

INTRODUZIONE

Il tema delle intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali, e della loro pubblicazione, è indubbiamente di grande attualità, attira da tempo l'attenzione pubblica ed è oggetto di frequenti dibattiti in dottrina e giurisprudenza.

Intorno alla tematica delle intercettazioni ruotano principi di portata costituzionale, quali l'esigenza processuale di acquisizione delle prove e, d'altro canto, il rispetto dei principi fondamentali dell'essere umano. In particolare, nel settore delle intercettazioni, le esigenze processuali ed il diritto di informazione sulle vicende giudiziarie si confrontano con la tutela della *privacy*, dell'identità personale e della dignità delle persone coinvolte, direttamente o indirettamente, dalle indagini processuali.

E dunque, le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni rappresentano uno dei più rilevanti argomenti della dialettica tra autorità e libertà. Da un lato, la libertà e la segretezza delle comunicazioni, che la nostra Carta costituzionale sancisce come inviolabili ai sensi dell'art. 15 Cost.; da altro lato, l'esigenza di reprimere in modo adeguato i fatti di reato e le attività criminali.

Efficacemente, in una sola espressione, «la storia delle intercettazioni è un movimento a pendolo; ciclicamente, una di queste esigenze prevarica l'altra» ⁽¹⁾.

Il presente studio si pone come obiettivo quello di ripercorrere l'evoluzione dell'istituto in esame in una prospettiva, solo inizialmente storica, finalizzata a porre in rilievo una accurata analisi degli strumenti e dei mezzi utilizzati durante la fase delle indagini preliminari per lo svolgimento delle operazioni di captazione occulta. Si giungerà, dunque, alla trattazione delle forme tecnologicamente più avanzate di investigazione, tra le quali le intercettazioni telematiche o informatiche, il *g.p.s.*, le attività di *intelligence*, le indagini *online*.

Il filo conduttore che lega ogni singolo capitolo del lavoro di studio è la finalità di prendere in considerazione i molteplici aspetti inerenti il tema delle intercettazioni, attraverso una puntuale analisi di elaborazioni dottrinali e di pronunce giurisprudenziali, parimenti cercando di mantenere per tutto il corso dell'elaborato un

⁽¹⁾ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 2.

approccio critico alla materia, ed in particolare alle tematiche che maggiormente coinvolgono gli aspetti costituzionalmente rilevanti.

Nel primo capitolo, è sembrato opportuno introdurre l'evoluzione storica della disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni. In tal modo, è stato possibile mettere in luce i differenti approcci alla materia che nel tempo si sono succeduti, ripercorrendo talvolta anche problematiche che risultano del tutto superate nell'ordinamento giuridico italiano di oggi.

Nel secondo capitolo, lo studio si concentra sugli aspetti costituzionalmente rilevanti della materia. In particolare, ampio spazio è stato dedicato alle ingerenze delle operazioni di intercettazioni nella vita dell'essere umano, e alle tutele offerte all'individuo dalla Costituzione italiana e da fonti di diritto sovranazionale. Il rispetto dei diritti fondamentali della persona deve costituire la chiave di lettura per l'istituto delle intercettazioni, e da questo principio dovrebbe costruirsi una idonea e più accurata regolamentazione della materia.

Nel terzo capitolo, l'esame dell'istituto delle intercettazioni si inoltra negli ambiti più tecnici e giuridici della materia; a tal proposito, vengono presi in considerazione i caratteri generali della disciplina, in particolare i tre requisiti di una attività d'intercettazione (mezzi tecnici di captazione, segretezza della comunicazione, terzietà o clandestinità), nonché taluni aspetti particolari che consentono di concludere l'esposizione del capitolo con la trattazione di argomenti per certi versi affini, ma non del tutto coincidenti con l'istituto; tematiche che hanno suscitato non poche diatribe ermeneutiche in giurisprudenza e dottrina.

Il quarto capitolo, seguendo l'impostazione delineata dal codice di procedura penale, affronta gli aspetti più prettamente procedurali, dai limiti di ammissibilità, all'esecuzione delle operazioni, fino all'utilizzazione della documentazione inerente le operazioni d'intercettazioni svolte. Inoltre, si è voluto compiere un accurato approfondimento alla disciplina delle intercettazioni in relazione alle alte cariche dello Stato, affrontando un noto caso che ha avuto grande rilievo mediatico, vale a dire il procedimento che ha coinvolto l'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano.

Nel quinto capitolo, lo studio si sofferma sulla rilevante modifica apportata dalla l. 23 dicembre 1993 n. 547 e sugli aspetti più significativi che l'introduzione dell'art. 266-

bis c.p.p. ha determinato sull'argomento in esame. Inoltre, anche grazie al riferimento alla Convenzione di Budapest sul *cybercrime*, vengono prese in considerazione gran parte delle attività di *digital evidence*, tra le quali solo alcune presentano elementi di contatto con la disciplina delle intercettazioni telematiche o informatiche. Il quinto capitolo, all'interno dell'intero elaborato, rappresenta il primo approccio all'evoluzione tecnologica che nell'ultimo ventennio ha rivoluzionato le attività di indagine (e non solo).

Nel sesto capitolo, protagonista indiscusso della trattazione è il c.d. pedinamento elettronico, vale a dire il sistema di monitoraggio satellitare (*g.p.s.: global positioning system*). Il tema affrontato, ancora oggi, rappresenta una delle tematiche maggiormente discusse in ambiti dottrinali e giurisprudenziali: la principale problematica inerente il *tracking* satellitare concerne l'inquadramento giuridico dell'istituto e la disciplina ad esso concretamente applicabile, tra le quali potrebbe rientrare anche la disciplina delle intercettazioni. Analizzandone gli aspetti più controversi, si è cercato di dare una risposta alle numerose questioni ermeneutiche.

