività dei controlli processuali nulla si registra nelle riforme, dovendosi registrare, anzi, un marcato disinteresse del legislatore verso tale aspetto, nonostante gli approdi processuali cui le intercettazioni di qualsiasi genere sono destinate. Ciò che immediatamente si coglie, infatti, è che, anche quando ha tentato di mettere mano a qualcosa, il legislatore ha sempre evitato, tanto di predisporre sanzioni precise processualmente sanzionate, quanto di offrire serie possibilità di controllo che non si risolvano nelle solite petizioni di principio *pour épater les bourgeois*.

Prima di affrontare gli aspetti più rilevanti e problematici della disciplina, sembra necessario rimarcare un dato: lo statuto delle intercettazioni relative alle indagini concernenti la criminalità organizzata, pur ponendosi evidentemente come legge speciale (*ratione materiae*) rispetto alla disciplina codicistica, ha assunto connotazione tale che può pacificamente affermarsi, non solo che su di esso si è affermata (e quotidianamente si conferma) la prassi, ma che proprio le disposizioni ivi previste si pongono come canoni di riferimento degli interventi normativi in tema di presupposti e di controlli. Secondo un procedere di progressiva estensione del particolare, si sta realizzando la stabilizzazione di tutta quanta la materia delle intercettazioni su ciò che è meno garantito. È indubbio che ciò costituisca serio momento di riflessione per chi ancora crede nel rispetto delle regola alla luce dei principi, ma è parimenti indubbio che, in tal modo, finalmente viene fuori il vizio di fondo che ha sempre caratterizzato la disciplina delle intercettazioni: la lacunosità essenziale in ordine alle garanzie e ai controlli processuali. Può dirsi, anzi, che è il confronto con le disposizioni speciali che via via si espandono a mettere in luce tutte le diverse problematicità di una normazione che ha sempre risentito di un approccio al tema della tutela e delle garanzie processuali assolutamente minimalista. Avere delineato, il Codice del 1988, un sistema di captazione occulta che si è detto «delicato» sol perché la captazione è subordinata all'autorizzazione al giudice-terzo in luogo dell'attività diretta da parte dell'organo dell'accusa, sconta una certa miopia di fondo in relazione a due peculiari aspetti: considerare tutte le captazioni di dati e di notizie secondo il riferimento alle intercettazioni telefoniche, da un lato, e affidare tutta la fase esecutiva alla gestione dell'organo dell'accusa, dall'altro. Si verifica, infatti, che, mentre il sistema delle autorizzazioni, confezionato esclusivamente sul

paradigma delle intercettazioni telefoniche (con quelle ambientali, forzatamente a seguito), rimane del tutto insensibile all'incombere di forme più invasive di intercettazione che meriterebbero ben altra considerazione, la gestione di tutta l'attività esecutiva, rimessa all'organo dell'accusa, comporta situazioni di vero e proprio degrado di garanzia una volta scelta la via del preventivo controllo giurisdizionale.

Le conseguenze di tali distorsioni sono evidenti. Già la mancanza di una disciplina delle intercettazioni ambientali in relazione all'apposizione dello strumento di captazione (la microspia) all'interno dei luoghi di privata dimora o a quelli ad essa equiparati, ovvero anche in luoghi aperti al pubblico ma con ambiti riservati¹², costituisce una vistosa lacuna nella disciplina codicistica. Essa, per altro, ha determinato l'insorgere e il perpetuarsi di un ulteriore notevole disagio interpretativo laddove a tale tipo di intercettazioni è stato assimilato quello effettuato all'interno dei medesimi luoghi con strumenti di captazione di immagini. Si tratta di sintomi di una più vasta mancanza, tanto di coerenza rispetto ai fenomeni, quanto di garanzia e di controlli che, però, il legislatore non coglie, e la prassi gestisce a colpi (di giri) di parole - quali, ad esempio, l'assimilabilità delle videoriprese all'intercettazione allorquando vi siano da acquisire «comportamenti a carattere comunicativo»¹³, nel caso della captazione di immagini; l'omnicomprensività del decreto di autorizzazione alle intercettazioni, nel caso delle intercettazioni ambientali¹⁴; la presunzione dell'uso dell'istradamento pur senza la specifica indicazione nel decreto esecutivo¹⁵ - che sembrano soddisfare la bisogna, nonostante le garanzie e i controlli sulle intercettazioni costituiscano garanzie e controlli sulla prova, oltre che forme di tutela della vita privata.

Al fondo, esiste purtroppo un dato significativo e inquietante insieme: l'enorme impatto - non sempre equivalente alla concreta rilevanza probatoria - che le captazioni segrete hanno nei processi. Come se non sussistessero altri metodi di indagine - che non si può dire che siano infruttuosi se, privilegiata da subito l'intercettazione, ad essi quasi mai si mette mano - di intercettazioni vivono ormai i processi, e di esse sostanzialmente si discute. In considerazione di tale impatto, il legislatore, costantemente e anche da ultimo, ha affronta-

¹² Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, *Dir. pen. proc.*, 2006, 1331, ha riconosciuto violato il diritto alla riservatezza superando gli schemi di cui all'art. 14 e 15 Cost. nel caso di riprese audio e video effettuate all'interno del *privé* di un locale pubblico.

¹³ Corte cost., n. 135 del 2002.

¹⁴ Cass., Sez. VI, 8 maggio 1992, Corvasce, in *Cass. pen.*, 1994, 1028; Id., Sez. VI, 20 febbraio 1991, Morabito, *ivi*, 1992, 1564.

¹⁵ Cass., Sez. II, 25 giugno 2010, Gega, in *Giur. it.*, 2011, 177.

to il tema in modo del tutto contraddittorio: ponendo attenzione quasi esclusivamente alla diffusione *usque ad sidera* dei contenuti captati, ma senza far nulla per frenare l'uso delle intercettazioni e, anzi, ampliando la possibilità di ricorrere ad esse. L'estensione della disciplina prevista dall'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 ai procedimenti per reati che con la criminalità organizzata comune o terroristica non hanno alcun rapporto, fino a ricomprendere anche i reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, è un chiaro sintomo di ciò. Così come è chiaro il messaggio: le intercettazioni non si toccano; esse, anzi, si favoriscono e, per giunta, nella disciplina meno garantita, nonostante ciò determini un maggior flusso di informazioni, rispetto alle quali è ovviamente più facile la violazione della riservatezza. Un controsenso, per certi versi. Ed è evidente che, dicendo ciò, non si vuol dire che gli interventi legislativi dovessero costringere l'utilizzazione dello strumento captativo per evitare la diffusione dei dialoghi intercettati. Ciò che si vuol dire è semplicemente che, riformata la materia per ovviare alla violazione della riservatezza, si sarebbe dovuto comunque affrontare e risolvere il problema dei limiti entro i quali contenere l'uso delle intercettazioni secondo schemi che avessero come riferimento l'essenzialità di esse ai fini della prova, e non pure estendere la disciplina speciale che costituisce la negazione stessa di ogni limite, non soltanto in punto di presupposti.

Qui, però, risiede la vera essenza degli interventi legislativi (e il vero problema): tentare di salvaguardare il minimo etico della riservatezza e, nel contempo, avanzare progressivamente verso quella normalizzazione della disciplina speciale di cui s'è detto e, in tal modo, verso la promozione delle intercettazioni come mezzo di indagine, sempre meno sottoposto ai controlli e anche alla verifica preventiva del giudice-terzo. Ognun vede, infatti, come, ai fini dell'autorizzazione ad intercettare, ben altra ponderazione deve compiere il g.i.p., laddove, a tenore dell'art. 267, co. 1, c.p.p., è tenuto a valutare l'esistenza di «gravi indizi» di esistenza di un reato - con la specificazione che «nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza si applicano le disposizioni degli articoli 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271 comma 1»¹⁶ - e che le intercettazioni siano «assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini», mentre, a norma dell'art. 13 cit., deve soltanto valutare la sussistenza di «sufficienti indizi di reato» e la necessità del mezzo invasivo «per lo svolgimento delle indagini». È evidente che, se la finalità di «svolgi-

¹⁶ E ciò comporta l'applicazione delle regole valutative proprie della prova cautelare e della sanzione dell'inutilizzabilità dei dati dimostrativi acquisiti in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, in *Mass. Uff.*, n. 220093).

mento» (e non di «prosecuzione») delle indagini definisce e giustifica una situazione di fatto caratterizzata dalla non indispensabile esistenza di una già avviata indagine rispetto alla quale lo strumento invasivo risulti necessario – ben potendo sulla scorta di mere informazioni comunque controllabili e non vietate darsi corso all’intercettazione¹⁷ – il giudizio di sufficienza indiziaria consente il ricorso a qualsivoglia genere di approssimazione, a nulla rilevando neppure gli eventuali vizi dell’atto rilevanti ai fini della valutazione della serietà indiziaria della richiesta di intercettazione che lo richiami o che sia ad essa allegato¹⁸. In tal caso, la motivazione del decreto autorizzativo sui sufficienti indizi di reato è soddisfatta anche dalla sintetica illustrazione degli elementi essenziali di indagine¹⁹, senza alcun altro elemento che qualifichi la probabilità che un reato stato perpetrato. Detto in altri termini, siccome non deve essere compiuta alcuna valutazione sul fondamento dell’accusa²⁰, né sulla sussistenza di elementi di reità a carico di taluno assimilabili agli indizi di colpevolezza²¹, né è necessario che taluno sia individuato²², tutto davvero è possibile e la motivazione del provvedimento autorizzativo, lungi dal costituire una effettiva funzione di garanzia si risolve davvero nella mera affermazione della ritenuta (dagli organi inquirenti) esistenza di un fatto integrante taluna delle fattispecie rientranti nel catalogo di applicazione della disposizione speciale. All’arretramento del substrato probatorio che legittima l’uso delle intercettazioni fa il paio, poi, l’estensione delle possibilità di ricorrere alle intercettazioni ambientali anche senza il fondato motivo che in quei luoghi si stia svolgen-

¹⁷ La costante giurisprudenza di legittimità ritiene che naturalmente tali mezzi di ricerca della prova vengano disposti «nella fase iniziale delle indagini, quando gli elementi in possesso degli inquirenti sono limitati, e lo strumento viene utilizzato proprio al fine di acquisire più chiari e validi elementi» (Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, *Cass. pen.*, 2001, 69).

