

Introduzione

È all'incirca da un paio d'anni che quasi ovunque si è sentito parlare della riforma delle intercettazioni. L'argomento è stato fonte inesauribile di dibattiti sia parlamentari che dottrinali, sia da parte degli avvocati che da parte dei procuratori della Repubblica, i quali in molte occasioni hanno rilasciato interviste in cui, per quanto strano mi sembrasse, erano inaspettatamente d'accordo sul fatto che questa riforma sarebbe andata in direzione opposta agli obiettivi che erano stati prefissati.

Il punto di svolta per la scelta di quest'argomento è stato l'articolo intitolato «Intercettazioni, così il ministero cancella il “metodo Falcone”», scritto per il Fatto Quotidiano da Roberto Scarpinato, procuratore generale a Palermo, nel quale questi denunciava l'eccessiva discrezionalità che il “decreto Orlando” dà alle forze di polizia: a esse spetterà il compito di giudicare la rilevanza delle conversazioni intercettate in prima battuta e, successivamente, di omettere di annotare nei brogliacci la trascrizione informale delle intercettazioni, il contenuto delle conversazioni che verranno ritenute irrilevanti e di indicarne solamente il giorno, l'ora e l'apparecchio intercettato. È stato difficile restare imparziali una volta lette le sue rilevazioni e le sue critiche, soprattutto per il fatto che egli sostiene che il ruolo di *dominus* del magistrato venga intaccato dalla nuova disciplina facendo propendere verso la polizia giudiziaria il ruolo dell'autonoma valutazione gli compete. A suo dire, infatti, esito delle nuove previsioni sarebbe quello di impedire al magistrato di avere contezza di tutto il quadro investigativo poiché resterebbe all'oscuro di elementi che, in realtà, potrebbero essere determinanti sia per l'accusa che per la difesa.

La mia analisi è partita dal *Manuale teorico e pratico delle intercettazioni* per lo studio della disciplina previgente e si è dipanata verso la dottrina e la giurisprudenza attinenti all'argomento per carpire le differenze tra la disciplina innovata e la riforma, e capire cosa si aspettavano gli operatori

del diritto dalle novità preannunciate e i motivi alla base delle critiche mosse alle novità procedurali, concernenti soprattutto un indebolimento della tutela del diritto di difesa.

È stato soprattutto un lavoro di comparazione dottrinale e giurisprudenziale, visto che la disciplina è entrata in vigore relativamente da poco e non è ancora reperibile una giurisprudenza fondata sulle nuove norme processuali: esse sono entrate in vigore dal 26 gennaio 2018, ma si applicheranno ai procedimenti fondati su decreti autorizzativi emessi successivamente al 31 marzo 2019. Ciò che è sicuramente stato d'aiuto è la notevole produzione dottrinale sull'uso del captatore informatico, il cd. *trojan horse*, una delle principali innovazioni della “riforma Orlando”.

La presente tesi è articolata in quattro capitoli. Nel primo ho descritto l'ambito di applicazione della nuova disciplina e le norme costituzionali che tutelano i fondamentali interessi in gioco: la libertà e la segretezza delle comunicazioni. Nel secondo ho esposto la disciplina delle operazioni captative e i principi giurisprudenziali più noti, in particolare in merito ai presupposti e alla motivazione della richiesta, comparando dove necessario la precedente disciplina con le innovazioni introdotte, come ad esempio le nuove disposizioni concernenti il deposito e la trascrizione degli atti. Nel terzo capitolo, ancora più specifico, sono state descritte le ipotesi di inutilizzabilità del materiale proveniente dalle captazioni, comprendendo le nuove ipotesi relative all'utilizzo del captatore informatico, e i pareri giurisprudenziali circa l'utilizzabilità delle videoregistrazioni, per l'utilizzo delle quali è stata creata una disciplina quasi del tutto derivante dalle sentenze della Corte di Cassazione. Il quarto e ultimo capitolo è stato quasi totalmente dedicato alla legge-delega e al “decreto Orlando”, con un'attenzione particolare per la dottrina.

È stato infine possibile comprendere se le critiche mosse nei confronti di questa riforma siano giustificate alla luce della nuova disciplina, che nelle intenzioni del legislatore delegato tutelerebbe ancor di più il diritto alla *privacy* delle conversazioni, senza però considerare il prezzo delle scelte dispositive compiute.

I. Principi costituzionali e collocazione sistematica dell'istituto

1. I principi costituzionali a tutela del diritto alla riservatezza

L'ordinamento costituzionale italiano è organizzato secondo il principio della «tecnica della libertà», un modello nel quale «ai cittadini viene assicurato l'esercizio dei diritti individuali e nel contempo lo Stato è posto nella condizione di non poterli violare»¹. Lo Stato è quindi posto nella condizione servente di tutelare i cittadini dalle ingerenze che potrebbero verificarsi nelle loro libertà, ingerenze che possono essere sia private che pubbliche.

Circa la funzione di tutela dello Stato contro le ingerenze private ci si può limitare a dire, in questa sede, che è motivo di esistenza dello stesso: i consociati si riuniscono in Stato essenzialmente allo scopo di convivere pacificamente, con la sicurezza che qualsiasi comportamento odioso venga da esso represso e sanzionato.

Lo scopo forse più pregnante della Parte Prima della Costituzione è, in realtà, quello di disciplinare e limitare le ingerenze pubbliche nella vita del singolo. La Costituzione repubblicana viene, infatti, alla luce a seguito di un periodo durante il quale le libertà individuali, prima ancora di quelle politiche, vennero fortemente condizionate semplicemente per ragione di Stato.

Chiaramente, per esigenze preminenti, lo Stato necessita di intervenire nella sfera individuale del cittadino, ad esempio per la prevenzione e la repressione dei reati (particolarmente interessante in questa sede). Ed è qui che si può notare come si realizzi il bilanciamento dei valori costituzionali delle moderne democrazie pluralistiche: i diritti non vengono considerati come singoli non comunicanti, bensì come un sistema in cui legge ha il compito di «conformare il delicato equilibrio fra il valore espresso dal diritto e quei soli valori che sono, nel sistema costituzionale, altrettanto primari, da poter essere configurati come limiti immanenti al diritto medesimo»².

¹ N. MATTEUCCI, *Lo stato moderno*, Bologna, 1993, pag. 127.

² P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, pag. 8.

Di conseguenza nella Costituzione sono state introdotte delle garanzie allo scopo di tutelare i diritti fondamentali di libertà: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione, di cui successivamente si tratterà.

Chiara esempio del fine tutelare è il primo articolo del Titolo I, Parte I della Costituzione, l'articolo 13: nella sua chiara formulazione sono facilmente individuabili le garanzie poste a tutela della libertà personale: la limitazione di quest'ultima può avvenire solo se preventivamente autorizzata dal giudice o se subordinata nell'efficacia a una successiva e tempestiva convalida da parte di questo.

Per quanto riguarda la tematica delle intercettazioni, le disposizioni da considerare particolarmente sono quelle di cui agli articoli 14 e 15 della Costituzione; l'articolo 14 entra in gioco nel caso di operazioni destinate a incidere sulla libertà di domicilio.

L'art. 15 Cost., sicuramente il faro per la disciplina delle intercettazioni, tutela la «libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione». È considerato una delle basi del sistema garantistico in quanto ha stretta attinenza al nucleo essenziale dei valori della personalità, come ribadito più volte dalla Corte Costituzionale, contribuendo a delimitare lo spazio vitale che circonda la persona e senza il quale quest'ultima non può esistere e svilupparsi secondo il principio della dignità umana³.

In base a questa premessa, la Corte ha ricavato dall'articolo in evidenza la tutela delle comunicazioni da inserirsi nella sfera privata di due o più soggetti, qualora a queste possa essere riferito un valore espressivo della personalità umana e della vita di relazione nella quale questa si svolge, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione⁴.

In ragione dell'invulnerabilità delle situazioni giuridiche soggettive previste e al termine di un accurato giudizio di bilanciamento, la Corte Costituzionale ha stabilito che queste non possono subire limitazioni da parte di alcuno dei poteri costituiti, se non per l'inderogabile necessità di

³ C. Cost., 12 gennaio 1993, n. 10.

⁴ C. Cost., 11 luglio 1991, n. 366.

soddisfare un interesse pubblico preminente costituzionalmente rilevante; oltre a ciò è necessario che tale intervento sia strettamente indispensabile per la tutela di quell'interesse, e ovviamente che siano rispettate le garanzie costituzionali a protezione di esse: riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione.

Violano, quindi, l'art. 15 Cost. tutte quelle condotte che ledono la libertà e la segretezza nelle comunicazioni, indipendentemente dal fatto che tali comportamenti siano posti in essere da un soggetto pubblico o privato.

Occorre, adesso, fare una precisazione: la norma non tutela tutte le comunicazioni della vita quotidiana, ma solo quelle suscettibili di un certo carattere di segretezza, reso manifesto dalla volontà dei soggetti partecipanti alla conversazione di non divulgarne il contenuto, sia nelle modalità attuative della comunicazione sia in momenti successivi alla stessa. L'invio di una lettera aperta a una testata giornalistica ricadrà sotto la tutela dell'art. 21 Cost. in quanto manifestazione del pensiero rivolta alla generalità del pubblico, mentre la lettera inviata in busta chiusa a un amico viene compresa nella tutela dell'articolo in esame in quanto il messaggio ivi contenuto, nelle intenzioni del mittente, dovrà essere conoscibile al solo destinatario. Un'apposita sentenza della Corte Costituzionale indica il *discrimen*: nelle ipotesi considerate dall'art. 15 Cost. la comunicazione tende alla segretezza, nelle ipotesi riguardate dal secondo articolo la comunicazione è rivolta a una pluralità di soggetti⁵.

Si può definire quindi l'oggetto della tutela costituzionale come «ogni forma di comunicazione interpersonale, a prescindere dallo strumento del pensiero utilizzato dal mittente»⁶. Sono quindi ricomprese nella norma sia le comunicazioni *inter absentes* sia le comunicazioni *inter praesentes*. Carattere necessario è la riservatezza oggettiva della comunicazione, ricavabile dalle condotte dei soggetti interessati; qualora infatti fossero utilizzati mezzi inadeguati a mantenere la riservatezza, la tutela dell'art. 15 Cost. non sarebbe invocabile.

⁵ C. Cost., 6 aprile 1993, n. 81.

⁶ Così, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, pag. 43.

A tale riguardo si può citare una sentenza della Corte di Cassazione⁷ che riguarda le comunicazioni orali tra presenti. Viene evidenziato che la tutela accordata ha per oggetto solo quelle conversazioni *inter praesentes* che si svolgano con modalità tali che ne risulti l'intenzione degli interlocutori di tenere segreto il rispettivo contenuto; se si verifica quindi l'ascolto casuale di un colloquio a causa delle modalità attuative utilizzate dai soggetti, come parlare a voce alta o comunque senza cura delle interferenze di terzi, si è in una situazione legittima.

Accettando la definizione di comunicazione come qualsiasi trasmissione di un messaggio «che una persona fa a una o più altre persone determinate»⁸, allora non possono rientrare quelle «espressioni del pensiero umano, destinate a restare circoscritte nella sfera personale dell'esprimente», perciò «ricadono, a seconda dei casi, sotto la tutela prevista per la libertà personale o per quella domiciliare»⁹. Ciò potrebbe valere anche per quei messaggi che, prima destinati a essere portati a conoscenza di determinati soggetti, non vengono più inviati.

Sicuramente ricadono sotto la tutela dell'art. 15 Cost. le comunicazioni «in concreto» inidonee «a pervenire al legittimo destinatario»¹⁰. Chiarissimo esempio è il messaggio lasciato in una segreteria telefonica in uso a una persona contattata per sbaglio. Non viene infatti a scemare l'esigenza di evitare intrusioni, da parte di soggetti terzi, nell'atto comunicativo¹¹.

Da quest'aspetto diventa facilmente individuabile il *discrimen* che esiste tra la tutela accordata dall'articolo 21 Cost. e la tutela in esame: la comunicazione protetta dall'art. 21 Cost., costituente la libera manifestazione del pensiero, è diretta alla generalità dei soggetti; la comunicazione protetta dall'art. 15 Cost. tende invece alla segretezza e deve essere conosciuta, nelle intenzioni del mittente, da soggetti determinati¹².

Rientra nell'ambito della tutela dell'art. 15 Cost. anche il fatto storico della comunicazione: le informazioni sul fatto che questa sia avvenuta, gli autori e le circostanze di essa. Quanto detto è

⁷ Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 1979, n. 63, Martinet.