Nel settimo capitolo, ultimo del presente studio, si affrontano le più innovative e sofisticate attività di *intelligence*, avendo particolare riguardo all'acquisizione di informazioni e dati derivanti da pagine *web* e da *social networks*. Inoltre, preso atto dell'assenza di una apposita disciplina italiana e delle scarse pronunce giurisprudenziali, l'attenzione è stata rivolta anche all'ordinamento giuridico di altri Stati, in particolare l'ordinamento tedesco e l'ordinamento americano.

SEZIONE PRIMA
PRINCIPI GENERALI ED EVOLUZIONE STORICA

CAPITOLO PRIMO

EVOLUZIONE STORICO-NORMATIVA DELLA DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. La prima introduzione nel codice del 1913. - 2. Il codice del 1930. - 3. L'avvento della Costituzione. - 4. *Segue*: la riforma della disciplina con la l. 18 giugno 1955 n. 517. - 5. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: art. 8 Conv. eur. dir. uomo. - 6. La sentenza 34/1973 della Corte costituzionale. - 7. La l. 8 aprile 1974 n. 98: un'impostazione "ipergarantista". - 8. Un'involuzione delle garanzie fondamentali: d. l. 21 marzo 1978 n. 59, convertito in l. 18 maggio 1978 n. 191. - 9. L'entrata in vigore del codice Vassalli. - 10. La l. 23 dicembre 1993 n. 547: l'introduzione degli artt. 266-*bis* c.p.p. e 268 comma 3-*bis* c.p.p. - 11. La l. 1° marzo 2001 n. 63: l'introduzione dell'art. 267 comma 1-*bis* c.p.p.

1. *La prima introduzione nel codice del 1913.*

L'istituto delle intercettazioni venne introdotto per la prima volta nel codice di procedura penale del 1913 ⁽¹⁾, agli artt. 170 comma 3 ⁽²⁾ e 238 comma 3 ⁽³⁾ c.p.p. 1913. La *corrispondenza telefonica* era considerata segreta, in conformità a quanto disposto dall'art. 31 del T.U. di legge sui telefoni ⁽⁴⁾; allo stesso modo, però, con l'intento di adeguare la disciplina processuale alle moderne vie di comunicazione, erano state introdotte disposizioni normative volte a "sequestrare" la *corrispondenza telefonica*.

Si affermava la necessità di una disposizione normativa atta a consentire esplicitamente agli ufficiali e agli agenti di polizia giudiziaria di intercettare (cioè raccogliere in luogo del destinatario) o impedire comunicazioni, o di assumerne cognizione lasciando che pervenissero al destinatario.

Ciò che risalta dalla lettura dell'art. 170 comma 3 c.p.p. 1913 è il carattere d'urgenza che appariva essere sotteso a tali operazioni: ciò pertanto consentiva alla polizia giudiziaria di procedere alle suddette operazioni ogni qual volta ne fosse ravvisata la necessità, e senza la preventiva autorizzazione del magistrato.

⁽¹⁾ Il testo definitivo del codice di procedura penale è stato approvato con r.d. 27 febbraio 1913 n. 127.

⁽²⁾ L'art. 170 comma 3 c.p.p. 1913 recitava: «Gli ufficiali ... [di polizia giudiziaria] possono ... , per i fini del loro servizio, accedere agli uffici telefonici per intercettare o impedire comunicazioni, od assumerne cognizione».

⁽³⁾ L'art. 238 comma 3 c.p.p. 1913 disponeva: «Il giudice può accedere agli uffici telefonici per intercettare o impedire comunicazioni, o assumerne cognizione».

⁽⁴⁾ L. 3 maggio 1903 n. 196.

Quanto all'art. 238 comma 3 c.p.p. 1913, occorre rilevare, nonostante lo scarso compimento di tale atto istruttorio, che il dettato normativo non conteneva alcun divieto esplicito in ordine ad una delega da parte dell'autorità giudiziaria, di fatto consentendo alla stessa di delegare le operazioni alla polizia giudiziaria, ovvero di procedere personalmente facendosi assistere dagli ufficiali o agenti (⁵).

Occorre rilevare, tuttavia, che il momento storico nel quale l'istituto fu introdotto era caratterizzato dall'esistenza di congegni di captazione rudimentali e apparecchi telefonici ad uso esclusivo dell'aristocrazia e della borghesia: ciò ha indotto la dottrina a mostrare poco interesse verso tale mezzo di ricerca della prova ed a dubitare della sua effettiva utilità investigativa. L'istituto delle intercettazioni, dunque, ha avuto scarsa rilevanza nei primi anni della sua esistenza.

2. *Il codice del 1930.*

Il codice del 1930 riproponeva l'istituto delle intercettazioni in veste pressoché immutata rispetto al codice del 1913, attribuendo alla polizia giudiziaria ed al giudice istruttore (artt. 226 comma 3 (⁶), e 339 (⁷) c.p.p. 1930) gli stessi poteri in ordine alle rispettive funzioni. Inoltre, veniva affidata al giudice istruttore la possibilità di procedere egli stesso materialmente alle operazioni di intercettazione, anche con l'ausilio di un ufficiale di polizia giudiziaria e previa emissione del decreto: la novità del codice del 1930 rispetto al codice del 1913 consisteva, dunque, nella previsione normativa esplicita della facoltà per il pubblico ministero di delegare l'intercettazione ad un ufficiale di polizia.

Durante il periodo fascista, le prefetture costituivano i luoghi adibiti per l'intercettazione telefonica: in esse, un centralino captava le comunicazioni di diversi

(⁵) U. ALOISI - L. MORTARA, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, Torino, 1914, I, p. 290-473.

(⁶) L'art. 226 comma 3 c.p.p. 1930 recitava: « Gli ufficiali di polizia giudiziaria, per i fini del loro servizio, possono ... accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prendere cognizione o assumere altre informazioni ».