¹⁸ Come avviene, ad esempio, nel caso delle dichiarazioni spontanee rese dall’indagato a norma dell’art. 350, co. 7, c.p.p. (o di quelle rese dalle persone offese in altri procedimenti) non documentate nelle forme di cui all’art. 357, co. 2 e 3, c.p.p., ma solo annotate sommariamente dalla polizia giudiziaria in forma libera e sostanzialmente incontrollabile. Secondo Cass., Sez. I, 20 giugno 2014, Iacobazzi, in *Mass. Uff.*, n. 261093, tali dichiarazioni possono essere utilizzate *erga alios* quali indizi nella fase delle indagini preliminari ai fini dell’autorizzazione all’intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche nell’ambito di procedimenti per delitti di criminalità organizzata, non ricorrendo, nel caso, alcuna ipotesi di inutilizzabilità generale o specifica. Nello stesso senso, Cass., Sez. II, 1 luglio 2005, Scrugli, in *Mass. Uff.*, n. 231662.

¹⁹ E il provvedimento adottato e può legittimamente recepire le risultanze delle informative redatte dalla polizia giudiziaria (tra le tante, Cass., Sez. I, 22 aprile 2010, S.F., in *Mass. Uff.*, n. 257209; Id., Sez. VI, 6 dicembre 2002, Moxhaku, *ivi*, 223283).

²⁰ Così, tra le tante, Cass., Sez. III, 2 dicembre 2014, Carrara e alt., in *Mass. Uff.*, n. 263044; Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2010, Morabito, *ivi*, 246688; .

²¹ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2013, D’Agostino e alt., in *Mass. Uff.*, n. 258613; Id., Sez. V, 8 ottobre 2003, Liscai, *ivi*, 227053.

²² Cass., Sez. II, 1-3-2005, Gatto, *Guid. Dir.*, 2005, 35, 82.

do l'attività criminosa. Tale previsione, infatti, chiude il cerchio dell'apparente verifica rimessa al g.i.p. e, quindi, del potenziale arbitrio che caratterizza la disciplina che, originariamente in deroga, costituisce la direttrice degli interventi di riforma. L'assenza di alcun riferimento ad evenienze effettive che correlino luoghi e fatti rilevanti determina l'impossibilità di individuare situazioni comunque inquadrabili in un qualsivoglia concetto cui fare riferimento per intraprendere o sviluppare vie interpretative. L'unico dato che risulta rilevante dal testo della norma è che si tratta, ovviamente, di luoghi privati ma in punto di individuazione della situazione legittimante l'invasione - il *locus*, cioè, quale spazio del *crimen* o a questo riferibile - nessun elemento utile è offerto²³. Se a ciò si aggiunge la specificità che attiene all'esecuzione delle intercettazioni ambientali rispetto agli altri tipi di intercettazioni e che attiene all'invasione fisica degli spazi privati e, come detto, alla possibilità delle videoriprese in tali spazi, si nota come il disinteresse del legislatore verso la definizione di tali situazioni e, correlativamente, verso i controlli e le garanzie non può che avere, purtroppo, il senso che si è detto. E' vero che gli inevitabili scrutini di costituzionalità della norma ordinaria su tali aspetti si sono tutti risolti con un nulla di fatto, ma è parimenti vero che nel dichiarare manifestamente infondate le questioni sollevate, la Corte costituzionale ha sottolineato: *a)* quanto all'autorizzazione autonoma per la violazione del domicilio, che comunque è necessario che «la determinazione delle modalità operative delle c.d. intercettazioni ambientali - anche per quanto attiene, dunque, all'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo di privata dimora per la collocazione degli apparati di captazione sonora - non resti affidata alla polizia giudiziaria, ma spetti piuttosto al giudice ed al pubblico ministero nell'ambito delle rispettive competenze»²⁴; *b)* quanto alle videoriprese, che, nonostante la netta distinzione delle intercettazioni ambientali - poiché le prime attengono alla libertà domiciliare, e le ambientali, invece, alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni - seppure non disciplinate specificamente dalla legge non sono precluse in modo assoluto dall'art. 14 Cost. stante «l'assenza di un esplicito divieto» e la natura di esse che «ben può configurarsi come una forma di intercettazione di comunicazioni tra presenti, alla quale è applicabile in via interpretativa, la disciplina legislativa della intercettazione ambientale in luoghi di privata dimora

²³ E ciò è tanto vero che in una delle poche decisioni di legittimità nella quali si fa riferimento alla deroga in esame - la lontana Cass., Sez. VI, 16 maggio 1997, Pacini Battaglia, in *Mass. Uff.*, n. 210045) - l'accenno è per definire l'ambito della criminalità organizzata e non pure per proporre, sia pure in via d'ipotesi, alcun esigenza che valga ad individuare un collegamento qualificato tra luogo privato e attività delittuosa.

²⁴ C. Cost., n. 251 del 2004.

[allorquando]sia finalizzata alla captazione di comportamenti a carattere comunicativo»²⁵, con la conseguenza che tale mezzo di ricerca della prova rientra nel novero dell'attività disciplinata dall'art. 266, co. 2, c.p.p., anche se distinto dalle intercettazioni rituali²⁶.

Si avrà modo, in seguito, di indugiare segnalando le assenze del legislatore in relazione ai due profili or detti. Per il momento, v'è solo da rilevare come l'intercettazione «ambulante» sembra essere un ulteriore effetto della tensione verso una generale normalizzazione delle intercettazioni secondo lo schema meno garantito. Cos'altro è, infatti, il captatore informatico se non, come si diceva, una microspia portata a spasso dal soggetto intercettato all'interno e fuori dalla private dimora che consente possibilità preventive di ascolto, diversamente prive di finalità probatorie?

Da tutti gli indicatori fin qui considerati si ricava il *fil rouge* che, attraverso una progressione costante, ha mosso negli anni l'interesse del legislatore, tanto laddove è intervenuto, quanto laddove, nonostante i richiami della dottrina e le sollecitazioni della Corte costituzionale, è rimasto silente: superare la concezione delle intercettazioni come mezzo di prova che completa l'indagine, promuovendo, invece, lo strumento captativo come normale mezzo di indagine. Nulla di male - sia chiaro - se non fosse che, così facendo, ritorna prepotentemente il problema della sorveglianza indiscriminata del consorzio civile, in quanto, senza la fissazione di precisi limiti generali che abbiano ad oggetto, innanzi tutto, il tempo dell'intervento captativo rispetto allo sviluppo dell'indagine; poi, la proporzione tra interessi in gioco, infine, l'effettività dei controlli in itinere e postumi, il rischio che si corre è che la facilità con cui è possibile intercettare - si intende: la facilità con la quale le norme consentono che taluno o determinati luoghi siano sottoposti ad intercettazione - determini che l'esigenza di acquisire la prova di un reato si risolva nella sorveglianza continua della società²⁷.

²⁵ C. Cost. n. 135 del 2002, cit.

²⁶ Su tali conclusioni, Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.

²⁷ Per avvedersi di quanto tale controllo in parte già accada, basta uno sguardo sui processi c.d. di criminalità organizzata, laddove le captazioni ambientali o telefoniche non hanno mai fine e spesso si discute di dialoghi intercettati nel 2016 su utenze o luoghi sottoposti ad intercettazione dieci anni prima. Ciò, nonostante la «Dichiarazione ufficiale del Parlamento europeo», emessa nella Sessione plenaria del 16 settembre 1998, concernente le relazioni transatlantiche, abbia *apertis verbis* affermato che «Il punto di vista secondo cui l'intercettazione di tutte le comunicazioni rappresenterebbe la miglior protezione contro la criminalità organizzata sarebbe contrario all'articolo 8 C.e.d.u. anche se fosse ammesso dalla legislazione statale [in quanto] un sistema dei servizi d'informazione che captasse qualsiasi comunicazione costituirebbe comunque una violazione del principio di proporzionalità», e la Corte europea, icasticamente sottolineato come qualsiasi sistema segreto di sorveglianza, pur finalizzato al mantenimento dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale, deve essere sempre supportato da concreta necessità