⁸ P. BARILE & E. CHELI, voce *Corrispondenza*, in *Enc. dir.*, vol. X, Giuffrè, Milano 2002, pag. 744.

⁹ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Speciale, Delitti contro la persona*, vol. I, Cedam, Padova 1995, pag. 493.

¹⁰ Così, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati, op. cit.*, pag. 48.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Ben evidenziato dalla sentenza C. Cost., 15 novembre 1988, n. 1030.

facilmente riconducibile all'acquisizione dei tabulati telefonici posta in essere o delegata dall'autorità giudiziaria, così come indicato in una sentenza della Corte Costituzionale¹³. È innegabile infatti che l'utilizzatore del mezzo telefonico sia interessato a che la comunicazione intercorsa resti segreta in ogni suo elemento, e che quindi gli debba essere accordata la tutela in esame.

Ritornando alla disposizione dell'art 15 Cost. si può notare come questa intenda garantire la «libertà» e la «segretezza» della comunicazione. Sebbene intimamente connesse, tali caratteristiche sono profondamente diverse nella loro sostanza.

La comunicazione è libera quando non è sottoposta a indebite limitazioni o restrizioni da parte di privati o di pubblici poteri: il soggetto deve scegliere liberamente i soggetti con cui interfacciarsi e non deve essere interrotto od ostacolato, e comunque non deve subire alcuna interferenza.

Per quanto riguarda il concetto di segretezza si possono ravvisare vari orientamenti; tra questi è da esaminare l'indirizzo che distingue l'interesse alla segretezza delle comunicazioni dall'interesse al segreto sull'oggetto della comunicazione. Il primo si sostanzierebbe nel «diritto dell'autore di una comunicazione riservata a impedire che soggetti diversi dal destinatario *percepiscano*, nel caso delle comunicazioni orali, *ascoltino*, il messaggio trasmesso»¹⁴. Si parla insomma della segretezza della stessa comunicazione di per sé considerata¹⁵.

L'interesse al segreto sull'oggetto della comunicazione sarebbe «l'interesse a impedire che la *conoscenza* delle notizie comunicate travalichi i confini soggettivi segnati dal mittente»¹⁶. In altre parole si andrebbe a tutelare l'obiettivo del mittente affinché soggetti terzi diversi dai destinatari (diretti o indiretti) conoscano il *contenuto* del messaggio.

¹³ C. Cost., 6 aprile 1993, n. 81.

¹⁴ Così, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, op. cit., pag. 59.

¹⁵ Ci si inoltra così nel territorio della titolarità del diritto alla segretezza delle comunicazioni. Secondo una prima opinione, individuabile in L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 9, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, pag. 20 e D. POTETTI, *Note in tema di uso investigativo del registratore*, in *Riv. pen.*, 1992, pag. 156, il diritto farebbe capo sia al mittente che al destinatario. Secondo altra opinione, rinvenibile in F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, op. cit., pag. 156, la titolarità è in capo al solo mittente; secondo questa stessa tesi l'interesse al segreto sull'oggetto della comunicazione sarebbe condiviso tra mittente e destinatario.

¹⁶ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, op. cit., pag. 63.

Si può ritenere che degno della tutela dell'art. 15 Cost. sia solo l'interesse alla segretezza delle comunicazioni: se la norma tutelasse anche l'interesse al segreto sull'oggetto della comunicazione sarebbe vietato, per il destinatario, divulgare le notizie conosciute «per il solo fatto dell'immissione di tali notizie nel circuito comunicativo, a prescindere dall'esistenza di un interesse giuridicamente apprezzabile del mittente all'occultamento del dato di esperienza»¹⁷. Sarebbe, in altre parole, un vincolo imposto al destinatario in maniera arbitraria, che non sarebbe libero di autodeterminarsi.

Si può riconoscere però che qualora sussista un ulteriore interesse, tutelato costituzionalmente, affinché l'oggetto della comunicazione resti segreto, allora è garantito costituzionalmente anche l'interesse alla segretezza circa l'oggetto della comunicazione. Si pensi, ad esempio, a una comunicazione concernente lo stato di salute di un soggetto.

Per quel che riguarda il cd. «diritto alla riservatezza» bisogna innanzitutto considerare che non esiste una disposizione costituzionale che lo identifichi o tuteli; si è perciò discusso su quale possa esserne il fondamento costituzionale. Bisogna, però, dirimere anche il nodo definitorio, in quanto spesso i termini «riservatezza» e «*privacy*» sono utilizzati come sinonimi. In realtà i termini indicherebbero concetti differenti: la riservatezza riguarderebbe la «pretesa di impedire la divulgazione di informazioni sulla vita privata da parte di chi» ne è venuto a conoscenza in modo legittimo; la *privacy* riguarderebbe la «protezione contro ingerenze indebite»¹⁸.

Il diritto alla riservatezza, nella società odierna, confligge con altri interessi non meno importanti; quel che rileva in questa sede è l'interesse alla repressione dei reati attraverso l'uso dello strumento captativo.

Giova ribadire che debba esser tenuto distinto dall'interesse alla segretezza delle comunicazioni, come sopra individuato. Infatti non vi è lesione di quest'ultimo qualora i soggetti destinatari delle comunicazioni abusino delle informazioni legittimamente apprese: tale condotta configura una

¹⁷ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, op. cit., pag. 63.

¹⁸ C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 83, nota 53.

violazione di quello che è il diritto alla riservatezza, soprattutto qualora si tratti di notizie aventi carattere strettamente personale.

D'altra parte può essere violato il diritto alla segretezza delle comunicazioni senza però intaccare il diritto alla riservatezza; può essere presa come esempio la condotta del soggetto che apprende volutamente il colloquio in corso *inter alios* (posto in essere adottando le cautele necessarie affinché ciò non accada) e ne divulga il contenuto: viene sicuramente violata la segretezza della conversazione, ma ciò non implica il *vulnus* al diritto alla riservatezza¹⁹.

Tirando le somme, si può notare perché sia preferibile distinguere le fattispecie contemplate dall'art 15 Cost. e dalla tutela del diritto alla riservatezza: nella condotta esaminata appena sopra si rientra nell'ambito del diritto alla segretezza delle comunicazioni; si può parlare di lesione al diritto alla segretezza nel caso di indebita diffusione delle notizie private che siano state oggetto dell'atto comunicativo²⁰.

Dopo questa breve introduzione possiamo notare come, nella generalità dei casi, la violazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni preceda la lesione del diritto alla riservatezza; tutelando quindi il primo si garantisce anche il secondo. È comunque da ribadire che tali situazioni hanno un proprio carattere di autonomia, che verrà in risalto quando si tratta di individuare l'*an* e il *quomodo* di una loro rispettiva limitazione nel corso delle indagini preliminari²¹.

Circa la base costituzionale del diritto alla riservatezza bisogna distinguere i vari indirizzi.

Il primo orientamento considera fondamentale la disposizione dell'art. 2 Cost.: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». È questa la cd. «clausola aperta» mediante la

¹⁹ In tal senso, F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pag. 159, il quale osserva esattamente che si può avere lesione del diritto alla segretezza senza lesione della riservatezza «perché la notizia indebitamente percepita e divulgata non ha carattere privato».

²⁰ In L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, *op. cit.*, pag. 12, l'Autore segue lo stesso criterio distintivo, sottolineando che se «una comunicazione segreta viene percepita da un estraneo, cioè da chi non rientra tra i soggetti ai quali essa è, direttamente o indirettamente, rivolta, il diritto violato è quello della segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. Invece, quando il contenuto di una comunicazione segreta è rivelato a terzi da uno dei suoi partecipi o da chi ne ha avuto notizia, si ha una violazione del diritto alla riservatezza».

²¹ Così si evince anche da Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 1999, n. 7239, Cavinato, dove la giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come la divulgazione inopportuna o dannosa del contenuto di una comunicazione da parte di uno degli interlocutori non incide sulla libertà e sulla segretezza delle comunicazioni: non costituisce un'intromissione dall'esterno in ambiti privati non violabili. Tale divulgazione incide invece sull'interesse alla riservatezza. Comunque la stessa Corte ha ritenuto che, rispetto a tale ultimo interesse, deve certamente riconoscersi la prevalenza dell'interesse pubblico all'accertamento della verità, e quindi alla formazione della prova.

quale è possibile accogliere i diritti fondamentali dell'uomo non espressamente richiamati nella Costituzione; si configura «come una formula in bianco che consente di importare nel sistema dei diritti tutelati dalla nostra Costituzione tutti quegli interessi che l'evoluzione della coscienza sociale [...] porta ad accreditare»²². L'impostazione ideologica dietro questo orientamento è riconducibile alle concezioni giusnaturalistiche: compito del diritto positivo è quello di *riconoscere* i diritti preesistenti e bilanciarli con quelli esistenti. Dall'art. 2 Cost., quindi, prendono le mosse per la tutela costituzionale del diritto alla riservatezza.

Un secondo orientamento rinviene la tutela del diritto all'art. 3 Cost., ravvisandone la necessità nelle norme per cui «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale» e secondo le quali compito della Repubblica è «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»²³. Se infatti fosse possibile una diffusione indiscriminata delle notizie riguardanti la persona, questa sarebbe notevolmente ostacolata e compromessa nella sua autodeterminazione.

Una posizione intermedia riconduce il diritto alla riservatezza nell'ambito dei cd. diritti di privacy, intendendo il riferimento all'intera tutela della sfera intima delle persone e, quindi, a una molteplicità di diritti. Sono quindi da ricondurre nell'alveo dell'inaccessibilità della sfera privata i beni giuridici tutelati dagli artt. 14 e 15 Cost., strumentali alla tutela del bene «vita privata»²⁴. Il diritto alla riservatezza non è, come già detto, espressamente contemplato dalla Costituzione, ma si fonda su questi due perni: la libertà di domicilio e la libertà di comunicazione, i quali contribuiscono a delimitare uno spazio protetto da qualsivoglia ingerenza. Il domicilio è lo spazio in cui la persona può svolgere le più disparate attività, con l'affidamento psicologico di non essere né visti né sentiti da terzi. Violare la libertà domiciliare significa incidere su quest'affidamento. Considerato ciò, si può riconoscere una tutela indiretta ed eventuale del diritto alla riservatezza nell'art. 14 Cost., allorché la comunicazione avvenga nel domicilio.

²² R. BIN & G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, 8^a ed., Giappichelli, Torino, 2007, pag. 484.

²³ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 83; F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità di fatti criminosi*, in *Arch. Giur.*, 1968, pag. 54.

²⁴ Al riguardo, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, *op. cit.*, pag. 16.

Per quel che riguarda l'art 15 Cost., il costituente ha inteso proteggere lo «spazio d'intimità integrato dal rapporto mittente — destinatario, in cui sia possibile comunicare messaggi»²⁵.

Prende così forma la tutela della manifestazione privata del pensiero della persona all'interno del suo spazio, la quale ha certamente interesse affinché questo resti inaccessibile. Ecco perché si può quindi individuare negli artt. 14 e 15 Cost. una tutela indiretta dell'interesse individuale ad evitare che terzi conoscano e divulgino notizie riguardanti la propria vita privata²⁶.

Nella sentenza n. 36747 del 2003²⁷ le Sezioni unite hanno avuto l'occasione di svolgere alcune considerazioni sul diritto alla riservatezza: partendo dall'art. 15 Cost. ha affermato che la libertà e la segretezza delle comunicazioni sono strettamente connesse ai diritti della personalità, inviolabili ex art. 2 Cost. e fondamentali per lo sviluppo della persona umana. È quindi necessario interpretare in senso estensivo siffatte libertà, in modo da ricomprendere tutto ciò che a esse è strumentale. Ciò comunque non implica l'estensione della tutela del diritto alla segretezza delle comunicazioni al diritto alla riservatezza: resta la protezione di quest'ultimo in via mediata, come componente della libertà personale, della libertà di domicilio e della libertà e segretezza delle comunicazioni. Viene insomma salvaguardato qualora sia finalizzato a garantire una delle libertà di cui agli artt. 13, 14 o 15 Cost.

2. La riserva di legge

L'art. 15 Cost. al co. 2 circa la libertà e la segretezza delle comunicazioni stabilisce che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

Si pongono, così, le garanzie a tutela di tale libertà: la riserva di legge e la riserva di giurisdizione. La riserva di legge, di cui qui si tratterà, è il limite alla discrezionalità del potere

²⁵ L. CUSANO PIRO & E. PIRO, *Manuale teorico e pratico delle intercettazioni*, 1^a ed., Aracne editrice, Roma, 2013, pag. 173.