(⁷) L'art. 339 c.p.p. 1930 disponeva: « Il giudice può accedere agli uffici o impianti telefonici di pubblico servizio per trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni o assumere cognizione. Può anche delegare un ufficiale di polizia giudiziaria ».

numeri suddivisi per settore e, all'occorrenza, queste venivano trascritte mediante una tecnica di scrittura manuale e veloce che utilizzava segni ed abbreviazioni convenzionali della parola o della frase (stenografia). Tali operazioni, che si svolgevano durante tutto l'arco della giornata, erano effettuate da numerosi dipendenti dello Stato.

Tutto ciò veniva quotidianamente svolto senza che esistesse una legge *ad hoc* volta a istituire un controllo precauzionale e generico sulle comunicazioni telefoniche, e nonostante esistesse una precisa disposizione normativa del codice penale (art. 617 c. p. 1930) che puniva chiunque, con mezzi fraudolenti, prendesse cognizione di una comunicazione telefonica o ne rilevasse il relativo contenuto.

Per i cittadini italiani coinvolti, le conseguenze derivanti da una simile attività di intercettazione (che oggi, senza ombra di dubbio, definiremmo incostituzionale e gravemente in contrasto con i principi di origine nazionale e sovranazionale posti a fondamento della tutela dell'essere umano e della sua sfera privata) erano le più varie: alcuni venivano inviati al confine, altri chiamati dinnanzi al Tribunale speciale per la sicurezza dello Stato ⁽⁸⁾.

Gli aspetti principali di tale periodo storico, in ordine all'istituto dell'intercettazione, apparivano del tutto evidenti: una disciplina alquanto carente, priva di garanzie e che attribuiva alla polizia giudiziaria poteri ampi e indefiniti, tali da consentire numerosi abusi durante il periodo di vigenza ⁽⁹⁾.

3. *L'avvento della Costituzione.*

L'entrata in vigore della Carta fondamentale del 1948 mutò radicalmente l'impostazione dell'istituto.

I Padri costituenti individuaronò nella segretezza delle comunicazioni uno dei diritti più solidi dell'intero ordinamento: essa, infatti, venne (e viene) ricondotta nell'alveo delle

⁽⁸⁾ P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953, p. 100 ss.

⁽⁹⁾ Sul tema cfr. U. GUSPINI, *L'orecchio del regime. Le intercettazioni telefoniche al tempo del fascismo*, Milano, 1973, p. 1 ss.

libertà inviolabili dell'individuo ed all'interno di una disposizione normativa (art. 15 cost.) che prevede la doppia riserva, di legge e di giurisdizione ⁽¹⁰⁾.

Risulta particolarmente interessante rilevare che l'attuale disposizione costituzionale dell'art. 15 fu inizialmente approvata in termini sensibilmente differenti rispetto al testo definitivo; la originaria formulazione recitava, infatti: «La libertà e la segretezza di corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono garantiti; la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria, nei casi stabiliti dalla legge ed *in pendenza di procedimento penale* [corsivo nostro] ». Si mise in luce, infatti, la volontà di dare una garanzia ancor più concreta dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria, circoscrivendo le limitazioni suddette ai soli casi di procedimento penale pendente e soltanto per le necessità del procedimento stesso, intendendo escludere anche la semplice inchiesta penale ⁽¹¹⁾.

Il nuovo assetto costituzionale mise inevitabilmente in risalto l'illegittimità costituzionale degli artt. 226 comma 3, e 339 c.p.p. 1930, nella parte in cui consentivano alla polizia giudiziaria di realizzare operazioni di intercettazione prive del vaglio giurisdizionale ⁽¹²⁾.

4. Segue: la riforma della disciplina con la l. 18 giugno 1955 n. 517.

Nonostante le evidenti incongruenze tra l'impostazione delineatasi successivamente all'entrata in vigore della Costituzione e l'assetto normativo che fino a quel momento aveva contraddistinto la disciplina delle intercettazioni, la riforma dell'istituto ha dovuto attendere diversi anni.

⁽¹⁰⁾ *Infra*, cap. II, § 3 - 4.

⁽¹¹⁾ La proposta venne presentata dall'on. Condorelli, cfr. *Atti dell'Assemblea Costituente*, seduta del 24 gennaio 1947, III, p. 2711.

⁽¹²⁾ G. CONSO, *La "privacy" e il telefono*, in *la Stampa*, 7 Settembre 1971; L. GIOGOLI, *Le recenti riforme processuali penali*, in *Riv. pen.*, 1956, I, p. 80; P. G. GOSSO, *Dubbi sulla legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono all'amministrazione postale poteri di controllo sul contenuto della corrispondenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 1413; P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., p. 102 ss.

Solo con la l. 18 giugno 1955 n. 517 il legislatore modificava la disciplina, prescrivendo l'obbligo di un decreto motivato da parte del giudice che previamente autorizzava qualsiasi attività di intercettazione da parte della polizia giudiziaria.

Precedentemente alla novella legislativa, chiunque si fosse qualificato come agente di polizia giudiziaria aveva libertà di accesso alle centrali telefoniche per svolgere o ordinare operazioni di intercettazione.

Il legislatore, dunque, finalmente introduceva una rilevante modifica all'art. 339 c.p.p. 1930, stabilendo che la polizia giudiziaria potesse procedere ad intercettazione soltanto previo decreto motivato di autorizzazione dell'autorità giudiziaria: in termini pratici, ciò significava che gli agenti di polizia giudiziaria che si presentavano alla Sip (Società italiana per l'esercizio telefonico, ora Telecom Italia) erano obbligati ad esibire un decreto motivato di autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

La l. n. 517 del 1955, a ben vedere, però, sembrerebbe piuttosto un'occasione mancata da parte del legislatore per formulare un'organica e nuova regolamentazione della materia ⁽¹³⁾, non limitandosi dunque ad eliminare i sopravvenuti profili di illegittimità costituzionale ⁽¹⁴⁾.

5. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: art. 8 Conv. eur. dir. uomo.