4. Riforme e ambiti di tutela: a) riservatezza vs. prova.

Le tendenze or dette hanno condotto ad un sistema nel quale, più che di equilibrio tra tutela della riservatezza e garanzia della prova, deve dirsi di pericoloso equilibrismo. Come avviene quando si tira la coperta corta, qualcosa resta scoperto. Se si privilegia la riservatezza, evidentemente resta scoperta la prova. E, infatti, nel sistema del codice la norma generale che prevede la trascrizione del contenuto della intercettazione nel verbale di ascolto (art. 268, co. 2 c.p.p.)²⁸, nel successivo co. 2 *bis* trova un limite che, indubbiamente utile a fini di riservatezza, di certo non lo è a fini di garanzia di verifica della prova. Secondo tale disposizione «è vietata la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali sensibili dalla legge». In tali casi, nel verbale di ascolto sono annotati soltanto la data e l'ora in cui è avvenuta la conversazione e il dispositivo su cui è stata registrata. Il pubblico ministero, però, con decreto motivato, «può disporre» che tali intercettazioni siano trascritte «quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova» ovvero, per i dati sensibili, «se necessarie a fini di prova» (art. 268, co. 2 *ter*). L'uso delle formule è grossolano, e pericoloso l'iter previsto. Nonostante la funzione della trascrizione sia quella di rendere possibile (e agevole) l'apprendimento del contenuto delle conversazioni e delle comunicazioni – il cui ricordo, per altro, può non permanere nel tempo in modo da essere richiamato alla memoria dalla lettura del mero dato esteriore della comunicazione stessa – nessuna indicazione è fornita in merito al giudizio che necessariamente il pubblico ministero o chi per lui dovrà compiere al fine di ritenere irrilevanti o non necessari quei contenuti. Avrebbe avuto un senso qualificare l'irrilevanza secondo «evidenza» e «chiarezza»: l'espressione «manifestamente irrilevante», ad esempio, avrebbe dato l'indicazione che per «irrilevanti» (e «non rilevanti», secondo il testo) devono intendersi quelle intercettazioni *ictu oculi* tali e, quindi, inutili a fini di prova. Così, però, non è, per cui, come se si volesse perseguire attraverso una ponderazione iniziale del dato intercettato il blocco dell'informazione, il pubblico ministero è chiamato a decidere ciò che è irrilevante (e, quindi, relevan-

e proporzione, in quanto «comporta sempre il rischio di minare o addirittura distruggere la democrazia che presume di difendere» (C. Dir. Uomo, 24-10-1983, Silver e alt. c. Regno Unito, § 97. Si vedano, pure, C. Dir. Uomo, 26-4-1979, Sunday Times c. Regno Unito, § 46; C. Dir. Uomo, 29-5-2005, Mathéron c. Francia, §§ 40-41).

²⁸ «Destinato a rimanere a lungo l'unico *signum* procedimentale dell'intercettazione», ricorda CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 82.

te), secondo il suo giudizio. E sempre secondo il suo giudizio può, ma non deve, disporre la trascrizione delle conversazioni e delle comunicazioni intercettate nel caso in cui esse siano comunque rilevanti a fini di prova. Insomma, se il giudizio di rilevanza, per sua natura, è volto a verificare a priori la potenziale utilità del mezzo di prova per l'accertamento dei fatti, il pubblico ministero in sede di decisione sulla trascrizione dei dati intercettati compie un'attività neppure paragonabile a quella del giudice, in quanto, non soltanto decide ciò che è rilevante o meno, ma rispetto a ciò che è rilevante stabilisce pure se deve o non deve essere effettuata la trascrizione: quanto dire che sceglie cosa trascrivere e, quindi, rendere conoscibile. Se, come si diceva, la trascrizione è il *signum* - anzi, l'unico *signum* - che consente, non soltanto nella fase delle indagini, a conoscenza del contenuto delle intercettazioni qualcosa non torna e il prezzo da pagare alla riservatezza è evidentemente alto.

A parte ciò - che comunque costituisce un problema della cui gravità ancora forse non ci si rende conto - altra questione di evidente mancanza di equilibrio nelle scelte del sistema è costituita dalla possibilità di dispersione delle conversazioni e delle comunicazioni rilevanti a fini di prova perché non trascritte e, quindi, non conosciute. Non va dimenticato, infatti, che l'art. 267, co. 4 c.p.p., nonostante preveda che sia il pubblico ministero a procedere «personalmente» alle operazioni di intercettazione, consente che all'uopo sia delegato un ufficiale di polizia giudiziaria; cosa che, com'è noto, costituisce la normalità delle attività di intercettazione. Ai sensi dell'ultimo periodo della norma ora detta, l'ufficiale di polizia giudiziaria, nel caso in cui si imbatta in una conversazione o in una comunicazione che ritiene irrilevante a fini di prova, deve provvedere ad informare («preventivamente», dice la norma, ma il senso che presiede all'utilizzazione dell'avverbio sfugge perché sfugge il referente temporale: prima della verbalizzazione, infatti, non ha senso; forse si voleva dire «immediatamente» o «senza ritardo») il pubblico ministero, con una annotazione nella quale rappresenta la situazione. Il pubblico ministero, a sua volta, deciderà il da farsi in luogo. Chiaro il tutto, un interrogativo però incombe: che succede nel caso in cui l'ufficiale di polizia giudiziaria non comunichi alcunché? Non succede nulla e, in forza del giudizio dell'ufficiale di polizia - che è autorizzato a non trascrivere dalla norma detta - un'informazione potenzialmente rilevante può finire nel limbo della memoria, con scarsa possibilità di recupero. La sequenza successiva delle attività non autorizza che questa conclusione. A mente dell'art. 268, co. 4 c.p.p., infatti, i verbali e le registrazioni sono trasmessi al pubblico ministero «per la conservazione» nell'archivio riservato previsto dal successivo art. 269, immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle

operazioni nei provvedimenti di autorizzazione e di proroga²⁹, ma non è previsto che il pubblico ministero debba procedere al controllo, cosicché laddove non lo faccia - e, si ripete, non è obbligato a farlo - la scrematatura tra ciò che è rilevante e ciò che non lo è (*rectius*: tra ciò deve o non deve essere trascritto a fini di conoscenza) resta affidata all'ufficiale di polizia giudiziaria, «con una valutazione la cui vertiginosa delicatezza si cumula ai rischi di errore, incompletezza, fraintendimenti in ordine all'identità dei colloquianti o al tenore delle dichiarazioni, del tutto possibili a fronte di conversazioni che potrebbero avere interruzioni, problemi acustici (se del caso dovuti a rumori di fondo o assenza di segnale), oppure utilizzare linguaggi cifrati, dialetti o lingue straniere»³⁰.

Non è tutto, purtroppo, perché un altro attentato alla prova si rinviene nella normativa delle intercettazioni dedicata alla tutela della riservatezza: quello relativo alle eventuali informazioni in favore dell'indagato contenute nelle comunicazioni e nelle conversazioni destinate a non essere trascritte per scelta del pubblico ministero. Si sono viste le possibilità che il pubblico ministero ha in tema di trascrizione ed è noto che, nell'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità, l'art. 358 c.p.p., secondo cui il pubblico ministero svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini, «non si traduce in un obbligo processualmente sanzionato e non toglie il carattere eminentemente discrezionale delle scelte investigative»³¹. La domanda se sia o possa essere considerata scelta investigativa quella di ritenere irrilevante una intercettazione sol perché non fornisce un'informazione utile all'accusa ma all'indagato, è pleonastica e risente di un approccio alla posizione del pubblico ministero nelle corso indagini condizionato da una strana concezione dell'«interesse». Fino a quando si continuerà a pensare in termine di interesse e a sostenere che il pubblico ministero non abbia interesse diverso da quello dell'accertamento dei fatti, non si comprenderà che, quale che sia l'interesse del pubblico ministero, è purtroppo corrispondente a sistema, tanto l'assenza all'art. 358 c.p.p. di alcun obbligo sanzionato di indagine anche in favore dell'indagato, quanto, nello specifico, l'assenza di alcunché in punto di intercettazioni potenzialmente favorevoli all'indagato³². E' la

²⁹ Il pubblico ministero, con decreto motivato, può differire la trasmissione nel caso in cui, per ragioni di complessità di indagine, l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto abbia necessità di consultare le registrazioni acquisite.

³⁰ CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 82.

³¹ Così Cass., sez. II, 21 maggio 1997, Nappa, in *Mass. Uff.*, n. 208759; nello stesso senso, Cass., sez. II, 20 novembre 2012, Porcelli, *ivi*, 254872; Cass., sez. III, 23 giugno 2010, Passacantando, *ivi*, 248374.

³² Si tratta di un'esigenza rappresentata da alcune procure e recepita della delibera ricognitiva del CSM, formulata in tal senso: «la selezione ad opera del PM, tranne i casi di assoluta inutilizzabilità, non potrà

logica del sistema accusatorio a prevedere che il pubblico ministero compia la sua indagine. Secondo tale logica - che ha espunto dal codice ogni richiamo alla tensione verso l'accertamento della verità materiale - non si comprende la ragione per la quale il legislatore avrebbe dovuto prevedere alcunché in tema. La perversione - che indubbiamente c'è - è nell'intero sistema, non nello specifico. In relazione allo specifico, infatti, si può semplicemente sottolineare la dissonanza di avere attribuito il potere di ricerca della prova al pubblico ministero (e, a seguire, alla polizia giudiziaria) anche nei casi in cui, come nelle intercettazioni, sia previsto un meccanismo di autorizzazione preventiva commessa all'organo giurisdizionale a tutela delle posizioni soggettive garantite dalla costituzione. Detto ciò, non si saprebbe cos'altro dire, anche per l'impossibilità di definire e confezionare tecnicamente la previsione di una «raccomandazione» (non certo di un obbligo) di trascrizione di intercettazioni favorevoli all'indagato. Se al pubblico ministero è demandato un giudizio di rilevanza e se tale giudizio, in generale, non è passibile di sanzione, l'eventuale richiamo forte alla necessità di far pervenire al giudice anche le potenziali intercettazioni favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, in altro non si risolverebbe che in una «enunciazione di principio»³³. Vi è soltanto da prendere atto che, anche per tale via, la dispersione di informazioni probatorie, non solo è possibile, ma è favorita da un sistema che non solo non offre possibilità concrete ed effettive di recupero delle intercettazioni non trascritte, ma aggrava notevolmente il divario tra le possibilità concesse al pubblico ministero e quelle concesse alla difesa.