²⁶ Volendo essere precisi, ciò vale fin quando la comunicazione sia posta in essere nel proprio domicilio, oppure riguardino oggetto e fatto storico della comunicazione riservata. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati, op. cit.*, pag. 59, osserva che la tutela accordata dagli artt. 14 e 15 Cost. all'interesse alla riservatezza è «inidonea, come tale, a spiegare la propria efficacia inibitoria anche nei confronti delle condotte lesive di tale interesse che colpiscano direttamente l'intimità del domicilio o della comunicazione».

²⁷ Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

esecutivo nell'adozione di un provvedimento (esempio qui sicuramente più calzante è l'attività di polizia), viene perciò usata dal costituente in materie particolarmente delicate. Essa comporta, perciò, l'obbligo per la potestà legislativa di disciplinare le materie da essa coperte, impedendo che tali materie vengano disciplinate da atti a livello gerarchico inferiori alla legge.

Esistono varie tipologie di riserve. Un primo tipo di esse è la riserva a favore di atti diversi dalla legge. È raro incontrarla; si può trattare della riserva a favore di una legge costituzionale (esempio è l'approvazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata), o a favore dei cd. regolamenti parlamentari per gli atti *intra moenia*.

Le riserve rinforzate pongono ulteriori vincoli al legislatore. Possono distinguersi, secondo una non consolidata terminologia, in riserve rinforzate per contenuto, in cui la Costituzione prevede che una determinata regolamentazione possa essere fatta dalla legge soltanto con contenuti particolari al fine di limitare la discrezionalità del legislatore nel comprimere la sfera di libertà individuale, a meno che siano razionalmente giustificabili in relazioni ai fini indicati dalla Costituzione, ovvero non siano ispirate a intenti discriminatori, ovvero ancora siano limitate a casi specifici e giustificabili (ad esempio il caso dell'art. 43 Cost.). Le riserve rinforzate per procedimento invece prevedono che la formazione di una particolare disciplina debba seguire un procedimento aggravato rispetto al normale procedimento legislativo (caso lampante è l'art. 7 Cost. per il quale i rapporti tra Stato e Chiesa possono essere modificati soltanto con accordo tra Governo e Stato Pontificio, che non sarà emendabile previo nuovo accordo). La *ratio* è la limitazione del potere politico nei confronti delle minoranze, siano esse comunità religiose o comunità locali: i rapporti con esse possono essere disciplinati soltanto previo "consenso" degli interessati²⁸.

Una terza tipologia è la riserva di legge formale ordinaria, la quale impone che sulla materia inter-venga il solo atto legislativo, prodotto del procedimento parlamentare; vengono così esclusi anche gli atti equiparati alla legge stessa. *Ratio* di questa riserva così stringente è il controllo del Parlamento sugli atti del Governo: se non vi fosse questa riserva, il Governo potrebbe rendere

²⁸ Tale classificazione è presente in R. BIN & G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pagg. 310-311.

cogente qualsiasi atto avente forza di legge prodotto in totale autonomia. Basti pensare alla stipula e ratifica dei trattati internazionali: il Governo chiede al Parlamento l'autorizzazione alla ratifica da parte del Presidente della Repubblica (art. 80 Cost.); altro esempio è l'approvazione dei bilanci predisposti dal Governo da parte del Parlamento (art. 81 Cost.).

La tipologia che in questa sede più interessa è la riserva di legge semplice: la materia da essa coperta può essere disciplinata anche dagli atti aventi forza di legge e, a seconda che venga escluso o limitato l'intervento degli atti gerarchicamente inferiori alla legge, possiamo distinguerne due sottotipi. La riserva assoluta esclude qualsiasi intervento di fonti sub-legislative, imponendo quindi la regolazione della materia alle sole fonti legislative; è da questa che vengono tutelate le libertà fondamentali dal potere coercitivo dello Stato, in quanto è l'organo massimamente rappresentativo, il Parlamento, a decidere come queste possano essere limitate. La riserva relativa non esclude, invece, la concorrenza dei regolamenti amministrativi, ma richiede che la legge disciplini preventivamente almeno i principi fondamentali della disciplina (esempio è l'art. 97 Cost., in cui al co. 1 si prescrive che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge»).

La giurisprudenza costituzionale ritiene che la riserva di legge contemplata negli artt. 13 e 14 Cost. abbia carattere assoluto. Ciò si evince anche dalla formulazione degli articoli, nella parte in cui si parla di «casi e modi previsti dalla legge»²⁹. L'espressione contenuta nell'art. 15 Cost. sarebbe più significativa in quanto, al co. 2, al legislatore non solo è imposto di prevedere specificamente i casi e i modi delle restrizioni, ma anche di istituire altre garanzie³⁰. Si può intuire quindi che la legge debba individuare vari elementi attinenti la restrizione della libertà e della segretezza delle comunicazioni, come per esempio il fine. Eppure l'art. 15 Cost., nonostante l'importanza di tale obbligo per il legislatore e la conseguente necessità di limitare la discrezionalità del giudice competente, tace circa tali elementi. A parere della dottrina il legislatore non ha tenuto conto

²⁹ Art. 13 Cost., co. 2: «Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, [...] nei soli casi e modi previsti dalla legge»; art. 14 Cost., co. 2: «Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e nei modi stabiliti dalle legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale».

³⁰ In questo senso, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, op. cit., pag. 42, il quale evidenzia che la Corte Costituzionale, nella sentenza .34 del 1973 ha individuato alcune di queste garanzie, come la necessità di meccanismi tecnici tali da consentire all'autorità giudiziaria di controllare che siano eseguite solo e soltanto le intercettazioni autorizzate, ed esclusivamente nei limiti dell'autorizzazione.

dell'indicazione di queste ulteriori garanzie: oggi le istanze repressive prevalgono su quelle garantistiche. A conferma di ciò si può rilevare l'eccessivo sacrificio operato dalla legge nei confronti del diritto tutelato dall'art. 15 Cost. anche per reprimere reati di scarso disvalore e ridotta gravità (su tutti si può pensare al reato di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono ex art. 266, co. 2, lett. f, c.p.p.). Inoltre il giudice non può dare gradi di limitazione della segretezza nel provvedimento autorizzativo a seconda della gravità del reato e delle esigenze investigative, essendo la comunicazione imprevedibile a priori. E comunque, nonostante tali osservazioni, non si può negare che la riserva di legge resti la miglior garanzia disponibile in ragione del procedimento di cui tale atto costituisce l'esito: la legge e gli atti equiparati sono frutto di un'attività che, in seno all'organo rappresentativo, si svolge secondo i principi di pubblicità e del contraddittorio; tali canoni sono interdipendenti, in quanto «solo la pubblicità può rendere efficace la partecipazione dell'opposizione alla decisione»³¹.

Giusto a titolo di paragone può essere analizzata la disposizione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo: vengono individuate tutte le finalità per cui è possibile ingerire nella libertà delle comunicazioni; tra queste si fa riferimento alla sicurezza nazionale, all'ordine pubblico, al benessere economico del paese, alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Però, confrontando i meccanismi di garanzia, la disposizione di cui all'art. 15 Cost., co. 2, risulta essere più efficace.

Tralasciando l'ormai pacifica possibilità d'innovazione della disciplina penale da parte di un decreto legislativo, forti dubbi permangono circa l'ammissibilità del decreto-legge in materia. Si rende perciò necessario, per completare la trattazione circa la funzione di garanzia svolta dalla riserva di legge, affrontare tale discorso.

³¹ R. BIN & G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pag. 366.

La particolarità delle condizioni per le quali un decreto-legge viene emanato³² non lo rende, secondo parte della dottrina, pienamente compatibile con la *ratio* sottesa alla riserva di legge. I presupposti alla base dell'emanazione di tale atto sono difficilmente giustificabili con le esigenze di repressione delle condotte criminali. Partendo dall'analisi del fatto meramente storico del reato, si può affermare sulla base dell'esperienza che il disvalore alla base della punibilità di una condotta si genera molto lentamente nella coscienza sociale; è perciò facilmente incardinabile in una norma penale, da parte del legislatore, l'eventuale disvalore creatosi nel sentire sociale. A causa di ciò non è ben chiaro come, nell'innovare l'ordinamento introducendo un nuovo reato, possa giustificarsi l'uso del decreto-legge. I *casi straordinari*, legati a situazioni eccezionali e imprevedibili, non ricomprendono sicuramente una condotta che, con l'evolversi della società, sia diventata esecrabile. La *necessità* di provvedere con tale strumento non è quindi ravvisabile per due ordini di ragioni: in merito al bisogno di celerità dell'azione governativa nel reprimere le “nuove” condotte criminali si può affermare che questa, in realtà, è una falsa esigenza poiché, come già detto, la coscienza sociale si evolve lentamente; in merito alla rappresentatività dell'organo che adotta il provvedimento si nota che il decreto-legge non è portatore di tutte le istanze della popolazione, in quanto espressione della sola maggioranza politica.

Si rende perciò necessario che in una materia così delicata, che ha ricaduta diretta sulle libertà fondamentali, sia il Parlamento a innovare il diritto in quanto legittimato dal suffragio universale.

3. La riserva dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria

La riserva di giurisdizione, come richiamata dall'art. 15 Cost., è un rafforzamento del margine di discrezionalità che viene lasciato dalla legge a chi dovrà in seguito applicarla. Ciò implica quindi che non solo l'atto limitativo delle libertà personali debba essere previsto, in “astratto”, dalla legge, ma anche essere autorizzato “in concreto” dal giudice³³. Quindi qualsiasi limitazione del diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni dovrà essere controllata direttamente dal giudice.

³² Art. 77 Cost., co. 2: «Quando, in casi straordinari di necessità e urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge [...]».

³³ R. BIN & G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, pag 308.

Salta subito all'occhio una notevole differenza tra l'art. 15 Cost. e i restanti articoli della Costituzione concernenti le libertà personali. Leggendo le disposizioni si nota che in tutti questi articoli, tranne che per l'art. 15 Cost., la riserva di giurisdizione «incontra un'eccezione (anch'essa comunque coperta da una riserva di legge)»³⁴: è la clausola secondo cui «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare» provvedimenti limitativi della libertà personale aventi carattere provvisorio. C'è quindi una deroga, comunque temporanea, al controllo immediato del giudice: all'art. 13 Cost., co. 3 è prescritto che tali misure debbano essere comunicate all'autorità giudiziaria entro quarantotto ore dalla loro adozione per la convalida, da effettuare nelle successive quarantotto ore; nel caso non vi sia le misure si intendono revocate «e restano priv[e] di ogni effetto».

Questa eccezione non è invece compresa nell'art. 15 Cost., che ha dunque una riserva di giurisdizione assoluta: non esistono casi in cui possa essere eseguito un provvedimento limitativo per la libertà e la segretezza delle comunicazioni senza il preventivo vaglio del giudice; è escluso così qualsiasi intervento ad iniziativa della polizia giudiziaria, anche perché, come osservato, nella libertà di comunicare l'intercettazione «non ha di per sé funzioni cautelari, e ben difficilmente presenterà circostanze di vero e proprio *periculum in mora*»³⁵. Inoltre bisogna anche tener conto che le misure limitative della libertà di comunicazione incidono naturalmente anche la sfera giuridica di altri soggetti. Per questa ragione si rende opportuno un bilanciamento dell'interesse pubblico con quello privato nell'adozione di tali atti.

Secondo tale visione la legittimità costituzionale dell'art. 267, co. 4 c.p.p., che come si vedrà riconosce al pubblico ministero il potere di avvalersi della polizia giudiziaria per eseguire le operazioni d'intercettazione, diventa controversa. In realtà l'art. 15 Cost. non vieta l'attribuzione di tale potere alla polizia giudiziaria in quanto stabilisce solamente che esista un atto motivato dell'autorità giudiziaria per poter avviare le operazioni di polizia. Non esiste, insomma, una disposizione nella legge ordinaria che autorizzi la polizia giudiziaria ad agire d'iniziativa.

³⁴ L. CUSANO PIRO & E. PIRO, *op. cit.*, pag 162.

³⁵ In questo senso, G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, pag. 57.