Uno strumento giuridico internazionale di fondamentale importanza per la disciplina delle intercettazioni, e per l'intero ordinamento italiano, è costituito dalla Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, meglio conosciuta come Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Convenzione è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950 dagli Stati che al tempo erano membri del Consiglio d'Europa, quest'ultimo istituto con il Trattato di Londra del 5 maggio 1949.

⁽¹³⁾ In questi termini P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, p. 28.

⁽¹⁴⁾ In senso critico, cfr. R. PANNAIN, *Intercettazioni telefoniche*, in *Arch. pen.*, 1961, n. 1, p. 152; G. SABATINI, *Illegittimità costituzionale degli artt. 266 e 339 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1973, n. 1, p. 1 ss.

Il testo iniziale della Convenzione è stato completato, per quanto riguarda in particolare il sistema di controllo, dal protocollo n. 11 (entrato in vigore il 1° novembre 1998) ed il protocollo n. 14 (entrato in vigore il 1° giugno 2010).

Per quanto concerne l'Italia, la Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva con la l. 4 agosto 1955 n. 848 ⁽¹⁵⁾.

Come è noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è finalizzata a individuare e perseguire ideali ed obiettivi comuni a tutti gli Stati, al fine di instaurare un ordine pubblico comune volto ad assicurare «la protezione degli esseri umani» ⁽¹⁶⁾.

Dal punto di vista più strettamente giuridico, ed in ordine alla tutela del singolo individuo, è utile ricordare che ogni cittadino degli Stati contraenti della Convenzione gode di un vero e proprio diritto soggettivo previsto dalla Convenzione stessa, cioè il diritto a rivolgersi, mediante apposito ricorso e previo esaurimento delle vie di ricorso interne allo Stato, alla Corte europea dei diritti dell'uomo per far valere la violazione di uno dei diritti e delle libertà sancite, in conformità a quanto disposto dall'art. 34 Conv. eur. dir. uomo.

Come si evince, dunque, da un lato il legislatore nazionale ha l'obbligo di adattare la normativa interna ai criteri interpretativi enucleati dalla Corte nelle sue pronunce ⁽¹⁷⁾, dall'altro lato il giudice interno è tenuto ad applicare le disposizioni della Convenzione, come interpretate dalla giurisdizione di Strasburgo, alle diverse fattispecie che gli sono presentate.

Sussiste pertanto un legame inscindibile tra l'enunciazione dei diritti, che costituisce la parte sostanziale della Convenzione, e la sua operatività, vale a dire la procedura prevista per l'esame dei ricorsi. Al riguardo occorre sottolineare come la Convenzione anteponga l'aspetto processuale all'aspetto sostanziale: in effetti, il principio cui si ispira il sistema di tutela posto in essere da tale strumento giuridico internazionale è quello per cui è operante un diritto o una libertà in quanto per questi sia stato previsto

⁽¹⁵⁾ Cfr. F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1097 ss.; G. CONSO, *Giustizia penale e diritti dell'uomo*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 15 ss.; ID., *Patti internazionali in materia penale ed interventi della commissione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 680 ss.

⁽¹⁶⁾ C. eur. dir. uomo, sent. 23 marzo 1995, Loizidou c. Turchia.

⁽¹⁷⁾ Risulta utile ricordare che, ai sensi dell'art. 32 Conv. eur. dir. uomo, «la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli».

un preciso diritto di azione. Da ciò deriva che il diritto che nasce dall'interpretazione e dall'applicazione della Convenzione è sostanzialmente un diritto pretorio, elaborato dall'organo giudiziario a ciò preposto, ovverosia la Corte europea dei diritti dell'uomo⁽¹⁸⁾.

In particolare, per la tematica oggetto di esame dell'elaborato, di grande rilievo è l'art. 8 Conv. eur. dir. uomo⁽¹⁹⁾, il quale costituisce un canone fondamentale in ordine al rispetto, da parte dei pubblici poteri, della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza di qualunque soggetto. L'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, infatti, è inteso a tutelare ogni soggetto da ingerenze arbitrarie nella sua sfera di privatezza, il diritto alla quale deve essere inquadrato tra quelli inviolabili tutelati dall'art. 2 Cost.⁽²⁰⁾ e comporta l'esigenza di salvaguardare che notizie attinenti alla sfera personale non siano conoscibili da terzi (*segretezza*), né divulgate da chi ne sia venuto a conoscenza in modo legittimo (*riservatezza*), salvo che l'interessato presti il suo consenso⁽²¹⁾.

In conclusione, dunque, la Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo costituiscono un canone fondamentale per il rispetto dei diritti e delle libertà dell'individuo, per cui ogni Stato contraente deve necessariamente adeguare e conformare l'ordinamento giuridico interno, dando luogo a discipline strettamente attinenti alle disposizioni convenzionali⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Per una completa ed esauriente trattazione del tema, cfr. M. DE SALVIA – M. REUS, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedura*, Milano, 2011, p. 1 ss.

⁽¹⁹⁾ Dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo e della rilevanza di questo in ordine all'istituto delle intercettazioni si tratterà più ampiamente in seguito: *infra*, cap. 2, § 6.

⁽²⁰⁾ L'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, viene «fondato ... anche sull'art. 8 della CEDU», secondo le *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *G. U. U. E.*, 14 dicembre 2007 n. C 303, p. 20.

⁽²¹⁾ Per una analisi più approfondita sulla tutela della privatezza si veda G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, I, Milano, 2013, p. 202-210; G. UBERTIS – F. VIGANÒ, *Corte europea dei diritti dell'uomo. Sguardo d'insieme (ottobre-dicembre 2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 1, p. 483-518.

⁽²²⁾ G. UBERTIS, *Ancora sull'efficacia della giurisdizione di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, n. 7, p. 863-866.

6. La sentenza n. 34 del 1973 della Corte costituzionale.

Un momento storico e giurisprudenziale di notevole rilievo per la disciplina normativa delle intercettazioni è rappresentato dalla celebre sentenza n. 34 del 1973 ⁽²³⁾, mediante la quale venivano ad essere fissati alcuni canoni fondamentali in tema di intercettazioni ⁽²⁴⁾.