5. (Segue): b) riservatezza vs. difesa.

L'art. 268-*bis* c.p.p. prevede che, entro cinque giorni dal termine delle intercettazioni, tutto il materiale relativo alle stesse, fino ad allora ovviamente riservato, venga depositato nella segreteria del pubblico ministero. Ai difensori - dice la norma - «immediatamente» è dato avviso della facoltà di esaminare tutti gli atti, di ascoltare le intercettazioni e di prendere visione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Il tutto, evidentemente, ai fini dell'analisi del quadro probatorio intercettato per le eventuali richieste che la difesa può avanzare al g.i.p. per l'acquisizione al fascicolo di intercettazioni diverse da quelle indicate nell'elenco formato dal pubblico ministero ovvero per l'eliminazione di intercettazioni in tale elenco contenute nel caso in cui

mai portare al mancato inoltro al giudice, ai fini del successivo deposito, di trascrizioni e/o registrazioni di conversazioni e/o scambio di comunicazioni informatiche o telematiche astrattamente, anche se indirettamente, favorevoli all'indagato».

³³ Così CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 84.

non siano trascrivibili. In vista di tale attività, i difensori che ne facciano richiesta, entro dieci giorni dalla ricezione dell'avviso, possono accedere, con un interprete, all'archivio riservato e ascoltare tutte le intercettazioni relative al procedimento con un apparecchio a disposizione dell'archivio (art. 268 *ter*, co. 3 c.p.p.; art. 89 *bis*, co. 4 disp. att. c.p.p.) e possono, sì, prendere cognizione delle comunicazioni, ma non possono ottenere copia delle stesse e degli altri atti custoditi. Il diritto di copia, infatti, è loro concesso esclusivamente in relazione alle intercettazioni che il giudice, a seguito delle indicazioni delle parti, riterrà acquisibili al procedimento. Altro iter nel caso in cui il pubblico ministero abbia chiesto ed ottenuto l'emissione di una misura cautelare: in tal caso, il vaglio di rilevanza, ma sulle intercettazioni già vagliate dal pubblico ministero richiedente, è operato dal giudice in sede di emissione del provvedimento cautelare e i difensori, ai sensi dell'art. 293, co. 3, c.p.p., hanno diritto di esaminare gli atti, di estrarre copia dei verbali, di trasporre le registrazioni utilizzate per l'emissione del provvedimento cautelare, mentre dovrebbero - ma nessuna norma lo dice - potere visionare ed ascoltare tutto il materiale intercettato, secondo quanto stabilito dal cit. art. 268 *ter*, co. 3, nel termine - si presume, stante l'assenza di indicazioni - di dieci giorni dall'avviso *ex* art. 293.

Ora, chi immagina il processo come effettivo contraddittorio, credendo magari che alla tendenziale eguaglianza delle parti corrisponda l'«égalité des armes» forse è il caso che si ricreda. Qui, infatti, nonostante il peso che le intercettazioni hanno assunto nei processi, la difesa, non solo è contratta, ma, per certi versi, impedita. Non è soltanto l'angusta scansione temporale a dare il senso di come il tutto costituisca una mera facciata - dieci giorni, con previsione di una sola proroga se il g.i.p. lo ritiene, costituiscono quasi una presa in giro laddove le intercettazioni siano, come di norma sono, innumerevoli - ma è la concreta impossibilità di dar corso ad una effettiva attività difensiva a dimostrarlo. La difesa, infatti, non consta soltanto del difensore, ma si compone, laddove occorra, di ogni altro soggetto tecnicamente idoneo a prestare le conoscenze necessarie all'apprendimento del contenuto della prova e di quant'altro necessario ai fini della verifica di essa. L'accesso all'archivio riservato previsto per il solo difensore e l'interprete costituisce vera e propria stretta alla difesa se all'archivio riservato non può avere accesso un esperto o un traduttore. Va ricordato, infatti, che non sono solo le conversazioni a potere essere controllate, ma pure i segni delle comunicazioni telematiche e informatiche, rispetto alle quali maggiore è l'ambito di controllo rispetto all'ascolto. È evidente, poi, che la sola possibilità di controllare le intercettazioni di qualsiasi genere, al fine di potere contrastare validamente quelle trascritte

dall'accusa, comporta tempo e non può essere compiuta senza avere la copia di quanto intercettato. A meno di non volere ipotizzare un'indagine nella quale le intercettazioni si risolvano in qualche conversazione telefonica o ambientale talmente chiare da non lasciare dubbi, ognuno vede come si è di fronte all'impossibilità. Anche perché, i dieci giorni consentiti, giusta la norma di cui all'art. 268 *ter*, c. 3, decorrono «dalla ricezione dell'avviso di cui all'art. 268 *bis*, co. 2», cosicché, visto e considerato che all'archivio riservato evidentemente si accede a seguito di richiesta e, quindi, a seguito di autorizzazione da parte del pubblico ministero, la compressione temporale è ulteriormente aggravata dal «tempo morto» tra la richiesta e l'autorizzazione. E lo stesso dicasi, evidentemente, per la richiesta di proroga da presentare al g.i.p. ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 268 *ter*, co. 3.

Tempi risicati e limitazioni (soggettive e oggettive) compongono scansioni tali da non reggere al cospetto della disposizione di cui all'art. 6, § 3, lett. "b" C.e.d.u. («Ogni accusato ha diritto soprattutto a: ... b) disporre del tempo e dei mezzi necessari per preparare la sua difesa») e, in ricaduta, della garanzia apprestata dall'art. 24 Cost. Già dal testo della disposizione convenzionale – che considera la «preparazione della difesa» come momento rilevante rispetto al quale tempo e mezzi devono essere adeguati – è facile ricavare indicazioni più che sufficienti ad escludere che nei dieci giorni previsti il difensore, potendo soltanto ascoltare e vedere, possa effettivamente fare qualcosa di serio e utile per la difesa. Per altro, secondo la previsione normativa, l'impossibilità di estrarre copia o di avere a seguito un esperto si somma alla deficienza dei dati di riferimento cui il difensore può attingere. Non va dimenticato, infatti, che egli, per valutare l'eventuale rilevanza di alcun dialogo, ha a disposizione soltanto un elenco di intercettazioni che il pubblico ministero assume rilevanti e i verbali di ascolto nei quale la depurazione effettuata dallo stesso pubblico ministero o dall'ufficiale di polizia giudiziaria delegato ha lasciato come unica traccia una data, un numero telefonico e un dispositivo intercettati: come dire che per orientarsi e capire qualcosa – anche solo al fine della verifica della rispondenza dei dati e non certo per valutare la rilevanza dei dialoghi estrapolati dal pubblico ministero se tale valutazione è necessariamente correlata alla conoscenza di tutto il materiale intercettato – il difensore dovrebbe davvero essere bionico. Se tali «notazioni di fatto» sulle possibilità di agire concesse alla difesa si rapportano all'indirizzo da tempo seguito dalla Corte europea in ordine ai diritti concessi all'accusato (indagato o imputato che sia a seconda delle nomenclature dei vari ordinamenti) si ha che, quanto ad effettività della difesa, il sistema delle intercettazioni-prova delineato nel codice non appare

adeguato³⁴. Vero che si doveva salvaguardare la riservatezza, ma non certo a scapito della difesa. Anche perché a salvaguardia della riservatezza ben altri strumenti - magari repressivi - potevano essere utilizzati.

I temi del deposito, del relativo avviso e della possibilità di trasposizione meritano un certo approfondimento perché nella prassi si registra la massiccia elusione del deposito nei cinque giorni dalla fine delle operazioni di intercettazione senza conseguenze apprezzabili a fini processuali, nonostante le evidenti conseguenze pregiudizievoli per la conoscenza tempestiva e, quindi, per la difesa. In verità, la prassi registra anche altro, in quanto il materiale intercettato, molto spesso, non soltanto transita da un'indagine ad un'altra perché risultato irrilevante o inutile in una ma utile all'altra, ma consegue - soprattutto nelle investigazioni sulla criminalità organizzata - all'avvio di indagini «aperte», non definite, cioè, in relazione a soggetti individuati ma in relazione ai fenomeni delittuosi che in vario modo si apprendono. In forza di quell'ampia possibilità nell'uso del mezzo captativo consentita dall'art. 13 d.lgs. n. 152 del 1991 di cui s'è detto, l'avvio di indagini destinate «forse» ad avere un seguito determina comunque l'accumulo di una gran massa di informazioni - tra le quali principalmente quelle provenienti da intercettazioni - che rimangono, per così dire, «sospese», in attesa di essere canalizzate verso indagini per ipotesi di reato soggettivamente e oggettivamente più definite. In tali casi, è evidente che il rispetto della tempistica dell'avviso di deposito è impossibile, in quanto, appunto, impossibile, allo stato, l'individuazione dei soggetti interessati e, quindi, dei difensori. Fermo restando ciò, però, il deposito nei termini stabiliti dall'art. 268 *bis*, co. 1 c.p.p., nella prassi è un'eccezione piuttosto che la regola. Nonostante da esso muova tutta quanta la scansione successiva predisposta alla realizzazione del contraddittorio sul materiale intercettato, di solito il deposito delle intercettazioni - sia che possa, sia che non possa derivare «grave pregiudizio» alle indagini; quindi anche se non ritardato dal g.i.p. *ex art.* 268 *bis*, co. 3 c.p.p. - è posticipato al momento del deposito degli atti *ex art.* 415 *bis* c.p.p., e ciò per la ragione molto semplice che non è prevista alcuna sanzione processuale, né in caso di ritardo senza autorizzazione, né nel caso di ritardo a seguito di autorizzazione risultata non sorretta dalla sussi-

³⁴ La Corte Europea, nel ribadire che la C.e.d.u. ha lo scopo di garantire dei diritti «concreti e non meramente simbolici», ritiene che il diritto dell'accusato ad una difesa debba essere effettivo, in quanto «assicurare l'effettività e l'adeguatezza della difesa rientra tra i doveri della Corte stessa» (così C. Dir. Uomo, 23-10-2001, Alvarez Sanchez c. Spagna). Quanto al tempo di intervento del difensore ritiene che ogni ritardo all'accesso all'assistenza legale pregiudica il diritto a scegliere un'adeguata linea difensiva, violando conseguentemente l'art. 6, § 3 C.e.d.u. In tal senso, C. Dir. Uomo (GC), 12-5-2005, Ocalan c. Turchia; C. Dir. Uomo, 6-6-2000, Averill c. Regno Unito.

stenza del «grave pregiudizio»³⁵.