L'autorità giudiziaria a cui si riferisce la riserva di giurisdizione è intesa generalmente in senso estensivo, in modo da comprendere sia il magistrato giudicante che il magistrato requirente³⁶, a differenza di quanto accade nell'analogia formula dell'art. 13, co. 2 Cost, dove l'interpretazione è restrittiva, essendo riferita al solo organo giudicante.

Ci sono, comunque, voci discordi in merito a quest'orientamento, le quali negano la possibilità della lettura estensiva e riferendo la formula ai soli "organi giurisdizionali"³⁷. La legge infatti dà al pubblico ministero solo poteri parzialmente limitativi della libertà personale, ma non poteri privativi di essa. Per questo motivo, dato che l'intercettazione è totalmente privativa della segretezza delle comunicazioni, il potere di disporre deve essere totalmente attribuito al giudice.

Alla riserva di giurisdizione si ricollega l'obbligo di motivazione specifica dell'atto limitativo delle libertà personali. L'obbligo è in primo luogo imposto dall'art. 111, co. 6 Cost, che prevede espressamente l'obbligo di motivare tutti i provvedimenti giurisdizionali. Tramite la motivazione si verificano la legittimità e la coerenza del provvedimento in modo che «ne sia possibile l'impugnazione giurisdizionale qualora esso risulti erroneo nella sostanza [...] o nella forma [...]»³⁸: essa «si sostanzia nell'enucleazione del ragionamento logico e giuridico che ha guidato il giudice verso la decisione adottata»³⁹, in altre parole è la spiegazione mediata del sillogismo che il giudice ha seguito nel decidere circa l'adozione di un atto.

³⁶ In accordo a questa opinione, P. BARILE & E. CHELI, voce *Corrispondenza*, op. cit., pag. 740; F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, op. cit., pag. 61; A. CAMON, op. cit., pag. 109. Anche la Corte Costituzionale ha preso incidentalmente posizione sul punto, riconoscendo l'espressione "autorità giudiziaria" come facente riferimento sia del giudice, sia del pubblico ministero: C. Cost., 11 marzo 1993, n. 81.

³⁷ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, op. cit., pag. 61, che a sostegno della tesi osserva anche che l'art. 111, co. 2 Cost. prevede espressamente la pronuncia dei «provvedimenti sulla libertà personale» da parte degli «organi giurisdizionali». In conseguenza di questa interpretazione l'Autore sostiene che la previsione di cui all'art. 267, co. 2 c.p.p. — che riconosce al pubblico ministero, in casi particolari, il potere di disporre l'intercettazione di propria iniziativa — violi la disposizione dell'art. 15 Cost. È così sostenuto anche da F. RUGGIERI, *Divieti probatori ed inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 10.

³⁸ A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 478.

³⁹ Citata dalla pagina web all'indirizzo <https://www.brocardi.it/costituzione/parte-ii/titolo-iv/sezione-ii/art111.html>, alla nota (6).

In questo senso si è espressa anche la Corte Costituzionale con sentenza n. 34 del 1973⁴⁰, in cui ha innanzitutto osservato che nell'art. 15 Cost. vengono tutelati due distinti interessi: quello alla libertà e segretezza delle comunicazioni, connaturale ai diritti inviolabili della personalità *ex art. 2 Cost.*, e quello alla prevenzione e alla repressione dei reati. Di conseguenza la Suprema Corte ha evidenziato varie volte⁴¹ l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra questi due contrapposti interessi; si rende perciò necessaria un'opportuna cautela nella valutazione della richiesta di autorizzazione alle intercettazioni affinché non sia realizzata una compressione sproporzionata del diritto al fine di reprimere gli illeciti penali.

Lo stesso giudice, inoltre, dopo aver bilanciato le due esigenze nella valutazione della richiesta, dovrà motivare adeguatamente la sua decisione.

4. Le intercettazioni come mezzo di ricerca della prova

Le intercettazioni sono disciplinate al libro III del codice di procedura penale, al capo IV del titolo III. Sono qui definite come “mezzi di ricerca della prova” (così è chiamato il titolo III) insieme alle perquisizioni, ai sequestri e alle ispezioni.

Il mezzo di ricerca della prova intende l'attività finalizzata alla ricerca e all'ottenimento delle fonti di prova (soggetti o cose da cui è possibile trarre elementi conoscitivi rilevanti per il procedimento⁴²), che si sostanziano quindi in informazioni od oggetti «idonei ad assumere rilevanza probatoria»⁴³, in quanto già esistenti rispetto al processo. Da ciò si differenzia col mezzo di prova, in quanto quest'ultimo è diretto a mettere a disposizione del giudice elementi impiegabili direttamente nella decisione⁴⁴, permettendo la formazione della prova in dibattimento.

Le intercettazioni, inoltre, si differenziano tra gli altri mezzi di ricerca in ragione del fatto che non solo costituiscono atti di indagine “a sorpresa”, ma sono anche strumenti occulti, cioè nascosti

⁴⁰ C. Cost., 6 aprile 1973, n. 34.

⁴¹ Ad esempio, C. Cost., 11 luglio 1991, n. 366.

⁴² C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, pag. 99.

⁴³ G. CONSO & V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2008, pag. 322.

⁴⁴ G. CONSO & V. GREVI, *op. cit.*, pag. 322; gli Autori inoltre evidenziano come questi siano stati tenuti separati nella disciplina del codice: mentre i mezzi di prova vengono regolati in ordine alla formazione della prova durante il dibattimento, nel caso dei mezzi di ricerca della prova l'attenzione è posta sulle modalità di individuazione di elementi probatori preesistenti al processo.

agli interessati per il periodo del loro svolgimento⁴⁵. E ciò è necessario anche per la natura stessa dell'atto, oltre che per la sua efficacia. L'intrusione che si attua coattivamente attraverso le perquisizioni e le ispezioni è avvertita dall'indagato, il quale potrebbe poi regolare il suo comportamento al fine di occultare eventuali fonti di prova; nel sequestro, allo stesso modo, la *res* cercata viene appresa in modo palese, e quindi potrebbe esserci la stessa conseguenza. L'indagato ha quindi la consapevolezza degli atti investigativi che vengono effettuati; si può anche evincere dalle disposizioni dettate dallo stesso codice di rito, che in tema di perquisizioni stabilisce, agli artt. 249, co. 1 e 250, co. 1 c.p.p. di consegnare copia del decreto agli interessati; per ciò che riguarda ispezioni e sequestri si ritrovano analoghe disposizioni agli artt. 246, co. 1 e 253, co. 4 c.p.p. L'intercettazione, al contrario, si caratterizza per la sua latenza, ed «è proprio siffatta caratteristica a garantire la notevole efficacia del mezzo in esame sul piano investigativo»⁴⁶.

Si potrebbe dare una definizione alle intercettazioni guardandone innanzitutto il profilo “funzionale”, in modo tale da comprenderne la sistemazione nell'ordinamento, nonché le eventuali differenze con gli istituti più affini. Esse si configurano in generale come un istituto che serve ad accertare la commissione di reati attraverso, come già detto, la ricerca e l'ottenimento delle fonti di prova. Così risulta dalla lettura dell'art. 267, co. 1 c.p.p., il quale richiede, come presupposto per l'emanazione del decreto che autorizza le operazioni, l'assoluta indispensabilità delle intercettazioni per la prosecuzione delle indagini⁴⁷.

Data questa funzione, è opportuno considerare due conseguenze della funzione assegnata all'istituto dall'ordinamento. In primo luogo, data la previsione secondo la quale le intercettazioni sono disposte al fine di individuare l'autore o gli autori del reato o, quantomeno, di ricavare elementi utili all'individuazione di essi, ne deriva l'impossibilità di usare le intercettazioni per

⁴⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 849.

⁴⁶ L. CUSANO PIRO & E. PIRO, *op. cit.*, pag. 17.

⁴⁷ Per quanto riguarda procedimenti legati all'accertamento di reati di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo telefonico si richiede, come si vedrà, che le intercettazioni siano necessarie per la prosecuzione delle indagini.

finalità diverse, fatti salvi i casi tassativamente previsti dalla legge⁴⁸. In particolare la giurisprudenza e la dottrina hanno da sempre sostenuto che le intercettazioni, così disciplinate, non possano essere usate per la ricerca di notizie di reato, in quanto, come si vedrà, presupposto fondamentale è l'iscrizione della notizia di reato al relativo registro *ex art. 335 c.p.p.* Comunque, se nel corso di intercettazioni disposte legittimamente emerga una notizia di reato, relativa ovviamente a un reato diverso da quello per cui sono state disposte, le relative informazioni potranno essere legittimamente acquisite⁴⁹.

In secondo luogo le previsioni legislative impediscono che le intercettazioni possano essere eseguite in una fase successiva alle indagini preliminari. Si può innanzitutto notare come la competenza per l'autorizzazione alle intercettazioni sia attribuita al giudice delle indagini preliminari — non è usata la generica previsione del giudice procedente; inoltre si può considerare anche la seguente questione pratica: dopo l'esercizio dell'azione penale e il conseguente avviso alla persona indagata *ex art. 405, co. 2 c.p.p.*, la clandestinità delle operazioni d'intercettazione è ormai compromessa.

Dato che l'art. 268, co. 5 c.p.p. è stato abrogato dall'art. 2 D.Lgs. 216/2017 è caduta la previsione per la quale, salvo casi eccezionali debitamente autorizzati dal giudice per le indagini preliminari, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni dovessero essere depositati non oltre la chiusura delle indagini preliminari⁵⁰.

Detto ciò, sovviene alla vista che l'ordinamento non contiene alcuna definizione dell'intercettazione. La stessa espressione, infatti, viene usata dal legislatore per indicare i più disparati istituti. Per un quadro più chiaro si possono analizzare le norme del codice di rito che utilizzano il

⁴⁸ Si pensi alle intercettazioni preventive, previste e disciplinate dall'art. 226 *att. c.p.p.*, così come modificato dall'art. 5 d.l. n. 374/2001, convertito in l. n. 438/2001. A ben vedere, tali intercettazioni hanno, diversamente dalle intercettazioni previste dagli artt. 226 e ss. *c.p.p.*, una finalità di prevenzione dei reati; non è previsto, quindi, che debba essere stato posto in essere un reato per poterle avviare.

⁴⁹ Sul tema, C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 53.

⁵⁰ In questo senso, E. APRILE & F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 10; gli Autori osservano che: «le intercettazioni telefoniche presuppongono necessariamente il perdurare delle indagini preliminari».

termine “intercettazione” per indicare un mezzo di ricerca della prova: da qui diventa possibile desumere la nozione di tale mezzo accolta dal legislatore⁵¹.

La conoscenza della struttura delle intercettazioni permette di individuare i confini dell’istituto, e quindi l’ambito di applicazione della disciplina. Ciò è necessario in quanto le intercettazioni limitano un diritto costituzionalmente protetto in base a un atto dell’autorità giudiziaria, e quindi tale limitazione deve essere necessariamente eccezionale e, perciò, rigorosamente circoscritta⁵².

Sono state le Sezioni Unite della Cassazione penale — con la sentenza n. 36747 del 2003⁵³ — ad aver individuato gli elementi del concetto del mezzo di prova in esame. Esso consiste nella captazione segreta del contenuto di comunicazioni o conversazioni riservate in corso di svolgimento *inter absentes* o *inter praesentes*, in tempo reale, tramite l’uso di mezzi tecnici idonei, da parte di un soggetto terzo estraneo alla comunicazione.

Si possono distinguere, tra gli elementi strutturali identificati nella nozione, aspetti oggettivi e soggettivi.

4.1 Aspetti oggettivi del concetto di intercettazione

Si può identificare come profilo oggettivo la modalità di esecuzione dell’intercettazione. C’è bisogno quindi che questa sia effettuata tramite strumenti meccanici, senza i quali la comunicazione non potrebbe essere appresa⁵⁴ in quanto permettono di superare i limiti della percezione umana. Bisogna poi necessariamente considerare che, all’art. 268, co. 1 c.p.p. è prescritta la registrazione delle comunicazioni intercettate, e al terzo comma è stabilito che «le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella Procura della Repubblica» fatti salvi i casi eccezionali. L’uso degli strumenti tecnici è quindi un requisito necessario per la legittimità dell’intercettazione in quanto bisogna superare le cautele adoperate dai soggetti comunicanti; secondo parte della dottrina è «l’elemento maggiormente caratterizzante» dell’in-

⁵¹ In questo senso, L. FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, op. cit., pag. 3.

⁵² G. ILLUMINATI, op. cit., pag. 27; l’Autore aggiunge: «tanto più che, nei confronti delle attività difformi dalla legge, è testualmente predisposto un preciso divieto probatorio».