Nell'ordinanza di remissione del giudice *a quo* si rilevava l'illegittimità costituzionale dell'art. 226 comma 3 c.p.p. 1930 in relazione agli artt. 15 e 24 della Costituzione nella parte in cui veniva riconosciuta agli ufficiali di polizia giudiziaria, nella fase degli atti preliminari dell'istruttoria, la facoltà di intercettare o impedire comunicazioni telefoniche o prenderne cognizione previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria che la concede con decreto motivato: a tal proposito, si evidenziava, infatti, la facoltà concessa all'imputato di non rispondere agli interrogatori degli inquirenti.

Nelle motivazioni della sentenza di rigetto, la Corte costituzionale affermò una serie di principi che assunsero un ruolo decisivo nella disciplina delle intercettazioni: in primo luogo, si è rilevato che i diritti riconosciuti dall'art. 15 Cost. non sono assoluti, bensì suscettibili di limitazioni in riferimento ad altri interessi, individuali o collettivi, individuando tra di essi «quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale»; in secondo luogo, la Corte ha sottolineato che l'autorizzazione dell'intercettazione è un potere esclusivo dell'autorità giudiziaria, la quale deve valutare che sussistano effettivamente «gravi e concrete esigenze di giustizia», stabilire la durata delle operazioni di intercettazione ed inoltre ogni proroga delle stesse deve essere esaustivamente motivata ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ C. cost., sent. 6 aprile 1973 n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 316 ss., con nota di V. GREVI.

⁽²⁴⁾ La Corte, nel caso di specie, rigettò le questioni di legittimità sottoposte, ma mise in evidenza alcuni canoni di rilievo, ricavando dall'art. 24 Cost. e dai principi generali del processo penale regole che rimanevano implicite nel codice.

Secondo G. RICCIO - A. DE CARO - S. MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale: una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956 - 1988*, Napoli, 1991, p. 214, la Corte era convinta «che una pronuncia diversa ugualmente non avrebbe frenato il patologico fenomeno delle intercettazioni abusive, in quel periodo al centro dell'attenzione collettiva»; da quanto detto, si sottolinea la rilevanza di una sentenza formalmente di rigetto, ma sostanzialmente ricca di enunciazioni di principio.

⁽²⁵⁾ Sent. cost. n. 34 del 1974, cit., p. 316 ss.

Inoltre, la Corte ha statuito che il contenuto delle intercettazioni è coperto da segreto istruttorio, nonché, relativamente all'utilizzo delle stesse, che nel processo possono essere utilizzate solo le risultanze pertinenti con il capo di imputazione, e di contro che le intercettazioni illegittime non possono essere inserite nel processo quale materiale probatorio.

Quanto al valore "politico" della sent. n. 34 del 1973, occorre mettere in risalto che la pronuncia, su particolari aspetti della materia, sollecitava esplicitamente un intervento del legislatore ⁽²⁶⁾: l'iniziativa legislativa veniva richiamata soprattutto con riguardo al controllo del magistrato sulla conformità dell'intercettazione ai modi e limiti dell'autorizzazione, ma anche in relazione all'eliminazione del materiale non pertinente al processo, ed ancora si auspicava un' introduzione di una concreta sanzione di inacquisibilità agli atti del processo delle intercettazioni illegittime.

La pronuncia della Corte e le argomentazioni in essa contenute sono state ampiamente condivise e positivamente accolte da riviste specializzate ed organi di informazione; va notato, però, che non è sfuggito ad autorevole dottrina che la Corte non si sia pronunciata su taluni aspetti della materia, tra cui le intercettazioni di comunicazioni tra inquisito e difensore, di cui non si registrava la presenza di disposizioni *ad hoc*; l'inesistenza di norme limitanti la concessione dell'autorizzazione a singole fattispecie di reato; il rapporto tra comunicazione giudiziaria e intercettazione telefonica ⁽²⁷⁾.

In ogni caso, la sentenza della Corte costituzionale assunse un ruolo di notevole rilievo nel momento storico in cui fu pronunciata e contribuì, almeno nell'immediato futuro, ad un cambiamento importante della disciplina: non appare certo casuale che, per la prima volta nella storia costituzionale italiana, la sentenza sia stata illustrata personalmente dal presidente della Corte, il quale ha voluto apertamente sottolineare l'intenzione della stessa di condannare gli abusi nelle operazioni di intercettazione derivanti da alcune prassi della magistratura e della polizia giudiziaria che si erano andate sviluppando.

⁽²⁶⁾ V. DI CIOLO – P. DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1974, p. 6-20.

⁽²⁷⁾ V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, n. 2, p. 317 ss.

7. La l. 8 aprile 1974 n. 98: un'impostazione "ipergarantista".

I principi espressi dalla sent. n. 34 del 1973 della Corte costituzionale, e tutte le opinioni illustri che la accompagnarono, hanno determinato inevitabilmente una riflessione in sede parlamentare in ordine alla necessità di elaborare un testo normativo volto a definire una organica e precisa disciplina delle intercettazioni.

A ciò si aggiungano i precedenti fatti del giugno-luglio 1964 e le vicende dell' ex SIFAR (Servizio informazione delle Forze armate), che destarono un vasto ed acceso dibattito nel Paese e portarono alla ribalta un vero e proprio fenomeno di "spionaggio telefonico" ⁽²⁸⁾.

Il 16 luglio 1973, il Presidente del Consiglio, on. Rumor, presentandosi alle Camere per l'investitura fiduciaria, ha dedicato parte del suo intervento al tema delle intercettazioni, affermando: «Anche a seguito della nota sentenza della Corte costituzionale occorre una organica legge che provveda a disciplinare le intercettazioni telefoniche: le modalità d'esecuzione, l'importazione ed il commercio dei relativi apparecchi. Urgente appare soprattutto dare esecuzione a quella parte della sentenza della Corte che dichiara nulle e prive di ogni valore le intercettazioni telefoniche e le relative registrazioni e trascrizioni effettuate al di fuori di autorizzazione motivata dal magistrato».