In relazione al deposito contestuale all'avviso di conclusione delle indagini, va segnalata un'ipotizzabile illegittimità nel caso di opposizione all'estrazione di copia di tutte le intercettazioni. Giunti alla conclusione delle indagini, infatti, ogni dato è per necessità di cose ostensibile e conoscibile in vista della processualizzazione futura e non si riuscirebbe a comprendere a che titolo verrebbe negato ciò che, per altro, è positivamente previsto dall'art. 415 *bis*, co. 2 c.p.p., secondo cui «l'avviso contiene ... l'avvertimento che la documentazione relativa alle indagini è depositata ... e che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di prendere visione ed estrarre copia»³⁶. Considerando, infatti, che in tal caso non è intervenuto il preventivo esaurimento della procedura di espunzione delle intercettazioni irrilevanti, pare evidente che sussista il diritto del difensore di ottenere copia di tutte le intercettazioni poiché, appunto, il difensore non è stato messo nelle condizioni di procedere alle incombenze previste a seguito del deposito *ex art. 268 bis* c.p.p.

6. Intercettazioni senza barriere: il captatore informatico.

L'uso del captatore informatico è previsto dall'art. 266, co. 2 c.p.p., secondo cui l'intercettazione tra presenti «può essere eseguita anche mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile». Il successivo co. 2 *bis* avverte comunque che tale modo di intercettazione è sempre consentito nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., per i quali, dunque, non è necessario che sussista il fondato motivo che in loco si stia svolgendo l'attività criminosa, mentre tale requisito, ai sensi dell'art. 6, co. 2 del d.lgs. n. 216 del 2017, ritorna ad essere necessario per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni di reclusione. Ai sensi dell'art. 267, co. 1, il decreto che autorizza l'uso del captatore informatico indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità «per lo svolgimento delle indagini» e «se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3

³⁵ Si veda, da ultimo, Cass., sez. VI, 1 marzo 2017, Marinelli e alt., in *Mass. Uff.*, n. 270025.

³⁶ Sotto la vigenza dell'abrogato art. 268 co. 6,7 e 8 c.p.p., Cass., sez. V, 12 aprile 2017, p.m. in proc. Almaviva, in *Mass. Uff.*, n. 271118, ha ritenuto che «non è abnorme il provvedimento con cui il giudice per l'udienza preliminare dichiara la nullità dell'avviso *ex art. 415 bis* c.p.p. e della richiesta di rinvio a giudizio, disponendo la restituzione degli atti al pubblico ministero per violazione del diritto di difesa determinato dal diniego del pubblico ministero di consegnare, al difensore dell'indagato che ne abbia fatto regolarmente richiesta successivamente alla notifica dell'avviso *ex art. 415 bis* c.p.p., copia integrale delle intercettazioni, nonché dalla mancata instaurazione dell'udienza di stralcio, preordinata ad assicurare l'eliminazione delle conversazioni irrilevanti o delle quali sia vietata l'utilizzazione». Si veda, pure, Cass., sez. VI, 3 maggio 2011, Andò e alt., in *Mass. Uff.*, n. 250103.

quater c.p.p., i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono»³⁷.

Rispetto alla prassi che, per prima, si è interessata di tale mezzo di captazione, la disciplina positiva risulta articolata nel senso della previsione generalizzata dei casi in cui ne è possibile l'impiego. Laddove, infatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione erano pervenute ad affermare che il captatore informatico fosse consentito soltanto nei procedimenti *ex art.* 13 del d.l. n. 151 del 1991, in quanto soltanto in tale caso, per intercettare non è previsto il requisito della sussistenza del fondato motivo di attività criminosa in corso nel luogo in cui intercettare³⁸, l'art. 266 cit. ha normalizzato l'uso del mezzo, non considerando affatto il concreto rischio di dar vita ad una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora del tutto incompatibile con le disposizioni costituzionale e della C.e.d.u., che impongono al legislatore, prima che ai giudici, di porre alle intercettazioni limiti rispettosi del principio di proporzionalità. Ciò che si è ottenuto è semplice a dirsi: trattandosi di intercettazioni tra presenti, l'intercettazione col captatore informatico è sempre consentita nei luoghi diversi da quelli di privata dimora *ex art.* 614 c.p., mentre, in questi ultimi, è possibile esclusivamente laddove, secondo la regola generale, vi sia fondato motivo che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, a meno che non si tratti di indagini relative ai reati considerati dall'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, nelle quali è invece consentita senza alcun limite.

Si è detto che il decreto autorizzativo, allorché si tratti di intercettazioni diverse da quelle relative ai reati di cui all'or detta norma, deve anche indicare i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono. In relazione a ciò, v'è da sottolineare come se è indubbiamente vero che con la preordinazione del tempo e dei luoghi si vuole evitare il rischio che l'attivazione indiscriminata e ininterrotta delle operazioni si protragga senza soluzione di continuità, esponendo la persona ad una notevole e comunque illimitata compressione della sua riservatezza, è parimenti vero che, per ovviare a ciò, non è previsto alcun sistema di controllo in itinere da parte di chi ha autorizzato l'intercettazione con mezzo captativo in esame. È curioso, infatti, che si sia previsto un sistema di autorizzazione *ad hoc* in considerazione dell'invasività del mezzo – cosa che non è avvenuta, ad esempio, né per le intercettazioni ambientali «classiche», né per

³⁷ In sintonia con la decretazione d'urgenza consentita al pubblico ministero, l'art. 267, co. 2 *bis* c.p.p. prevede che il pubblico ministero possa disporre l'intercettazione mediante captatore informatico nelle situazioni considerate dal precedente c. 2. Tale potere, però, è concesso soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

³⁸ Si tratta di Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato, cit.

le videoriprese, nonostante, soprattutto queste ultime, realizzino il massimo dell'invasione domestica potendo riprendere indiscriminatamente qualsiasi atteggiamento delle persone presenti – senza la previsione di un sistema di controllo costante da parte dell'organo autorizzante. Anche in tal caso, dunque, il controllo rimane postumo, ma mentre per gli altri tipi di intercettazioni l'ovvia continuità delle operazioni di captazione, pur determinando oggettivi abusi captativi, consente che un controllo postumo sia effettuato perché comunque di quanto intercettato rimane traccia, nel caso in esame così non è, dal momento che di ogni captazione avvenuta oltre il tempo e i luoghi previsti dal decreto autorizzativo (quanto dire: ogni captazione effettuata oltre le necessità preventivamente stabilita in relazione alle esigenze investigative e probatorie da soddisfare) può non rimanere traccia, cosicché la riservatezza che si è inteso tutelare prevedendo l'autorizzazione *ad hoc* rimane conculcata dall'impossibilità, appunto, che si controlli in itinere l'operato dei captatori. Va ricordato in proposito – ma il richiamo ha rilevanza più generale – che, secondo la giurisprudenza della Corte europea, tra le garanzie minime che la legge nazionale deve apprestare nella materia delle intercettazioni, vi sono, con la predeterminazione della tipologia delle comunicazioni oggetto di intercettazione, l'attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni e la previsione del controllo del giudice anche sulle operazioni di intercettazione³⁹.

Per il captatore informatico, poi, il controllo dovrebbe essere davvero particolare. Tale mezzo di intercettazione consente, infatti, lo svolgimento di varie attività, quali, per citarne alcune che, diverse dalle intercettazioni di conversazioni, appaiono degne di nota: captare tutto il traffico dei dati in arrivo o in partenza dal dispositivo sul quale è stato telematicamente installato; perquisire l'hard disk e fare copia, totale o parziale, della memoria del sistema del dispositivo; mettere in funzione la web camera, permettendo di carpire le immagini; decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo. Si tratta di potenzialità enormi che investono istituti giuridici diversi che meriterebbero diversa attenzione in relazione allo stato della normativa e allo sviluppo della prassi, non soltanto per ciò che riguarda le intercettazioni. A prescindere dalle potenzialità captative di suoni e di immagini – e, quindi, a prescindere da ciò che normalmente si fa rientrare nell'ambito della disciplina di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. – le possibilità di apprensione di dati di comunicazione – qua-

³⁹ Si vedano C. Dir. Uomo, 27-7-2003, Hewitson c. Regno Unito; C. Dir. Uomo, 31-5-2005, Vetter c. Francia; C. Dir. Uomo, 18-5-2010, Kennedy c. Regno Unito.

li, ad esempio, lo scritto memorizzato nel sistema sottoposto a captazione e non inoltrato per via telematica - non può dirsi certamente una comunicazione. Allo stesso modo, non può dirsi essere una comunicazione la perquisizione dell'hard disk o la decifrazione di ciò che compare sullo schermo del dispositivo. Ognun vede come in tali casi è il concetto stesso di intercettazione considerato dalla disciplina positiva a non corrispondere alla realtà del fenomeno. In tali casi, infatti, più che di intercettazioni deve dirsi di ispezioni (art. 245 c.p.p.) e di perquisizioni (art. 247 c.p.p.), con tutto ciò che consegue in punto di forme. Ma se così è, i punti oscuri della disciplina del captatore informatico concernenti i controlli in relazione alle potenzialità del mezzo sono soltanto in parte comuni a quelli relativi alle intercettazioni ambientali e alle videoriprese⁴⁰.