⁵³ Cass. pen., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

⁵⁴ F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui*, op. cit., pag. 155.

tercettazione⁵⁵. Secondo tale orientamento, peraltro maggioritario, c'è una rilevante conseguenza sotto il profilo pratico: l'apprensione occulta *propria aures* da parte di un terzo del contenuto della comunicazione o conversazione non costituisce intercettazione, in quanto mancano palesemente i mezzi tecnici richiamati dalla disposizione. Ne consegue quindi l'inapplicabilità delle disposizioni codicistiche delle intercettazioni. Si può pensare, ad esempio, all'ipotesi in cui un terzo percepisce una comunicazione telefonica origliando alla porta di uno degli interlocutori⁵⁶.

L'indirizzo dottrinale contrario sostiene invece che anche l'apprensione occulta effettuata senza l'ausilio dei mezzi tecnici idonei debba essere qualificabile come intercettazione⁵⁷. In tale ipotesi l'acquisizione della registrazione eventualmente ricavato sarebbe possibile solo se sussistessero i presupposti sostanziali e formali dell'intercettazione⁵⁸. Tra gli argomenti a sostegno di questa tesi viene annoverato in prima battuta il dettato dell'art. 15 Cost., il quale non distingue i casi in cui la segretezza delle comunicazioni venga violata tramite l'ausilio degli strumenti tecnici ovvero attraverso la naturale percezione; pertanto entrambe le fattispecie sono considerabili come intercettazioni⁵⁹. Ad ogni modo, la fattispecie in cui l'ascolto viene effettuato senza strumenti tecnici è sottratta alla tutela dell'art. 15 Cost. in quanto questo non protegge dalle interferenze evitabili attraverso l'uso della normale cautela⁶⁰, perché tali conversazioni non presenterebbero il requisito della riservatezza.

Una seconda tesi a sostegno di quest'orientamento è quello secondo cui l'intercettazione cd. ambientale, come disciplinata dall'art. 266, co. 2 c.p.p., non necessita sempre dell'utilizzo dei mezzi meccanici⁶¹. Tale argomento risulta infondato in quanto l'uso dei mezzi tecnici può essere eventuale anche nel caso delle comunicazioni a distanza.

⁵⁵ G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 37; il quale precisa che: «senza l'utilizzazione di tali strumenti potranno aversi solo forme di interferenza nelle conversazioni private, ma non propriamente intercettazioni».

⁵⁶ Caso riportato da G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 37.

⁵⁷ Si può richiamare D'AJELLO, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Riv. pen. economia*, 1990, pag. 108; ed anche L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, *op. cit.*, pag. 6.

⁵⁸ Come osservato da F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, pag. 148; l'Autore evidenzia inoltre che questa opinione, negando importanza all'uso di mezzi meccanici di captazione, «non può essere condivisa».

⁵⁹ D. POTETTI, *op. cit.*, pag. 1009; in altre parole non si rinviene nella norma in oggetto una distinzione tra ascolto «fisiologico» e ascolto «meccanico».

⁶⁰ G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 49.

⁶¹ A riguardo, D. POTETTI, *op. cit.*, in *Riv. pen.*, 1992, pag. 1009.

Un indirizzo intermedio sostiene che l'intercettazione sussiste nel caso di captazione "a orecchio nudo" nel caso in cui questa sia accompagnata dalla contemporanea registrazione del colloquio. Vengono quindi distinti il momento di apprensione della comunicazione da quello di memorizzazione della stessa, escludendo quindi l'intercettazione nei casi in cui non avvenga la registrazione. Sono mosse, a questa teoria, le stesse critiche sottoposte alla seconda; viene ritenuto inoltre che la «dicotomia tra percezione e memorizzazione» abbia un «carattere artificioso»⁶².

Comunque, anche in giurisprudenza il primo indirizzo è il più seguito.

Giova precisare che la tecnicità dello strumento tecnico non deve essere esasperata: non è necessaria l'evoluzione tecnologica, bensì la sua capacità di superare le cautele adottate dai soggetti comunicanti⁶³.

Tra gli aspetti oggettivi rientra, sotto il profilo temporale, la contemporaneità dell'apprensione del colloquio rispetto al suo svolgimento. Tale caratteristica non è stata però particolarmente trattata⁶⁴, nonostante sia necessaria per considerare l'apprensione occulta come intercettazione⁶⁵. Si può notare come il requisito della simultaneità sia necessario a distinguere l'intercettazione come mezzo di ricerca *ex art. 266 c.p.p.* dal sequestro probatorio *ex art. 253 c.p.p.* A tal proposito il documento fonografico che si forma in modo differito potrà costituire, eventualmente, oggetto di sequestro probatorio *ex art. 253 c.p.p.*⁶⁶.

Parte minoritaria della dottrina svaluta il requisito dell'attualità, in quanto basterebbe il solo requisito della clandestinità per distinguere le intercettazioni dagli altri mezzi di ricerca della prova e definirne l'ambito applicativo⁶⁷. In realtà la clandestinità non è sufficiente a distinguere i mezzi di

⁶² C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 15.

⁶³ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 16.

⁶⁴ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 16; l'Autore nota che «ad onta dell'indubbia logicità, il requisito non ha formato oggetto di approfondimenti adeguati alla sua importanza».

⁶⁵ Tra gli altri, L. FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 565.

⁶⁶ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 16; l'Autore sottolinea che, data la differenza tra prove costituende e costituite, è tra le ultime che rientrano «le ipotesi di apprensione *ex post* del contenuto di una comunicazione fissato su un supporto rappresentativo (come la carta del fax o la stampa di un'e-mail). In tali casi, infatti, si imporrà la qualificazione in termini di prova documentale del materiale, con la conseguente applicazione dell'istituto *ex art. 253 ss.* del codice di rito».

⁶⁷ In tal senso, A. CAMON, *op. cit.*, pag. 22.

ricerca della prova nel momento in cui si vanno ad analizzare i mezzi innominati che potrebbero comunque consentire l'apprensione *ex post* del contenuto di una comunicazione⁶⁸.

Altro rilievo a favore di questa dottrina è la possibilità della differita tra comunicazione e ascolto. Un'autorevole opinione sostiene che: «anche in una normale intercettazione telefonica che si svolga con le forme dell'art. 267 c.p.p. può accadere che l'ascolto clandestino non sia contestuale allo svolgersi del colloquio intercettato, ma nessuno potrebbe pensare che ciò trasformi l'attività di ricerca insidiosa della prova in qualcosa di diverso da un'intercettazione»⁶⁹. Alla base della replica si rileva che debba sussistere comunque l'uso di mezzi tecnici tali da permettere l'ascolto in tempo reale, a prescindere dalla simultaneità vera e propria dell'ascolto avvenuto; in altri termini: «bisogna ritenere che ad essere necessaria non sia l'effettività dell'ascolto contestuale alla captazione, ma piuttosto la possibilità di una tale contestualità»⁷⁰.

Bisogna poi affrontare la questione dell'ascolto effettuato *aure proprio* con contemporanea registrazione del colloquio. Tale ipotesi non può rientrare nell'ambito delle intercettazioni in quanto manca l'uso di strumenti tecnici per l'ascolto. Non potrebbe ravvisarsi l'intercettazione neanche se il documento così formato venga consegnato dal soggetto captante *aure proprio* a un soggetto terzo in quanto manca la contestualità dell'ascolto. Il problema si pone qualora il soggetto captante sia stato comandato da quel soggetto terzo. Si può ad esempio considerare il caso del collaboratore della polizia giudiziaria che ascolta, registrandola, una conversazione che si svolge tra persone in un locale: la sua condotta non costituisce intercettazione⁷¹.

Per quel che riguarda l'oggetto dell'intercettazione, in via preliminare si possono analizzare le disposizioni codicistiche: in prima battuta, all'art. 266, co. 1 c.p.p. è consentito intercettare le conversazioni o le comunicazioni telefoniche e altre forme di telecomunicazione; all'art. 266, co. 2 c.p.p. si estende tale possibilità alle intercettazioni di comunicazioni tra i presenti (cd. intercet-

⁶⁸ In C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 17, nota 38 è riportato l'esempio della lettura occulta di un *hard disk* al fine di registrare e-mail lì salvate.

⁶⁹ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, *op. cit.*, pag. 158.

⁷⁰ L. CUSANO PIRO & E. PIRO, *op. cit.*, pag. 27.

⁷¹ *Ivi*, pag. 28.

tazioni ambientali); infine l'art. 266-*bis* c.p.p. permette «l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi»⁷². Tali fattispecie possono essere considerate *species* di uno stesso *genus* costituito dagli atti comunicativi⁷³. Detto ciò è quasi un obbligo definire i termini “comunicazione” e “conversazione”, già ampiamente utilizzati: per “comunicazione” si intende uno «scambio di messaggi fra un emittente ed un ricevente»», allo scopo di trasmettere informazioni⁷⁴; la “conversazione” indica «un colloquio [...] tra due o più persone»⁷⁵, intese quindi come presenti all'atto. Preso atto di ciò, ci si può rifare all'indirizzo per cui le «forme di comunicazione» sono «quei rapporti psichici, ancorché mediati, consistenti nella trasmissione di idee o notizie, che una persona fa a una o più persone determinate, col mezzo di cose atte a fissare, trasmettere e ricevere l'espressione del pensiero»⁷⁶. Ne deriva quindi che caratteristiche fondamentali della comunicazione sono la volontarietà e la partecipazione di una pluralità di soggetti.

Per il primo aspetto, occorre che la comunicazione sia voluta dal soggetto comunicante. Occorre quindi fare delle considerazioni. Si pensi al caso di scuola in cui un soggetto crea un messaggio telematico con l'intenzione di inviarlo a una determinata persona, poi cambia idea ma, per sbaglio, effettua l'invio. È palese la mancanza della volontà dell'atto, che quindi dovrebbe escludere, nel caso di captazione, la configurabilità della tutela della segretezza del messaggio. In relazione a queste ipotesi la soluzione è possibile «riferendosi ad una nozione di volontà che contempra anche le ipotesi di volizione potenziale»⁷⁷, tutelando quindi anche le ipotesi in cui la realizzazione dell'atto comunicativo sia stata ostacolata in quanto presenterebbero comunque il carattere della volontarietà.

Circa i vizi della volontà, viene in generale considerata esistente la volontarietà comunicativa per i casi di errore, violenza e dolo; esiste una particolarità per quel che riguarda la costrizione effettuata attraverso la violenza fisica, dall'ordinamento considerata il vizio meno resistibile:

⁷² Articolo inserito nel codice di procedura penale con legge 23 dicembre 1993, n. 547.

⁷³ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 21.

⁷⁴ Così, N. ZINGARELLI, voce *Comunicazione*, *Vocabolario della lingua italiana*, Zanichelli, Bologna, 2007.

⁷⁵ N. ZINGARELLI, *op. cit.*

⁷⁶ P. BARILE & E. CHELI, voce *Corrispondenza*, *op. cit.*, pag. 744.

⁷⁷ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 22.

qualora sia tale da costringere un soggetto a porre in essere un atto comunicativo si configura una volontà di comunicare ascrivibile al soggetto “costrittore”⁷⁸.

L'importanza della volontarietà è stata evidenziata anche dalla giurisprudenza. È stato sostenuto che il concetto di comunicazione implichi lo scambio volontario tra più soggetti di messaggi, in qualsiasi modalità esso avvenga, anche per gesti; è quindi atto comunicativo quello diretto allo scambio riservato di messaggi. Ovviamente tale atto deve essere idoneo alla realizzazione della predetta finalità; è questa idoneità a caratterizzare qualunque attività umana percepibile *ab externo*⁷⁹ come tale, e a garantirne la tutela attraverso l'art. 15 Cost.

L'altro requisito necessario, la pluralità di soggetti partecipanti, delimita l'atto comunicativo rispetto alle «espressioni di pensiero destinate a rimanere nella sfera personale del soggetto che le compie»⁸⁰, facendo ritenere quindi che le ipotesi quali soliloqui, preghiere, e qualsiasi altra fattispecie in cui venga a mancare il rapporto mittente-destinatario non siano suscettibili di tutela *ex art. 15 Cost.*; la captazione di tali discorsi non può configurarsi come intercettazione in quanto manca lo scambio di messaggi. Sono, al contrario, suscettibili di tutela le comunicazioni che, nonostante siano dirette a soggetti determinati, non raggiungono la destinazione voluta dal mittente: in esse sono presenti entrambi i requisiti della *voluntas* comunicativa e della pluralità di persone⁸¹.