In questo contesto giurisprudenziale, dottrinale e politico viene adottato il testo della l. 8 aprile 1974 n. 98, che venne positivamente definito una «disciplina ipergarantista» ⁽²⁹⁾.

Particolarmente rilevante per l'evoluzione storica della materia in esame è l'art. 5 della l. n. 98 del 1974, il quale abrogava l'art. 226 c.p.p. 1930 e introduceva gli artt. 226-bis, 226-ter, 226-quater, 226-quinquies.

⁽²⁸⁾ Per far luce su tali fatti, è stata nominata un'apposita Commissione parlamentare d'inchiesta, istituita con l. 31 marzo 1969 n. 93. Come si evince dalla relazione conclusiva, *Senato V Leg. – Doc. XXIII, n. 1*, in www.senato.it, ultimo accesso al 20 giugno 2015, furono ipotizzate diverse tesi relative ad un tentativo di Colpo di Stato ad opera di generali e colonnelli nel corso della crisi di governo del luglio 1964; inoltre, fu rilevato che il SIFAR, sotto il comando del generale De Lorenzo, diede vita ad un'opera di schedatura colossale (di cui gran parte illegale) nei confronti di ogni singolo parlamentare, ma anche sindacalisti, dirigenti di partito, industriali e sacerdoti.

Per una completa ed approfondita analisi dei fatti del giugno-luglio 1964, si veda R. MARTINELLI, *SIFAR. Gli atti del processo De Lorenzo*, Milano, 1968, p. 1 ss.

⁽²⁹⁾ L'espressione è di G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 1 ss.

Le nuove disposizioni contenute negli artt. 226-*bis*, 226-*ter*, 226-*quater* confermavano l'impostazione dell'istituto delineatasi in seguito alla pronuncia della Corte costituzionale: l'impedimento, l'interruzione o l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni telefoniche o telegrafiche ad opera degli ufficiali di polizia giudiziaria erano subordinati alla previa autorizzazione del magistrato, «disposta con decreto motivato del procuratore della Repubblica o del giudice istruttore del luogo dove sono in corso le indagini, solo quando vi siano seri e concreti indizi di reato, da indicarsi specificamente nel decreto, oppure sussista effettiva necessità nei confronti dell'indiziato di limitare la libertà delle comunicazioni ai fini dell'acquisizione di prove, *non altrimenti conseguibili* [corsivo nostro], per l'accertamento del fatto cui si procede»; il decreto, altresì, deve indicare le modalità e la durata delle operazioni disposte dall'autorità giudiziaria; inoltre, tali operazioni vengono circoscritte ad un preciso insieme di reati.

Le operazioni di impedimento, interruzione o intercettazione di comunicazioni o conversazioni, disponeva l'art. 226-*quater*, dovevano essere effettuate «esclusivamente attraverso gli impianti installati presso la procura della Repubblica ovvero, sino a che non saranno allestiti i necessari apparati, presso impianti di pubblico servizio».

Delle nuove disposizioni introdotte dalla citata legge, tuttavia, di gran lunga la più importante era contenuta nell'art. 226-*quinquies*, rubricato «Divieto di utilizzazione delle intercettazioni illecite». L'art. 226-*quinquies* recitava: «A pena di nullità insanabile e da rilevare d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento non si può tener conto delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge od eseguite in difformità dalle prescrizioni in essa stabilite ... ».

Si trattava di una disposizione radicalmente nuova e fondamentale per la regolamentazione dell'uso delle intercettazioni telefoniche come strumento probatorio, sia in relazione all'istruttoria condotta dal magistrato sia in relazione alle indagini di polizia giudiziaria. La norma in esame, infatti, sanciva un divieto assoluto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni operate senza la previa autorizzazione del magistrato o mediante modalità difformi rispetto al modello legislativo.

In tal modo, dunque, si operava una significativa rottura rispetto alle norme processuali penali fino a quel momento vigenti, ed altresì rispetto agli indirizzi giurisprudenziali

prevalenti, che, in assenza di specifiche disposizioni contrarie, consideravano lecito l'utilizzo nel processo penale anche delle prove illecitamente raccolte ⁽³⁰⁾.

8. Un'involuzione delle garanzie fondamentali: d. l. 21 marzo 1978 n. 59, conv. in l. 18 maggio 1978 n. 191.

La disciplina così garantista da un lato, e restrittiva per l'autorità inquirente dall'altro, durò ben poco: gli eventi terroristici degli anni '70 e la necessità di ostacolare i numerosi fenomeni eversivi spinsero il legislatore ad intervenire nuovamente sull'istituto delle intercettazioni, un intervento che può considerarsi a tutti gli effetti una regressione delle garanzie individuali assicurate dal precedente testo normativo.

Il d.l. 21 marzo 1978 n. 59 ⁽³¹⁾, conv. in l. 18 maggio 1978 n. 191, infatti, ha eliminato il limite massimo di durata delle intercettazioni (l'art. 226-ter comma 2 c.p.p. fissava un termine complessivo di quarantacinque giorni), consentendo la proroga per un numero imprecisato di volte ⁽³²⁾; inoltre, è stata introdotta l'autorizzazione in forma orale da parte del giudice ⁽³³⁾; nonché, l'utilizzabilità del materiale acquisito anche in altri e diversi procedimenti; altresì, trovava accoglimento, all'art. 226-sexies c.p.p. 1930 ⁽³⁴⁾, l'intercettazione preventiva ⁽³⁵⁾, utilizzabile esclusivamente per la prosecuzione delle indagini e prive di ogni valore ai fini processuali ⁽³⁶⁾.

⁽³⁰⁾V. DI CIULO – P. DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, cit., p. 23-73.

⁽³¹⁾ Com'è noto, il provvedimento fu adottato cinque giorni dopo il sequestro dell'on. Aldo Moro, avvenuto il 16 marzo 1978 a Roma.