L'illusione che il dovuto interesse del legislatore verso la microspia informatica potesse determinare - come era naturale che fosse, stante la materia trattata e la contiguità dei fenomeni - l'attenzione anche verso tali altri tipi di intercettazione e soprattutto verso la migliore sistemazione dei mezzi di ricerca della prova a seconda della natura effettiva dell'atto in relazione all'oggetto da ricercare⁴¹ è svanita, segno evidente di quanto poco interessino, in verità, tanto la proclamata tutela della riservatezza, quanto la sistemazione degli istituti.

7. Occasioni mancate: a) sulle intercettazioni ambientali.

Quanto si è detto a proposito dell'utilizzazione del captatore informatico è uno degli aspetti del più vasto problema dei controlli che necessariamente si estende fino a comprendere le modalità di immissione degli strumenti captativi in generale. La questione è talmente seria che l'art. 271, co. 1 *bis* c.p.p. stabilisce, non soltanto che non possono essere utilizzati i dati acquisiti col captatore informatico al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo - cosa, in verità, già disciplinata dal co. 1 che prevede l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni eseguite fuori dai casi consen-

⁴⁰ Cass., sez. V, 25 maggio 2015, Musumeci, in *Mass. Uff.*, n. 265655, ha ritenute legittime le video riprese effettuate col captatore informatico in quanto prove atipiche ex art. 189 c.p.p.

⁴¹ Si pensi, ad esempio, all'acquisizione delle comunicazioni informatiche e telematiche ex art. 266 *bis* c.p.p. in rapporto all'acquisizione della corrispondenza a seguito di Cass., Sez. un., 9 aprile 2012, Pasqua, in *Mass. Uff.*, n. 252893, secondo cui «la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria della corrispondenza epistolare non è soggetta alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, dovendosi invece seguire le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 353 c.p.p.». C. cost., 24-1-2017, n. 20, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266 c.p.p., in relazione agli artt. 3 e 112 Cost., nella parte in cui non consente la intercettazione della corrispondenza epistolare (nel caso esaminato dell'indagato detenuto), diversamente da quanto avviene per le comunicazioni telefoniche e le altre forme di telecomunicazione.

titi dall'art. 266 e laddove non siano state osservate le disposizioni di cui all'art. 267 - ma che non sono utilizzabili i dati acquisiti «nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile». Nonostante la serietà del tema, però, se per il captatore informatico deve necessariamente darsi conto delle operazioni di immissione dello strumento invasivo (il virus captatore), delle operazioni di immissione della classica microspia all'interno dei luoghi di privata dimora non è previsto si debba dar conto. Nessuno dubita della maggiore invasività del captatore nella vita del soggetto intercettato e in quella di altri ignari, ma, dal punto di controlli sull'immissione dell'agente captativo, nulla cambia se esso è un virus informatico o la classica microspia.

In tema di intercettazioni ambientali, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente vuole che l'autorizzazione ad intercettare copra pure quella relativa all'invasione degli spazi privati assistiti da garanzia costituzionale, in quanto - si afferma - l'ingresso nel domicilio e nei luoghi di privata dimora rappresenta la naturale modalità attuativa dell'intercettazione. Ma, anche a volere avallare tale indirizzo - sottoposto a serrate critiche da parte della dottrina⁴² e della stessa giurisprudenza⁴³, anche costituzionale⁴⁴ - la regolamentazione e la documentazione delle attività conseguenti risulta comunque questione del tutto irrisolta. Va segnalato, in proposito, che dal combinato disposto delle norme del codice e di quelle costituzionali (artt. 2, 13, 14, 15, Cost.) emerge chiaramente un dato: nella materia intercettativa non sono consentite attività che, una volta autorizzata l'intercettazione, non possano essere controllate, nel corso dello svolgimento di esse, dall'Autorità giudiziaria e, successivamente, con l'ostensione di tutti gli atti relativi all'intercettazione, dall'indagato. Su tale versante, forse più incisiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, che non ha esitato a riscontrare la violazione dell'art. 8 C.e.d.u. in presenza di intrusioni nella vita privata allorché le norme, pur esistenti, fossero troppo generi-

⁴² Si vedano, in particolare, PACE - AMATO, *Art. 266, C.p.p.*, www.dirittoediritti.it; IACOVELLO, *Intercettazione ambientale*, *Cass. pen.*, 1992, 1565; CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionale"*, *ivi*, 1999, 1192; BERTOSI, *Intercettazioni ambientali e tutela della libertà domiciliare*, *Dir. pen. proc.*, 2004, 869.

⁴³ Cass., sez. III, 10-7-2003, Tega e alt., in *Mass. Uff.*, n. 224894, ha rilevato come le modalità operative delle captazioni di conversazioni attraverso la collocazione di microspie all'interno di un luogo di privata dimora con l'uso di mezzi fraudolenti sia sprovvista di disciplina proprio in relazione ai casi e ai modi in cui sia consentita la limitazione della libertà domiciliare.

⁴⁴ C. cost., n. 251/2004, cit., nel rimarcare, come detto, l'esigenza che la determinazione delle modalità operative delle intercettazioni in esame non resti affidata alla polizia giudiziaria, «anche», ma evidentemente non solo, «per quanto attiene all'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo di privata dimora per la collocazione degli apparati di captazione sonora», ha invitato - non tanto implicitamente, in verità - il legislatore a provvedere.

che in ordine anche alla definizione delle modalità dell'intrusione⁴⁵, sottolineando, in particolare, che per la gravità dell'invasione nel caso delle intercettazioni, per loro natura clandestine, l'ingerenza nella vita privata deve essere «minuziosamente disciplinata dalla legge, non soltanto in relazione ai casi nei quali essa può essere attuata ma anche nel modo attraverso il quale i dispositivi di intercettazione sono introdotti ed utilizzati»⁴⁶.

Ciò vero, la verbalizzazione delle attività materiali relative ai soggetti intervenuti, ai tempi e alle modalità di immissione della microspia sembra costituire una necessità imprescindibile; e tanto, nel caso in cui il posizionamento dello strumento di captazione avvenga in occasione del compimento di atti che, a mente dell'art. 14, co. 2, Cost., possono dirsi tipici dell'immissione consentita all'Autorità giudiziaria (perquisizioni, ispezioni e sequestri), quanto, soprattutto, nei casi in cui manchi del tutto una attività tipizzata alla quale comunque collegare l'intervento di immissione del detto strumento nei luoghi di privata dimora.

Da tempo, la dottrina più attenta⁴⁷, avvalorando la tesi già proposta dalla Corte Costituzionale⁴⁸, ha osservato che non può essere consentita un'immissione nei luoghi di privata dimora fuori dai casi previsti dall'art. 14, Cost., posto che anche a voler far leva sull'ovvia connotazione del posizionamento della microspia quale atto segreto od occulto, vi sarebbe pur sempre da rilevare come tutte le attività così definite sono destinate sempre ad essere scoperte nel corso del procedimento.

Nonostante il rilievo sia del tutto condivisibile, il legislatore - pur essendo in discussione quella riservatezza che lo ha mosso - tace, dimentico, forse, che se la costante giurisprudenza ha legittimato l'intrusione nel luogo di privata dimora col provvedimento autorizzativo dell'intercettazione, ciò non può che costituire ragione ulteriore in ordine alla dovuta documentazione di tutta l'attività materiale conseguente. Se, infatti, l'autorizzazione ad intercettare all'interno dei luoghi di privata dimora è sufficiente a giustificare anche l'invasione fisica di tali luoghi, è evidente che comunque una traccia dell'invasione debba esserci. Tale conclusione trova conforto nel sistema - i

⁴⁵ C. Dir. Uomo, 25-6-1997, Halford c. Regno Unito; C. Dir. Uomo, 25-3-1998, Kopp c. Svizzera.

⁴⁶ C. Dir. Uomo, 24-8-1998, Lambert c. Francia; C. Dir. Uomo, 12-6-2003, Chalkley c. Regno Unito.

⁴⁷ GAITO, *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali a mezzo di microspie*, *GI*, 1991, II, 430; PACE - AMATO, *Art. 266*, cit.; IACOVELLO, *Intercettazione ambientale*, cit., che richiama l'attenzione sul fatto che «nessuna norma regola l'utilizzazione dello strumento tecnico che consente l'intercettazione tra presenti, il quale, per le sue caratteristiche deve necessariamente essere tenuto nascosto e la cui installazione può richiedere attività che necessariamente devono essere disciplinate, potendo a volte presentare aspetti di discutibile legittimità, se non addirittura vietate».

⁴⁸ C. cost., 26-6-1969, n. 104.

principi del quale, per altro, escludono che possa esserci una qualsiasi attività che abbia riflesso processuale della quale non si abbia documentazione - che, tra le regole poste a presidio della conoscibilità di quanto effettuato proprio in tema di intercettazione, prevede, all'art. 267. co, 3 c.p.p., che il pubblico ministero che dispone le intercettazioni indichi le modalità, oltre che la durata, delle stesse.