Fatta la dovuta premessa, si può passare all'analisi dei tre tipi di comunicazione intercettabili.

Sicuramente più frequentemente intercettate rispetto agli altri tipi sono le comunicazioni telefoniche, consistenti nella trasmissione orale di un messaggio da un soggetto ad altro, o ad altri, attraverso l'uso del mezzo telefonico.

Le comunicazioni *inter praesentes* sono oggetto delle cd. intercettazioni ambientali: è l'ipotesi di due o più soggetti che nello stesso luogo si scambiano messaggi.

⁷⁸ In questo senso, C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 22.

⁷⁹ Cass. pen., Sez. VI, 10 novembre 1997, n. 4397, Greco.

⁸⁰ P. BARILE & E. CHELI, voce *Corrispondenza*, *op. cit.*, pag. 745.

⁸¹ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, *op. cit.*, pag. 48; l'Autore nota che «la tutela costituzionale non può essere negata all'autore di una comunicazione che sia in concreto inidonea a pervenire al legittimo destinatario, ed elabora l'esempio del messaggio registrato sulla segreteria di un'utenza telefonica appartenente a persona diversa da quella con cui si voleva comunicare. «La circostanza che il rapporto comunicativo sia comunque destinato a non perfezionarsi non attenua, infatti, l'esigenza di preservare l'atto di trasmissione riservata dalla possibile intrusione di soggetti terzi».

È ostico, invece, definire il “flusso di comunicazioni” reso intercettabile dall’art. 266-*bis* c.p.p., in quanto carente di una precisa definizione in ambito codicistico. Si può comunque ricavare grazie dal confronto della disposizione con la giurisprudenza in materia⁸², formatasi in sede d’applicazione delle nuove fattispecie penali introdotte con il citato articolo⁸³. Si considera perciò come “flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici” «la trasmissione di dati elaborati ed utilizzati da elaboratori elettronici»⁸⁴, in altre parole qualsiasi scambio di dati che avviene tra due o più terminali informatici attraverso reti di telecomunicazione, che possono essere costituite dalla linea telefonica, dalla linea televisiva o dalla linea satellitare⁸⁵. Puntualmente precisa nelle sue statuizioni, la Suprema Corte⁸⁶ indica il “sistema informatico” come un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all’uomo, attraverso l’utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, caratterizzate dalla “registrazione” o “memorizzazione” — tramite un’attività di “codificazione” e “decodificazione” realizzata per mezzo di impulsi elettronici — su supporti adeguati, di “dati”, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare “informazioni”⁸⁷. Per “dati” devono intendersi le rappresentazioni elementari di un fatto, effettuate attraverso simboli (cd. bit), in combinazioni diverse.

Si può notare come l’ambito di disposizione delle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche sia più ampio degli altri due tipi, potendo queste essere utilizzate, oltre che per i reati indicati all’art. 266, co. 1 c.p.p., anche — previsione dell’art. 266-*bis* c.p.p. — per i reati commessi «mediante l’impiego di tecnologie informatiche o telematiche». Possono essere disposte quindi,

⁸² Cass. pen., Sez. V, 14 ottobre 2003, n. 44362, Muscia.

⁸³ La legge 23 dicembre 1993, n. 547 ha introdotto nell’ordinamento i reati cd. *computer’s crimes*; tra questi: l’art 615-*ter* c.p. che punisce l’accesso abusivo a un sistema informatico o telematico, l’art. 615-*quater* che sanziona la detenzione e la diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici e telematici; infine l’art. 615-*quinquies* che prevede la diffusione di programmi diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico; oltre agli artt. 617-*ter*, -*quater*, -*quinquies*.

⁸⁴ L. CUSANO PIRO & E. PIRO, *op. cit.*, pag. 33.

⁸⁵ In G. BUONOMO, *Metodologia e disciplina delle indagini informatiche*, in G. BUONOMO *et al.*, *Profili penali dell’informatica*, Giuffrè, Milano, 1994, pag. 148, si osserva che «ciò che distingue il sistema informatico da un sistema telematico è [...] soltanto il metodo utilizzato per la trasmissione dei dati a distanza: nel primo caso gli elaboratori sono collegati tra loro direttamente per mezzo di un cavo; nel secondo, utilizzano onde guidate, cavi telefonici, ponti radio e quant’altro sia idoneo allo scopo».

⁸⁶ Cass. pen., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, Di Zenzo.

⁸⁷ Indicando con tale termine un insieme di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l’utente.

oltre che per i cd. *computer's crimes*, anche per perseguire tutti i reati perpetrati avvalendosi delle succitate tecnologie.

Le intercettazioni di «altre forme di telecomunicazione», presenti all'art. 266, co. 1 c.p.p., meritano sicuramente un'analisi in questa sede. Si è innanzitutto visto che il termine «telecomunicazioni» comprende «qualunque sistema per la trasmissione a distanza di informazioni di diversa natura (segnale telegrafico e telefonico, dati numerici, programmi televisivi)»⁸⁸. Per quel che riguarda la distanza, non deve essere considerata assoluta, bensì è sufficiente che i due sistemi informatici siano in luoghi separati nell'accezione più semplice del termine, come ad esempio due stanze diverse di una stessa abitazione.

Circa ancora l'oggetto delle intercettazioni bisogna evidenziare che è intercettazione solo la captazione di una comunicazione svolgentsi in forma diversa dallo scritto⁸⁹.

Anche le comunicazioni scritte sono tutelate dall'art. 15 Cost., ma per la loro acquisizione al procedimento penale è disciplinato l'uso di un altro mezzo di ricerca della prova: il sequestro probatorio.

Giova ricordare che tutti i tipi di comunicazione sono protetti da questa norma costituzionale; su questo piano è possibile inquadrare un'affinità tra intercettazione e sequestro: entrambi gli istituti devono pienamente soddisfare le condizioni poste dall'art. 15 Cost. perché ledono il bene protetto in questa norma; per quanto riguarda la pratica giudiziaria, invece, cambia sostanzialmente la disciplina normativa, con le differenze garantistiche già trattate nei paragrafi precedenti. La captazione di messaggi scritti è definita dal codice di rito come «sequestro di corrispondenza»; il termine intercettazione è usato con riferimento alle sole comunicazioni telefoniche e simili. Ciò rileva, com'è ovvio, sulla disciplina applicabile.

⁸⁸ Definizione tratta da *La nuove enciclopedia delle scienze*, voce *Telecomunicazioni*, Garzanti, Milano, 1988, pag. 1936.

⁸⁹ Tra gli altri, G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 37, dove osserva che: «l'intercettazione si identifica dunque con la presa di coscienza, da parte di un terzo, di quelle comunicazioni riservate che non avvengono in forma scritta».

Il sequestro di corrispondenza è disciplinato all'art. 254 c.p.p., quindi al capo III del titolo III del libro III del codice di rito, nell'ambito del sequestro probatorio. Ciò sottolinea la sua natura difforme dalle intercettazioni, nonostante la *res* appresa possa contenere messaggi. Sempre a livello sistematico si può notare come invece alle intercettazioni sia dedicato un capo autonomo, il IV, a evidenziarne l'autonomia d'oggetto — per il tipo di comunicazione — e disciplina rispetto al sequestro probatorio⁹⁰. Si rileva come l'intercettazione di comunicazioni sia un mezzo investigativo più insidioso per la pervasività che ha nella vita privata rispetto al sequestro di corrispondenza: mentre la prima spiega la sua efficacia grazie al naturale carattere di clandestinità, permettendo di non interrompere il flusso comunicativo intercettato, il sequestro col suo manifestarsi blocca l'*iter* comunicativo. È così giustificata la maggiore attenzione dedicata dal codice di rito alla disciplina delle intercettazioni⁹¹.

La riservatezza, già ampiamente trattata in questa sede, rientra tra i requisiti oggettivi della comunicazione tutelata *ex art. 15 Cost.* È necessario, infatti, affinché la conversazione o la comunicazione sia tutelata dalla disposizione citata, che i soggetti operino le opportune cautele per evitare che altri soggetti percepiscano quanto venga da loro comunicato al destinatario — o ai destinatari — diretto o indiretto. È destinatario diretto colui a cui è diretta la comunicazione; indiretto è il destinatario che è posto, volontariamente e consapevolmente dal dichiarante, nella condizione di percepire la comunicazione con consapevolezza e volontà dei colloquianti⁹².

La determinabilità dei destinatari è quindi requisito indispensabile per poter accordare la tutela dell'art. 15 Cost.

Bisogna quindi verificare la sussistenza dell'*animus excludendi alios* sulla base di dati oggettivi riscontrati sul modo di svolgimento e sull'adeguatezza del mezzo usato. L'utilizzo del solo criterio

⁹⁰ A tal proposito, A. CAMON, *op. cit.*, pag. 16, nota come sia «soluzione tecnicamente corretta [...] dedicare alle intercettazioni un capo autonomo».

⁹¹ Sul tema, L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, *op. cit.*, pag. 5; ed anche G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 30, che nota come «anche il grado di penetrazione nella vita privata cambia non poco; e quanto più insidioso è lo strumento di indagine, tanto più delicato è il relativo potere».

⁹² Così, F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione*, *op. cit.*, pag. 156, dove l'Autore fa l'esempio della persona presente in modo palese ed estranea al colloquio.

soggettivo della volontà di riservatezza sul messaggio è, peraltro, difficilmente dimostrabile⁹³. Sulla base di tali considerazioni è impossibile, ad esempio, ritenere riservato il colloquio svoltosi tra *praesentes* in un luogo affollato⁹⁴. Sicuramente si può considerare tutelata la conversazione realizzata in un luogo di domicilio⁹⁵, per il quale si può ipotizzare una «presunzione relativa di riservatezza»⁹⁶. Questa presunzione non può essere assoluta: se i soggetti comunicano in modo tale da consentire un ascolto fisiologico da parte di altri soggetti estranei, la tutela non può ritenersi operante perché latita del carattere di riservatezza. Anche la giurisprudenza di legittimità⁹⁷ ha riconosciuto che è dovere dei soggetti adoperare le opportune cautele affinché le comunicazioni tra loro poste in essere siano riservate; qualora ciò non si verificasse, l'ascolto *aure proprio* sarebbe sempre legittimo.⁹⁸

Le comunicazioni effettuate con mezzi tecnici operanti su canali riservati, quali per esempio il telefono, sono da ritenersi sempre riservate, in quanto sono in grado di dare una «legittima aspettativa di segretezza, per rinunciare alla quale occorre un'esplicita manifestazione di volontà del comunicante»⁹⁹. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta sul punto statuendo che questi tipi di comunicazione sono confidenziali, e tale carattere non può venir meno «per il solo fatto che il contenuto [...] concerne o può interessare la pubblica autorità»¹⁰⁰

Ciò non può valere per le comunicazioni effettuate tramite emittenti a irradiazione circolare, per le ovvie caratteristiche ontologiche. La Cassazione¹⁰¹, intervenendo sull'argomento, ha sostenuto

⁹³ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, *op. cit.*, pag. 10.

⁹⁴ Così in G. CONSO, *Ascolto elettronico e conversazioni tra presenti*, in *Terni*, 1973, pag. 314: «i discorsi tenuti in un pubblico locale, alla presenza del primo arrivato o con una voce così alta da farsi udire da altri avventori più o meno distanti, perdono in partenza ogni carattere di segretezza per cui cade la ragione stessa di risalire all'art. 15 della Costituzione. In altre parole, chi conversa ponendosi in simili situazioni rinuncia spontaneamente alla protezione accordata da quella norma fondamentale. Se, invece, il discorso che si svolge in un esercizio pubblico è condotto con circospezione, in un angolo appartato, al di fuori di qualsiasi occhio o orecchio indiscreto, la garanzia costituzionale può essere superata ad una sola condizione: che vi sia un atto motivato dall'autorità giudiziaria».

⁹⁵ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, *op. cit.*, pag. 10, il quale fa riferimento «alle parole pronunciate da una persona nella propria abitazione alla presenza del solo destinatario della conversazione».

⁹⁶ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 24.

⁹⁷ Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 1979, n. 63, Martinet.

⁹⁸ In questo senso, Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 1981, n. 3821, Tramonte, la quale statuisce che le norme sulla riservatezza si estendono anche alle comunicazioni orali *inter praesentes*, sempreché le modalità del loro svolgimento indichino l'intenzione dei colloquianti di mantenere riservato il contenuto.