⁽³²⁾ V. PALTRINIERI – G. UBERTIS, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 1979, p. 603-604: gli autori sottolineano che l'eliminazione del termine massimo di durata delle intercettazioni determina una «autoincriminazione legislativa» in ordine alla violazione dell'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, nella parte in cui sancisce il diritto per ogni singolo individuo ad un processo equo, pubblico e che si svolga entro un termine ragionevole, nonché dell'art. 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, il quale sancisce che «ogni individuo accusato di un reato ha diritto ... ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo».

⁽³³⁾ L'art. 226-ter recitava: «L'autorizzazione può essere data anche oralmente, con l'indicazione della modalità e della durata delle operazioni, ma in questo caso deve essere immediatamente annotata nel registro di cui al terzo comma e deve essere confermata per iscritto appena possibile, nelle forme previste negli articoli precedenti, con l'indicazione della data e dell'ora nella quale il provvedimento orale è stato emesso». Tale disposizione suscitava numerosi e fondati dubbi di incostituzionalità rispetto all'art. 15 Cost., il quale esige (ed esige) l'atto motivato dell'autorità giudiziaria.

⁽³⁴⁾ L'art. 266-sexies c.p.p. 1930, così come novellato dalla l. n. 191 del 1978, recitava: «Fuori dalle ipotesi di cui ai precedenti articoli, a richiesta del ministro dell'interno o per sua delega, esercitata anche per il tramite del prefetto competente, a richiesta del questore, del comandante del gruppo dei carabinieri o del comandante della guardia di finanza o di altro funzionario o ufficiale comandante di

Appare dunque evidente che la scelta legislativa sia stata quella di ridurre progressivamente le garanzie poste a tutela dei diritti dell'individuo al fine di agevolare la repressione di gravi e preoccupanti turbamenti dell'ordine pubblico. Tuttavia, come nota autorevole dottrina ⁽³⁷⁾, «se lo Stato è democratico, deve democraticamente difendersi» ed inoltre «nessuna democrazia si è mai salvata abbassandosi allo stesso livello dei suoi avversari nell'illusione di evitare lutti e rovine»: i fenomeni eversivi che contraddistinguevano il momento storico, infatti, non potevano ritenersi risolvibili attraverso una compressione delle garanzie fondamentali del cittadino, bensì, ad avviso di chi scrive, sarebbe stato più opportuno sviluppare metodi di prevenzione e repressione, dotando la polizia giudiziaria dei necessari strumenti utili al raggiungimento di tali obiettivi, rimanendo però sempre in un'ottica di rispetto e coerenza dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto concerne l'intercettazione preventiva, la novità legislativa, che pur era stata implicitamente anticipata dalla Corte costituzionale che aveva indirettamente riconosciuto la legittimità di intercettazioni finalizzate oltre che a reprimere i reati anche a prevenirli ⁽³⁸⁾, fu accolta con molto scetticismo dalla dottrina e diede adito a diverse critiche.

Si sosteneva, infatti, che il controllo del procuratore della Repubblica era, di fatto, meramente formale in assenza di una precisa disposizione normativa in ordine ai presupposti per poter autorizzare l'intercettazione ⁽³⁹⁾: ciò faceva sorgere fondati dubbi di legittimità costituzionale per contrasto all'art. 15 della Costituzione ⁽⁴⁰⁾.

servizio o reparto operativo, il procuratore della Repubblica del luogo ove le operazioni devono essere eseguite può autorizzare l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni telefoniche quando sia necessaria per le indagini in ordine ai delitti indicati nel comma 1 dell'art. 165-ter».

⁽³⁵⁾ G. FUMU, Sub art. 266, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, II, Torino, 1990, p. 773, il quale definisce l'intercettazione preventiva «*monstrum* informale che sfugge ad ogni controllo, compreso quello di costituzionalità, perchè non appare mai, nè dentro nè fuori il processo».

⁽³⁶⁾ P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, cit., p. 32, mette in evidenza che il disposto normativo sull'intercettazione preventiva si discostava dal resto della disciplina, in quanto inserito nella logica di un disegno di riforma teso al rafforzamento della sicurezza pubblica e al contrasto della criminalità organizzata.

⁽³⁷⁾ V. PALTRINIERI – G. UBERTIS, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, cit., p. 603-604.

⁽³⁸⁾ Sent. cost. n. 34 del 1974, cit., p. 316 ss.

⁽³⁹⁾ In questo senso O. VANNINI – G. COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1986, p. 258: gli autori evidenziano l'assoluta inesistenza di garanzie difensive, nonché

9. L'entrata in vigore del codice Vassalli.

Nel 1978 venne pubblicato un progetto preliminare del codice di procedura penale, ma tale progetto non si concretizzò nella emanazione di un nuovo codice. Trascorsero ulteriori anni perché si arrivasse all'approvazione di una nuova legge-delega per il nuovo codice (l. 16 febbraio 1987 n. 81), nella quale il Parlamento indicava al Governo le linee-guida da osservare nella redazione del nuovo codice di procedura penale: in particolare, si segnalava la necessità di adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale, e l'esigenza di caratterizzare il procedimento penale attorno ad un sistema fondamentalmente accusatorio (anche se alcuni particolari aspetti del sistema italiano, soprattutto in relazione al dibattimento, fanno tutt'ora del processo penale italiano un sistema accusatorio misto) ⁽⁴¹⁾.

Il nuovo codice di procedura penale fu emanato con d.p.r. 22 settembre 1988 n. 447, ed entrò in vigore il 24 ottobre 1989.