Se, dunque, il decreto autorizzativo emesso dal g.i.p. non contempla (né deve contemplare) le modalità esecutive delle intercettazioni e se neppure il decreto esecutivo contiene alcuna indicazione dell'attività che deve essere poste in essere dagli operatori, il cerchio delle carenze motivazionali davvero si chiude e non v'è dubbio che il laconico discorso sviluppato dall'indirizzo giurisprudenziale articolato sull'assioma che l'autorizzazione all'attività intercettativa sia di per sé idoneo a rendere legittimo pure il mezzo acquisitivo si traduca in un vero e proprio machiavello, dettato al solo fine di legittimare la segretezza di un'attività che, a rigore di sistema, dovrebbe comunque essere resa nota postuma per i dovuti controlli.

8. (Segue): b) sulle videoriprese.

In tema di videoriprese, per rappresentare quanto l'intervento legislativo fosse (e sia) necessario basta poco. È sufficiente, infatti, considerare i richiami della Corte costituzionale nelle due occasioni nelle quali si è occupata della questione. La prima volta, con la citata decisione del 2002, da più parti evocata come «decisione-faro» cui attingere per la risoluzione di questa e di altre questioni relative all'intromissione negli spazi privati. La seconda volta, nel 2008, in seguito agli approdi cui era pervenuta la giurisprudenza di legittimità in tema di tutela degli spazi privati diversi dal domicilio⁴⁹. Nella prima occasione, dopo avere affermato che «la captazione di immagini in luoghi di privata dimora ben può configurarsi, in concreto, come una forma di intercettazione tra presenti, che si differenzia da quella operata tramite gli apparati di captazione sonora solo in rapporto allo strumento tecnico di intervento, come nell'ipotesi di riprese visive di messaggi gestuali» e dopo avere sottolineato come discorso diverso debba farsi per l'ipotesi della video-registrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazione che sta al legislatore disciplinare nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14 Cost., la Corte, con grande realismo, ha sottolineato la necessità dell'intervento legislativo con la seguente espressione: «fermo restando, per l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l'opportunità di un

⁴⁹ Si tratta di Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, Prisco, cit.

riesame complessivo della materia da parte del legislatore stesso»⁵⁰. Nella seconda occasione, riprendendo la già tracciata differenza tra comportamento di tipo comunicativo e non, la Corte, dopo avere dato atto dell'approdo cui era pervenuta la giurisprudenza sulla tutela dei luoghi riservati diversi dal domicilio, ha affermato che «in mancanza di una norma che consenta e disciplini l'attività in parola - soddisfacendo la doppia riserva, di legge (quanto ai «casi» e ai «modi») e di giurisdizione, cui l'art. 14 co.2, Cost. subordina l'eseguibilità di tali atti investigativi nel domicilio - l'attività stessa dovrebbe ritenersi radicalmente vietata, proprio perché lesiva dell'inviolabilità del domicilio, sancita dal primo comma dello stesso art. 14 Cost.; mentre i risultati delle riprese effettuate in violazione del divieto sarebbero inutilizzabili»⁵¹. A tali considerazioni, la Corte, in quest'ultima decisione, ha significativamente aggiunto il richiamo del principio, già da Essa affermato in relazione agli atti limitativi della libertà e della segretezza delle comunicazioni, secondo cui «le attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»⁵².

Il richiamo della Corte costituzionale alla necessaria predeterminazione dei «casi» e dei «modi» dell'invasione degli spazi privati e della necessità che qualsiasi invasione di tali spazi sia stabilita per legge, immette immediatamente nel circuito della tutela e delle garanzie previste dalle disposizioni sovranazionali, e quindi negli spazi tutelati dall'art. 8 della C.e.d.u. che, come si sa, prevede il diritto della persona al rispetto della propria vita familiare, del domicilio e della corrispondenza. Tale diritto comprende tutta la vasta gamma di situazioni che, in qualsivoglia modo e con qualsivoglia mezzo (auditivo, visivo, audiovisivo, materialmente apprensivo di dati di comunicazione e corrispondenza), carpiscono momenti di vita privata e di comunicazione del soggetto, nonché il domicilio nel quale egli vive. In relazione agli ambiti di tutela della norma, la Corte europea, in maniera perentoria e definitiva, ha affermato che rientra nella previsione della norma «qualsiasi limitazione al rispetto della vita privata»⁵³, per cui, oltre le intercettazioni telefoniche o tra presenti, la corrispondenza⁵⁴, le riprese visive all'interno di luoghi di privata dimora

⁵⁰ C. cost., n. 135/2002, cit.

⁵¹ C. cost., 16-5-2008, n. 149.

⁵² Così, C. cost., 11-3-1993, n. 81. Nello stesso senso, C. cost., 6-4-1973, n. 34; C. cost., 1-6-1998, n. 229.

⁵³ C. Dir. Uomo, 15-5-2000, Khan c. Regno Unito.

⁵⁴ C. Dir. Uomo, 14-3-2002, Puzinas c. Lituania; C. Dir. Uomo, 9-1-2001, Natoli c. Italia.

ovvero nei luoghi che tali devono intendersi⁵⁵, l'introduzione nel domicilio⁵⁶, sono attività che cadono entro la previsione della disposizione. Ogni intercettazione, secondo le Corti, riveste di per sé la caratteristica di «ingerenza della pubblica autorità» nella sfera privata, e ciò anche quando «di essa non si sia fatto un uso processualmente rilevante»⁵⁷. Per tale ragione, ogni intercettazione deve essere supportata da una legge che, appunto, individui i casi nei quali l'ingerenza può avvenire, e specifichi i modi attraverso i quali essa è possibile. A tal proposito - che poi è quello che qui interessa - la Corte europea, coerentemente col dato normativo (art. 8, § 2 C.e.d.u.), come già si è ricordato, non ha esitato a riscontrarne la violazione in presenza di ingerenze nella vita privata, non soltanto nel caso in cui esse non fossero previste dal sistema positivo interno (cosa alquanto ovvia, in verità), ma quando le norme interne, pur esistenti, fossero troppo generiche in ordine, sia alla individuazione dei «casi» nei quali può farsi ricorso all'attività di intrusione e di captazione di comunicazioni, sia nella definizione delle «modalità» dell'ingerenza.

Ora, data la particolare invasività e l'assoluta clandestinità del mezzo invasivo, considerata pure «l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti» (per usare la stessa espressione della Corte costituzionale), non pare discutibile che l'ingerenza nella vita privata attraverso lo strumento di intercettazione in assoluto più invasivo - la videocamera, oggi pure installata nel dispositivo infettato dal captatore informatico - debba essere «minuziosamente disciplinata» da una legge, intanto in relazione ai casi, rispetto ai quali la necessità legittima l'apprensione visiva di qualsivoglia atteggiamento della persona; poi, come per le intercettazioni ambientali, dei modi attraverso i quali i dispositivi di intercettazione sono introdotti ed utilizzati. Il legislatore, però, non è intervenuto e non interviene. E si è ancora a dovere fare i conti con una prassi che sui concetti di comportamento di tipo comunicativo e sui limiti entro cui gli ambiti riservati possano essere tutelati si barcamena non cogliendo affatto, né il richiamo alla tutela «a monte» - alla tutela della riservatezza, cioè - segnalato dalla Corte costituzionale, né il voto normativo contenuto nel richiamo della stessa Corte, che, facendo riferimento e ritenendo applicabile la disciplina delle intercettazioni ambientali, forse non si è avveduta che, quanto ai modi dell'immissione materiale della microspia e alla documentazione relativa, una tale disciplina

⁵⁵ C. Dir. Uomo, 12-5-2005, Ocalan c. Turchia.

⁵⁶ C. Dir. Uomo, 23-9-1998, McLeod c. Regno Unito.

⁵⁷ C. Dir. Uomo, 25-3-1998, Kopp c. Svizzera; C. Dir. Uomo, 15-6-1992, Ludi c. Svizzera.

manchi assolutamente.

9. Riforme e razionalizzazione del sistema.

L'endemica prospettiva parziale di affrontare le riforme produce effetti diversi in punto di razionalizzazione del sistema delle intercettazioni. Se, per un verso, qualche risultato conforme a criteri di ordine e di ragione si raggiunge, per altri versi, così non è, permanendo l'assenza di interventi che, indubbiamente «di contorno» rispetto a quelli più rilevanti dei quali si è appena detto, sarebbero comunque non meno necessari alla razionalizzazione del sistema.

Sul versante dei risultati positivi, si ha che un'operazione di richiamo normativo consente forse – il condizionale è d'obbligo in una materia sottoposta abbondantemente alla temperie interpretativa – il superamento di una prassi deficitaria in punto di controlli in tema di utilizzabilità delle intercettazioni acquisite in diverso procedimento. L'art. 270, co. 2 c.p.p., infatti, a seguito delle riforme risulta così confezionato: «Ai fini della utilizzazione prevista al comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Si applicano le disposizioni degli articoli 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater*». Siccome si deve applicare anche la norma di cui all'art. 268 *bis* pare evidente che, nel diverso procedimento, non devono essere depositati soltanto i verbali e le registrazioni come vorrebbe la prima parte della disposizione, ma verbali e registrazioni, «unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione». Il richiamo all'art. 268 *bis*, insomma, supera (così sembra, almeno) il precedente indirizzo interpretativo che, sul dato testuale della precedente formulazione dell'art. 270, co. 2 – che non faceva cenno o rimando ad altre disposizioni e alla necessità del deposito dei decreti (di autorizzazione, proroga, convalida e quant'altro) legittimanti l'intercettazione – escludeva l'inutilizzabilità nel diverso procedimento, salva la dimostrare da parte di chi ne avesse avuto interesse del vizio di tali decreti e, quindi, dell'inutilizzabilità dell'intercettazione⁵⁸.