⁹⁹ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, *op. cit.*, pag. 10.

¹⁰⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 1993, sent. A. contro Francia.

¹⁰¹ Cass. pen., Sez. I, 20 maggio 1997, n. 5894, Bottaro e altri; Cass., sez. VI, 6 dicembre 1994, Imerti e altri.

che non occorre un'autorizzazione del magistrato per intercettare le conversazioni poste in essere via etere tramite impianti radioelettrici di telecomunicazione. Infatti, queste non possono essere tutelate dall'art. 266 c.p.p., in quanto sono naturalmente captabili da appositi apparecchi posti nel raggio di trasmissione. Tale caratteristica non può, quindi, originare aspettative circa la segretezza di quanto comunicato. Oltre a ciò, qualora per l'utilizzo di determinate frequenze non si fosse ottenuta la concessione ministeriale, le trasmissioni effettuate sarebbero illegali, e quindi prive della tutela costituzionale.

Altro aspetto oggettivo della comunicazione è la sua clandestinità. La captazione è effettuata da un terzo alla comunicazione o conversazione, e i soggetti che comunicano o conversano sono ignari della captazione. Come già detto, questa condizione è necessaria per l'efficacia dell'atto, che si regge proprio sull'effetto sorpresa; viceversa i soggetti intercettati non effettuerebbero comunicazioni rilevanti sotto il profilo probatorio. Per questo motivo si può osservare che la finalità del mezzo di ricerca è legata al carattere insidioso della captazione: se oggetto della captazione è un colloquio riservato, i soggetti che comunicano non devono sapere dell'atto; ciò perché «verrebbe meno la principale utilità dello strumento, basata appunto sulla possibilità di scoprire elementi di prova che verosimilmente gli interlocutori non apporterebbero al processo di propria volontà»¹⁰².

Bisogna però delimitare tale requisito; si tratta di comprendere quanto questo debba esser presente per qualificare l'atto captativo come intercettazione. La dottrina è stata molto prolifica in merito. Un primo orientamento identifica come intercettazione il colloquio captato all'insaputa di almeno uno dei soggetti partecipanti. A favore di quest'opinione sovviene *in primis* il dato normativo desumibile dall'art. 266, co. 1, lett. f) c.p.p., dove sono previsti, tra i reati che permettono le intercettazioni, le fattispecie di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, molestia o disturbo delle persone a mezzo del telefono; in questi casi la persona offesa è perfettamente cosciente dell'operazione in corso — tant'è che tale intervento può essere da lei richiesto¹⁰³ —

¹⁰² G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 34.

¹⁰³ M. VIALE, *L'acquisizione dei dati esteriori di conversazioni o comunicazioni: tra nuove tecnologie e sbandamenti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1999, pag. 2579, osserva che «per queste ipotesi, nella gran maggioranza dei casi, l'intervento dell'autorità giudiziaria avverrà su sollecitazione della persona offesa».

mentre per il reo permane l'inconsapevolezza. Inoltre si argomenta che è necessario, per l'ordinamento, tutelare la segretezza della conversazione anche nei confronti di un solo interlocutore; infatti il diritto alla riservatezza può essere «definito da un punto di vista processuale, come diritto a non essere intercettato senza un previo decreto del giudice o del pubblico ministero»¹⁰⁴.

Una seconda tesi nega la qualifica di intercettazione alla captazione occulta nei confronti di un solo loquente. I fautori di questa tesi tengono distinti gli atti lesivi della segretezza delle comunicazioni dalle intercettazioni, configurando le seconde come *species* dei primi¹⁰⁵. Conseguenza di questa configurazione è che l'intercettazione abbia come presupposto fondamentale l'azione di un terzo non partecipante; non si può quindi considerare intercettazione la captazione occulta di un colloquio effettuata da uno dei partecipanti¹⁰⁶. Ciò vale quindi anche per il «caso che una delle parti favorisca o autorizzi l'ascolto e l'eventuale registrazione di un estraneo, direttamente (ad esempio, dall'apparecchio telefonico) o per mezzo di congegni elettronici a distanza»¹⁰⁷. C'è poi un'ulteriore considerazione: qualora si ammetta che il destinatario della conversazione possa operare su mandato del terzo captatore, permettendogli di ascoltare il documento sonoro in seguito, si ravviserebbero i caratteri di un'intercettazione; nel caso in cui sia il destinatario a registrare di propria iniziativa il colloquio e a permettere poi a un terzo l'ascolto del documento, non si avrebbe tale qualifica in quanto il terzo non utilizza mezzi tecnici né direttamente né indirettamente, diversamente dalla prima ipotesi in quanto sussiste in essa un uso indiretto di tali mezzi. Ciò porterebbe perciò a una disparità di trattamento tra le due ipotesi: in esse rileva la volontà per cui il soggetto loquente capta la conversazione; il carattere della segretezza viene, però, violato allo stesso modo. Tale disparità potrebbe essere superata ritenendo inapplicabile la disciplina di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p. a «qualunque ascolto clandestino effettuato dal terzo, contestualmente o a distanza

¹⁰⁴ A. CAMON, *op. cit.*, pag. 20; si considera che «quello alla segretezza è un diritto che appartiene, individualmente, a entrambi i soggetti del colloquio».

¹⁰⁵ Può infatti costituire lesione della segretezza delle comunicazione anche l'atto di chi mostra il messaggio scritto a un terzo che non sia destinatario di esso.

¹⁰⁶ G. ILLUMINATI, *op. cit.*, pag. 35.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

di tempo, con la complicità del destinatario dell'atto comunicativo»¹⁰⁸. Sorge spontaneo il rilievo per cui, nell'ipotesi dove il soggetto colloquante registri il colloquio *sua sponte*, non si può parlare di atto effettuato da parte di un terzo¹⁰⁹; qualora invece il soggetto agisca su mandato del terzo, è in realtà quest'ultimo a effettuare l'intercettazione in quanto usa suoi mezzi tecnici.

Si può notare come, in quest'ultima tesi, l'attualità dell'ascolto diventi irrilevante, mentre si è visto come questo sia presupposto necessario delle intercettazioni, sia nella sua veste effettiva che in quella potenziale.

Si può quindi affermare come, in conclusione, come sia preferibile la prima tesi, qualora però il soggetto attivo della captazione sia un terzo estraneo al colloquio, e non il loquente a conoscenza dell'operazione.

Sempre a proposito dell'insidiosità dell'intercettazione, la Cassazione si è pronunciata sull'ipotesi in cui la polizia giudiziaria utilizzi il telefono cellulare della persona indagata a seguito di sequestro rispondendo alle chiamate entranti e dirette all'indagato, simulandone la voce. Sorge in merito il dubbio se tali operazioni siano qualificabili come intercettazione. La giurisprudenza di legittimità, prendendo posizione sul punto¹¹⁰, ha evidenziato l'inappropriatezza del richiamo della disciplina delle intercettazioni: accogliendo la definizione della maggior parte degli autori, queste sono configurabili qualora vi sia la captazione occulta di una captazione *inter alios* attuata con l'ausilio di strumenti meccanici o elettronici idonei a superare le naturali incapacità dei sensi. Perciò non si può in merito parlare di intercettazioni innanzitutto perché manca l'uso di idonea strumentazione; inoltre non può sussistere tutela per le dichiarazioni rese all'interlocutore: è pacifico che ciascun partecipante alla conversazione può liberamente disporre delle informazioni legittimamente conosciute in occasione di questa, a prescindere dalla circostanza che l'altro sog-

¹⁰⁸ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, *op. cit.*, pag. 159.

¹⁰⁹ A. CAMON, *op. cit.*, pag. 24 osserva che «sono [...] diverse» le fattispecie di «chi parla» e «contemporaneamente registra» e l'ipotesi dove «la registrazione è fatta da un terzo, estraneo al colloquio».

¹¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, 7 novembre 2001, n. 7724, Bregasi. Nel caso di specie il ricorrente si era opposto all'utilizzabilità, avallata dalla Corte d'Appello, delle dichiarazioni rese dall'agente di polizia giudiziaria sul contenuto delle telefonate in entrata sul cellulare dell'arrestato, con le quali gli interlocutori, credendo di parlare con quest'ultimo, chiedevano di acquistare "birre" o "pezzi". Secondo il ricorrente si trattava di intercettazioni illegittime e quindi inutilizzabili.

getto sia o non consapevole o consenziente¹¹¹. Per quel che riguarda l'indagato, non sussiste intercettazione nei suoi confronti perché, anche se presente, non partecipa al colloquio; manca così un presupposto fondamentale: la comunicazione tra due persone di cui un terzo abbia preso cognizione a loro insaputa. Ecco quindi come la Cassazione riconosce nell'insidiosità dell'intercettazione un carattere fondamentale: se l'intrusione è manifesta si esce fuori dal concetto stesso di intercettazione, quindi non può operarne la disciplina.

4.2 Aspetti soggettivi del concetto di intercettazione

Per l'analisi dei soggetti attivi dell'atto si parte dalla disposizione dell'art. 267, co. 4, c.p.p., che prescrive lo svolgimento delle operazioni da parte del pubblico ministero personalmente, ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria, il quale provvederà secondo il disposto dell'art. 268, co. 2-*bis*, c.p.p. Ne deriva che solo chi possiede una di queste qualifiche possa compiere l'atto.

A proposito può introdursi il discorso di quelle che la dottrina chiama "intercettazioni private", ossia svolte con mezzi tecnici da soggetti privi delle qualifiche suindicate, e aventi a oggetto colloqui riservati. Queste rilevano in special modo per l'utilizzabilità in sede processuale: il soggetto privato che pone in essere quest'attività potrebbe anche commettere reato: si pensi all'art. 615-*bis* c.p., che punisce il reato di "interferenze illecite nella vita privata"; oppure all'art. 617 c.p. che sanziona, invece, la "cognizione" illecita di "comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche". Parte della dottrina ne sostiene l'utilizzabilità in sede processuale in quanto, in ossequio al principio di tassatività in materia penale, il procedimento è autonomo dal diritto sostanziale; conseguentemente si può ben sostenere che, se non esiste una norma che vieti l'utilizzo di materiale probatorio che costituisca prodotto di condotte incriminate, tale materiale sia utilizzabile ai fini del procedimento. Norma che vieti l'uso di tale materiale è, per esempio, l'art. 226-*quinquies* c.p.p. (abrogato), che sanciva la nullità assoluta di ogni decisione basata su «notizie e immagini ottenute nei modi» costituenti reato a norma dell'art. 615-*bis* c.p.¹¹².

¹¹¹ Già evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità come Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 1999, n. 7239, Cavinato; Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 1994, n. 6633, Giannola.

¹¹² C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 136.

La tesi contrapposta parte dall'analisi della disposizione dell'art. 191 c.p.p.: «le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate». Si arriva quindi alla conclusione che una norma di diritto penale sostanziale, vietando una condotta, precluda l'uso del prodotto di questa in ambito procedurale¹¹³.

Sussistono però varie critiche a questa tesi. Una prima critica si basa sull'evoluzione dell'ordinamento: l'abrogazione dell'art. 226-*quinquies* c.p.p. ha fatto sì che si ingenerasse il principio dell'autonomia del diritto procedurale da quello sostanziale, e si evince dal fatto che le prove raccolte illegittimamente possono comunque essere utilizzate nel procedimento proprio perché non esiste una norma contraria. Per quanto riguarda le intercettazioni, il mancato richiamo all'art. 271 c.p.p. — riguardante i divieti di utilizzabilità delle intercettazioni — dell'art. 615-*bis* c.p. non sostiene né la tesi che estende il significato di legge dell'art. 191 c.p.p. a qualsiasi norma ordinamentale, poiché altrimenti l'art. 615-*bis* sarebbe stato superfluo; né la tesi restrittiva poiché il mancato richiamo *ab origine* della norma era indifferente all'attuale previsione, potendosi comunque utilizzare il materiale probatorio proveniente dalle “intercettazioni private”¹¹⁴. Altro rilievo mosso a quest'opinione è il fatto che vengano accomunate norme la cui funzione è totalmente differente: il diritto penale sostanziale reprime condotte lesive di beni giuridici protetti, mentre il diritto di procedura penale ha, tra gli altri, il fine di delimitare l'area delle prove utilizzabili. Perciò sostenere che le prove prodotte da condotte incriminate siano inutilizzabili, senza che siano presenti norme incriminatrici che esplicitamente ne vietino l'uso, è quasi un'aberrazione¹¹⁵. A conferma si può analizzare la disposizione dell'art. 240 c.p.p.¹¹⁶, che stabilisce al co. 2 che il pubblico ministero «dispone l'immediata secretazione e la custodia in luogo protetto 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», mentre al co. 3 stabilisce

¹¹³ A tal proposito, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, pag. 149.