Sul versante degli interventi mancati, già si è visto come le norme prevedano atteggiamenti doverosi per l'autorità non assistiti però da alcuna sanzione, come nel caso del deposito delle intercettazioni da parte del pubblico ministero e del relativo avviso al difensore. Non è l'unica lacuna, purtroppo. Con essa, vanno segnalate in particolare le seguenti.

Uno. L'assenza di disciplina consona alla natura dell'atto, per ciò che riguarda l'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni (i c.d. tabulati). La l. n.

⁵⁸ Così, Cass., Sez. un., 17 aprile 2004, Esposito, in *Mass. Uff.*, n. 229244.

675 del 1996 (sulla tutela della *privacy*) ha ritenuto, in estrema sintesi, che per acquisire notizie e informazioni sulle comunicazioni prescindendo dal contenuto di esse sia sufficiente un qualsivoglia provvedimento dell'autorità giudiziaria. La Corte costituzionale, prima, e la Corte di cassazione, poi, si sono pedissequamente adeguate: la prima, sostenendo che «la diversità delle discipline regolante l'acquisizione del contenuto delle intercettazioni e quella dei dati esterni delle medesime comunicazioni, per la diversa forma d'intrusione nella sfera della riservatezza» consente di ritenere «sufficiente per l'acquisizione di questi ultimi un provvedimento motivato del pubblico ministero, senza la necessità dell'intervento del giudice»⁵⁹; la seconda, superando addirittura i criteri di garanzia da Essa stessa in precedenza evidenziati, ha concluso nello stesso senso⁶⁰, ritenendo che i tabulati sono documentazione relativa a dati inseriti in archivi informatici sui quali vi è un limitato riserbo, potendo essere a conoscenza di determinati soggetti senza l'intervento dell'autorità giudiziaria e, ciò, al contrario del flusso delle comunicazioni che è proibito memorizzare. Più aderente rispetto delle garanzie di libertà e segretezza delle comunicazioni si era posta la stessa giurisprudenza di legittimità, allorquando, in aderenza ad una indicazione della Corte costituzionale precedente alla legge sulla *privacy*⁶¹, aveva concluso che non potessero non valere, in tema, le stesse garanzie previste per l'acquisizione del contenuto delle comunicazioni. Conclusione, quest'ultima, perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte europea, per la quale la tutela del diritto fondamentale non è limitata al contenuto della comunicazione ma si estenda (in maniera del tutto consequenziale, per altro, se il diritto fondamentale è costituito dalla tutela della vita privata e della corrispondenza) fino a comprendere la rilevazione di ogni altro elemento relativo alla conversazione, con la conseguenza che quand'anche il servizio d'informazione fosse limitato al rilevamento di dati - quali l'ora o la durata della comunicazione ovvero il numero composto - si ravviserebbe per ciò solo una violazione della vita privata⁶².

Due. Il necessario superamento della regola c.d. della «inutilizzabilità interna», secondo la quale un'intercettazione può essere inutilizzabile per il processo e, però, utilizzabile «comunque» come *notizia criminis* e come elemento utile ai fini dell'autorizzazione ad intercettare⁶³. Tale regola - basata sulla non esten-

⁵⁹ C. cost., 17-7-1998, n. 281.

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Mass. Uff.*, n. 215841.

⁶¹ C. cost., n. 8 del 1993.

⁶² In tal senso: C. Dir. Uomo, 2-8-1984, Malone c. Regno Unito, § 83.

⁶³ Cass., Sez. I, 2 marzo 2010, Aquino e alt., in *Mass. Uff.*, n. 246656; Id., sez. VI, 22 novembre 2007, Ali e alt., *ivi*, 238714.

sibilità del principio fissato dall'art. 185 c.p.p. alle inutilizzabilità⁶⁴ - non si concilia con la tutela apprestata dalla C.e.d.u., che considera *sic et simpliciter* la libertà della comunicazione, rispetto alla quale è l'inutilizzabilità a rilevare, in quanto è solo l'inutilizzabilità che coincide sempre con l'illegittimità dell'intrusione secondo il sistema interno e, conseguentemente, con la mancanza di valida copertura positiva in relazione al diritto convenzionale. La prospettiva di scindere il contenuto (la notizia appresa attraverso l'intrusione) dalla sua fonte (l'intrusione illegittima, appunto) svisciva *in toto* il senso della tutela convenzionale, che considera legittima o meno l'intercettazione a seconda della legittimità dell'intrusione e non viceversa. Per altro, anche a voler far leva sugli aspetti propriamente procedurali e quindi sull'inapplicabilità dell'art. 185 c.p.p. alle inutilizzabilità, qualcosa non torna, posto che non pare proprio che l'inutilizzabilità di una prova acquisita mediante l'utilizzazione di una prova inutilizzabile possa derivare soltanto dall'applicazione analogica dell'art. 185. Laddove si ponga mente, infatti, alla seriazione causale che collega gli atti di qualsivoglia sequenza procedimentale, si ha che l'illegittimità dell'atto compiuto a seguito di atto illegittimo non è dovuta a ragioni genetiche, ma a ragioni funzionali, cioè al legame dinamico che lega il precedente atto al successivo⁶⁵.

Tre. L'effettività del divieto di intercettare il difensore. È, questo, il terreno sul quale ogni intervento legislativo risulterà vano fin quando si continuerà a considerare il divieto in relazione all'ostensione e all'utilizzazione delle comunicazioni acquisite e non pure, come deve essere, in quanto divieto «in sé». La norma di cui all'art. 103, co. 5 c.p.p. è chiara: «Non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite». Per la realizzazione di tale divieto giovano poco, tanto l'inutilizzabilità di quanto intercettato prevista dal successivo co. 7, quanto il fatto che, sempre a mente di tale ultima disposizione, nel verbale di ascolto debbano essere riportati esclusivamente i dati esteriori della comunicazione. Va considerato, in proposito, che alla base del divieto vi è il diritto dell'imputato di comunicare col suo difensore al di fuori della portata di ascolto di terzi; diritto che il la C.e.d.u. considera rilevante, non soltanto ai

⁶⁴ Si veda Cass., sez. III, 29 aprile 2004, Canaj, in *Mass. Uff.*, n. 229058,

⁶⁵ In tal senso, si vedano C. cost., 9-4-1998, n. 110; C. cost., 10-12-1998, n. 410; Cass., Sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Mass. Uff.*, n. 190420. Sull'inutilizzabilità funzionale, in dottrina, BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, p. 41; DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, cit., III, 227.

fini della tutela della riservatezza apprestata dall'art. 8, ma pure come esigenza basilare del processo equo (art. 6). Laddove, infatti, un difensore non potesse comunicare col suo assistito e ricevere da costui notizie confidenziali o indicazioni riservate, la difesa perderebbe la sua funzione e, in definitiva, verrebbe meno il contraddittorio e, quindi, l'essenza stessa del processo. L'importanza della «confidenzialità» dei colloqui tra l'imputato e il difensore, al fine dell'esercizio del diritto di difesa, è stata ribadita in diverse occasioni dalla Corte europea, che ha ritenuto, tra l'altro, che «la sorveglianza dei colloqui tra difensore e assistito limita il diritto di difesa violando l'art. 6, lett. "b" e "c" C.e.d.u., anche quando è giustificata dalla finalità probatoria conseguente alla possibilità che tra difensore e difeso possano esserci collusione o complicità»⁶⁶. Sempre secondo la Corte europea, poi, l'art. 8 C.e.d.u. è sempre violato «nel caso in cui il sistema non escluda la possibilità di intercettare i dialoghi telefonici tra difensore e difeso»⁶⁷. Al cospetto di tali indicazioni, risulta evidente come i divieti di utilizzazione e di ostensione risultino poco conducenti rispetto alla effettiva tutela di un divieto che, come esattamente rilevato in dottrina, «sta a monte della conoscenza della conversazione, nel senso che l'inquirente e il giudice non debbono in alcun caso conoscere il contenuto della conversazione», posto che, diversamente, «si metterebbe in crisi l'intera sistemica del codice, laddove per le conversazioni con il difensore si inserisce un divieto assoluto d'intercettazione, mentre per le conversazioni che contengono un segreto professionale si prevede soltanto un divieto di utilizzazione (art. 271, co. 2 c.p.p.): l'inquirente verrebbe a conoscenza di tutto il contenuto del rapporto cliente-difensore, sia pure non potendone, poi, fare un uso processuale»⁶⁸. Se, dunque, è la comunicazione a dover essere tutelata e non l'uso che di essa si faccia, e se, con l'introduzione del captatore informatico si è prevista la possibilità dell'attivazione «a intermittenza» dello strumento di captazione, non pare ci voglia molto a stabilire che, quale che sia il sistema di captazione, l'auscultante interrompa l'intercettazione allorché l'indagato o l'imputato si metta in contatto col suo difensore. Non pare proprio, insomma, che il progresso tecnologico possa essere applicato a senso unico, né che eventuali questioni tecniche possano svilire il senso dei divieti e, quindi, la tutela dei diritti sottostanti. Soprattutto laddove – come nel caso delle comunicazioni tra difensore e difeso – sarebbe poi il contraddittorio a risentirne.

⁶⁶ C. Dir. Uomo, 31-1-2002, Lanz c. Austria; C- Dir. Uomo, 12-5-2005, Ocalan c. Turchia.

⁶⁷ C. Dir. Uomo, 25-3-1998, Kopp c. Svizzera.

⁶⁸ PANSINI, *Sono inutilizzabili i colloqui dell'avvocato se gli indizi precedono l'intercettazione*, in *D&G*, 2001, 26, 18.