¹¹⁴ In questo senso, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, *op. cit.*, pag. 165; l'Autore sottolinea che «alla soluzione del quesito non offre contributi significativi il raffronto tra l'art. 271 c.p.p. e la norma corrispondente del codice abrogato», cioè l'art. 226-*quinquies* c.p.p.

¹¹⁵ In questo senso, F. CORDERO, *op. cit.*, pag. 617, afferma che: «va dimostrato (che ogni prova reperita o costituita illecitamente, in quanto tale, sia inammissibile) e, sugli attuali dati positivi, non appare dimostrabile».

¹¹⁶ Introdotta dal d.l. 256/2006 recante disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche, e convertita in l. n. 281/2006.

che il magistrato chieda al giudice per le indagini preliminari la distruzione entro quarantotto ore. Le norme prevedono esplicitamente, quindi, l'inutilizzabilità del contenuto di tali fonti di prova; a tale inutilizzabilità, quindi, non si sarebbe potuti giungere con le precedenti norme vigenti¹¹⁷.

A favore della prima tesi possono essere adottati ancora altri argomenti tratti da disposizioni del codice. Se si analizza l'art. 253 c.p.p., in particolar modo la previsione per cui «l'autorità giudiziaria dispone con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti», si può notare come non ci sia alcun riferimento al modo in cui le *res* siano state scoperte¹¹⁸; quindi la prova è utilizzabile anche se la condotta di apprensione sia stata illecita. Altro argomento a favore è quello letterale¹¹⁹: l'art. 191 c.p.p. prevede l'inutilizzabilità delle prove «acquisite» in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. Si parla quindi di acquisizione e non di raccolta; la norma tratta quindi delle «trasgressioni che intervengano nella fase di assunzione del mezzo istruttorio»¹²⁰.

Ritornando al punto delle captazioni private, è discusso se queste possano rientrare nell'ambito applicativo degli artt. 266 e ss. c.p.p. Un primo orientamento sostiene che queste, ai fini di una completa tutela costituzionale, possano rientrare sotto la disciplina citata. Viene sostenuto, da una parte, che ci sia applicabilità diretta della disciplina poiché esse rientrano nelle fattispecie elencate all'art. 271 c.p.p. come inutilizzabili, in quanto effettuate al di fuori dei casi consentiti dalla legge. L'ontologica capacità di incidere sul diritto alla segretezza delle comunicazioni, costituzionalmente garantito, e la mancanza di una qualsiasi disciplina speciale per esse «non può che essere intesa, sul piano processuale, nel senso dell'indiscriminata inammissibilità — anziché indiscriminata ammissibilità — di tali operazioni»¹²¹. D'altra parte si sostiene invece che la disciplina delle intercettazioni si possa applicare analogamente alle captazioni private: fatta «salva ogni respon-

¹¹⁷ Così, C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 139.

¹¹⁸ A riguardo, Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 5021, Sala, statuisce che, davanti a perquisizione eseguita senza autorizzazione del magistrato e al di fuori dei «casi» e «modi» stabiliti dalla legge — come imposto dall'art. 13 Cost. —, ci si ritrova con un atto incompatibile con la tutela delle libertà del cittadino. Da ciò deriva l'inutilizzabilità, non solo del mezzo, ma anche della fonte di prova, e il sequestro a essa seguito è nullo, salvo che ricorra l'ipotesi dell'art. 253, co. 1 c.p.p.: in tal caso il sequestro è un atto dovuto; non rileva quindi la modalità d'apprensione.

¹¹⁹ In tal senso, F. CORDERO, *op. cit.*, pag. 618.

¹²⁰ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 140, che evidenzia come: «non si fa parola, infatti, di prove «scoperte» in modo illegittimo».

¹²¹ In tal senso F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, *op. cit.*, pag. 163.

sabilità penale, suoni, immagini e segni raccolti dal privato valgono nella misura in cui l'intercettazione sarebbe stata operabile dal pubblico ministero»¹²², quindi qualora si rientri nelle fattispecie di cui agli artt. 266 e 266-*bis* c.p.p. Si fa riferimento, in questo caso, all'opinione che la fonte di prova raccolta illecitamente sia ammissibile.

Un secondo orientamento sostiene, invece, sostiene che le captazioni private non siano qualificabili come intercettazioni, in quanto difettano del requisito soggettivo concernente le qualifiche legalmente autorizzate a compierle. La stessa dottrina inoltre è contraria all'applicazione dell'*analogia legis* perché, innanzitutto, la *ratio* sottesa alla disciplina delle intercettazioni «è quella di limitare il sacrificio della segretezza delle comunicazioni, permettendone una compressione per finalità investigative da parte dell'autorità giudiziaria»¹²³, non applicabile all'eventuale utilizzo delle captazioni private; inoltre l'art. 14 disp. prel. c.c. esclude l'applicazione analogica delle norme aventi carattere eccezionale, tra le quali rientra sicuramente la disciplina delle intercettazioni in quanto orientata a consentire all'autorità giudiziaria di limitare una libertà costituzionalmente garantita¹²⁴. Si risponde inoltre alla tesi espansiva dell'art. 271 c.p.p., la quale dà dignità di intercettazioni alle captazioni private nonostante difettino dei requisiti soggettivi di cui all'art. 268, co. 4 c.p.p., dimostrando come la *ratio* dell'art. 271 c.p.p. escluda quest'interpretazione poiché consistente nella «repressione di qualsiasi captazione non riconducibile alla sfera di impiego e al modello legale»¹²⁵. Si rileva come questa tesi “isoli” la disposizione dalla coerenza sistematica; la norma a cui guardare per legittimare una captazione è l'art. 266 c.p.p., mentre l'art. 271 c.p.p. è una norma di chiusura, a suo modo quasi ridondante.

Si può concludere, quindi, che l'*intercipientes* debba essere necessariamente un soggetto che rivesta una delle qualifiche di cui all'art. 267, co. 4 c.p.p.

Resta da notare come l'ordinamento non ammetta l'ipotesi di “intercettazioni difensive”. Nella legge 7 dicembre 2000, n. 397, accanto alla creazione del titolo VI-*bis* riguardante le

¹²² F. CORDERO, *op. cit.*, pag. 865.

¹²³ C. MARINELLI, *op. cit.*, pag. 33.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ivi*, pag. 35.

“investigazioni difensive”, non sono state previste, tra gli atti investigativi ponibili in essere dai difensori, le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni. Si osserva come i difensori siano privi di una legittimazione attiva «non essendo concepibile che, in assenza di una previsione espressa», possano considerarsi titolari «dei poteri riconosciuti al pubblico ministero dall’art. 266 c.p.p.»¹²⁶. Quindi i difensori non possono né richiedere al giudice per le indagini preliminari l’autorizzazione a eseguire intercettazioni *ex art. 267, co. 1 c.p.p.*, né disporre, per urgenza, tali attività con convalida successiva del giudice, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo¹²⁷.

Dal lato passivo dei soggetti dell’intercettazione, il codice non dà indicazioni di sorta; ciò è stato letto dalla dottrina come una generale possibilità di sottoporre a intercettazioni, fatta eccezione per particolari *status* per i quali è dettata una disciplina specifica: parlamentari, difensori, investigatori autorizzati, consulenti tecnici e loro ausiliari. Condizione importante per avviare le operazioni, come si vedrà¹²⁸, è l’esistenza di un reato e non la presunta colpevolezza del soggetto, in quanto il combinato disposto delle disposizioni di cui all’art. 267 c.p.p. e all’art. 15 Cost., che consentono la compressione del diritto alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni anche ai danni di un soggetto non indagato¹²⁹. Soggetti passivi possono essere quindi, oltre al reo, anche la persona offesa e la persona informata sui fatti, e ancor di più nei casi in cui si proceda contro ignoti¹³⁰.

Nel caso di intercettazioni dell’indagato la Corte Costituzionale ha avuto possibilità di esprimersi¹³¹. La questione di legittimità riguardava la norma di cui all’art. 226, ul. co., in relazione agli artt. 15 e 24 Cost., per il presunto contrasto tra il diritto al silenzio dell’indagato e la norma autorizzativa delle intercettazioni nei suoi confronti. Il giudice *a quo* sosteneva che fosse lesionata

¹²⁶ In quest’ottica, tra gli altri, N. GALANTINI, *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1992, pag. 209, che considerando che «la disciplina dell’attività di preparazione della prova di parte» deve essere eseguita con riguardo a «quella fissata dal legislatore per la formazione della prova da parte dell’accusa», giunge alla conclusione che «quando la legge riserva l’esecuzione di certi atti all’organo investigante, alla difesa ne è inibito il compimento».

¹²⁷ L. CUSANO PIRO & E. PIRO, *op. cit.*, pag. 74.

¹²⁸ *Infra*, Cap. II, par. 1.

¹²⁹ Cass. pen., Sez. I, 16 gennaio 1995, n. 1079, Catti e altri.

¹³⁰ Tra tutti A. CAMON, *op. cit.*, pag. 121, il quale fa l’esempio del caso di un sequestro di persona: si controlla il telefono dei familiari della vittima, mentre non si conoscono ancora i sequestratori.

¹³¹ Corte Cost., 4 aprile 1973, n. 34.

la prerogativa costituzionale del diritto alla difesa, sostanziandosi nella possibilità di mentire all'autorità giudiziaria e proteggendo in questo modo la sua libertà morale; questo poiché nel caso di intercettazioni si sarebbero captate informazioni che questo, dinanzi all'autorità giudiziaria, non avrebbe riferito. La Corte ha giudicato le due situazioni completamente diverse: il rilievo mosso, infatti, difetta del presupposto della presenza dell'indagato dinanzi all'autorità giudiziaria; in questo caso la libertà morale non necessita di tutela, quindi si può considerare non operante la garanzia del silenzio. Le eventuali dichiarazioni accusatorie captate, quindi, hanno piena valenza probatoria.

II. La disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali

1. I presupposti

Prima della riforma del codice di procedura penale avvenuta nel 1988, vi era un forte dibattito sull'ammissibilità delle fonti di prova rinvenute attraverso le operazioni di captazione delle comunicazioni telefoniche, nonché sulla legittimità, invece, delle conversazioni *inter praesentes*, a causa del vuoto normativo esistente. Per la disposizione dell'art. 15 Cost. e in ossequio al principio di riserva di legge, la dottrina maggioritaria sosteneva che la disciplina in materia fosse requisito indispensabile all'attuazione di atti invasivi della libertà e della segretezza delle comunicazioni, nondimeno qualora particolari fattispecie non fossero assolutamente previste dal dettato normativo.

La lacuna per quel che riguarda le intercettazioni ambientali è stata colmata attraverso la disposizione di cui all'art. 266, co. 2 c.p.p.: rubricato "*Limiti di ammissibilità*", introduce una serie di regole «che, in quanto destinate a valere in una serie di processi privi dei connotati della criminalità organizzata, possono ritenersi le regole "ordinarie" in materia di ammissibilità delle operazioni di intercettazione telefonica»¹³².

L'articolo *de quo*, innanzitutto, segna i limiti entro i quali si possono compiere atti intercettativi di comunicazioni e conversazioni in relazione ai reati che originano i procedimenti. La disposizione è rafforzata dall'art. 271 c.p.p., il quale dispone al co. 1 che «i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge»¹³³. Tale elenco tassativo si è reso necessario dopo che, con una pronuncia della Corte Costituzionale¹³⁴, è stato osservato come, senza un'adeguata restrizione in ragione della gravità e dell'incidenza di tali atti sulla sfera intima dei soggetti, le intercettazioni potevano essere

¹³² E. APRILE & F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali*, op. cit., pag. 3.

¹³³ Si può citare la Cass. pen., Sez. I, 4 giugno 1992, n. 2623, Filannino; viene statuito che nel decreto autorizzativo l'indicazione specifica dell'articolo di legge violato, o del titolo di reato ravvisabile nei fatti per cui s'indaga, non sono necessarie, essendo sufficiente la risultanza dal contenuto complessivo che l'intercettazione sia stata concessa per uno dei reati espressamente previsti dalla legge.

¹³⁴ Corte Cost., 4 aprile 1973, n. 34.