La disciplina delle intercettazioni, com'è noto, è contenuta nel *corpus* normativo di cui agli artt. 266-271 c.p.p.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice Vassalli, non mancarono critiche in ordine al nuovo testo: si evidenziava, infatti, che le nuove disposizioni apparivano non completamente in linea con la realtà del tempo, mancando le stesse di riferimenti ai nuovi strumenti tecnologici, che consentivano l'impiego dell'informazione automatizzata e di nuovi mezzi di comunicazione a distanza. L'emersione di nuovi mezzi, quali la videoconferenza, la telematica, il telex o il telefax, destinati ad affiancare (e parzialmente sostituire) il telegrafo ed il telefono, non era accompagnata, dunque, da una contemporanea e puntuale introduzione nel testo normativo di disposizioni ad essi riferite.

l'ambiguità dell'espressione «fuori dalle ipotesi di cui agli articoli precedenti» che potrebbe riferirsi anche alle modalità dell'intercettazione, e persino far cadere il divieto di intercettare le comunicazioni dei difensori, consulenti tecnici e periti.

⁽⁴⁰⁾ Secondo G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., p. 184, la generica espressione «per le indagini in ordine ai delitti indicati nel comma 1 dell'art. 165-ter» appare difficilmente suscettibile di verifica giurisdizionale tanto da vanificare la garanzia dell'atto motivato, con conseguente illegittimità costituzionale.

⁽⁴¹⁾ Per una precisa distinzione tra i diversi modelli processuali, si veda G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, cit., p. 13-24.

In tal senso, si auspicava una presa di coscienza da parte del legislatore in ordine alla necessità di stabilire un nuovo rapporto tra il diritto e la società tecnologica, adeguando le norme penali, tanto sostanziali quanto processuali, alle nuove esigenze ⁽⁴²⁾.

10. La l. 23 dicembre 1993 n. 547: l'introduzione degli artt. 266-bis c.p.p. e 268 comma 3-bis c.p.p.

Il legislatore italiano, nel disciplinare l'istituto delle intercettazioni nel Titolo III del Libro III del nuovo codice del 1988, ha utilizzato una formula ampia, che sembrerebbe essere in grado di comprendere tutte le forme di comunicazione: l'art. 266 c.p.p., infatti, recita «intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione» ⁽⁴³⁾.

In tale contesto normativo è stata introdotta la l. 23 dicembre 1993 n. 547 ⁽⁴⁴⁾ che, integrando le norme del codice penale e di procedura penale in tema di criminalità informatica, ha inserito l'art. 266-bis c.p.p., secondo cui «nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'art. 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telefonici ovvero intercorrente a più sistemi».

L'introduzione dell'art. 266-bis c.p.p., nell'intento del legislatore, rispondeva alla necessità di colmare una carenza normativa che era stata evidenziata dallo sviluppo tecnologico e dall'emersione di nuovi strumenti comunicativi di ultima generazione.

A ben vedere, però, sembrerebbe che già l'art. 266 c.p.p., essendo strutturato mediante una formula ampia, sarebbe stato sufficientemente in grado di comprendere tutte le possibili tipologie di trasmissione dei dati comunicativi da un soggetto ad un altro, ivi incluse le ipotesi previste dal dettato normativo dell'art. 266-bis c.p.p. ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ V. FROSINI, *I mezzi di prova e le nuove forme di comunicazione delle informazioni del Codice di procedura penale del 1988*, in *Dir. inform.*, 1990, n. 2, p. 413 ss.

⁽⁴³⁾ Critica l'indeterminatezza della disposizione normativa F. CORDERO, *Sub art. 266*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di F. CORDERO, Torino, 1992, p. 299 ss.

⁽⁴⁴⁾ La l. 23 dicembre 1993 n. 547 ha fatto seguito al d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 518, in attuazione delle direttiva 91/250/CEE relativa alla «tutela giuridica dei programmi per elaboratore», nella quale risultavano già presenti fattispecie di reati informatici.

⁽⁴⁵⁾ Nello stesso senso, P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, cit., p. 36.

La l. n. 547 del 1993, inoltre, ha introdotto nel *corpus* normativo che disciplina l'istituto delle intercettazioni il comma 3-*bis* dell'art. 268 c.p.p., il quale prevede che «quando si procede a intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, il pubblico ministero può disporre che le operazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati». Tale disposizione normativa ha suscitato non pochi dubbi in dottrina: è stato preliminarmente notato, infatti, che la norma presenta un'impostazione diversa rispetto a quanto stabilito dal precedente comma dell'art. 268 c.p.p., il quale stabilisce la prioritaria esecuzione delle operazioni di intercettazione mediante gli impianti installati nella procura della Repubblica; allo stesso modo, è stata evidenziata la carenza della disposizione normativa, derivante dalla mancanza di presupposti specifici per l'utilizzo degli impianti appartenenti a privati.

In tal senso, la soluzione di continuità tra il comma 3 ed il comma 3-*bis* dell'art. 268 c.p.p. può essere individuata soltanto in via interpretativa, dando risalto all'utilizzo da parte del legislatore del termine «anche», contenuto nel comma 3-*bis*: solo in tal modo, infatti, attraverso una lettura complessiva dei due commi citati, si individua nel comma 3-*bis*, non una deroga, bensì una prosecuzione del comma 3. E dunque, complessivamente, deve ritenersi che l'intercettazione dei flussi informatici sia regolata anche dal comma 3 dell'art. 268 c.p.p., per cui rimane prevalente l'utilizzo degli impianti installati nella procura della Repubblica, e solo in caso di insufficienza ovvero inidoneità, nonché di eccezionali ragioni d'urgenza, possono essere utilizzati, non solo impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria, ma anche impianti appartenenti a soggetti privati. In tal modo, dunque, è possibile apprezzare la portata innovativa del comma 3-*bis* dell'art. 268 c.p.p. ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 158-160, ipotizza inizialmente, senza peraltro trovare in ciò una sufficiente giustificazione, che la diversità tra le due disposizioni derivi dal fatto che le procure della Repubblica non disponessero ancora degli strumenti necessari per le nuove tipologie d'indagine.

11. La l. 1° marzo 2001 n. 63: l'introduzione dell'art. 267 comma 1-bis c.p.p.

Merita considerazione la l. 1° marzo 2001 n. 63, la quale ha introdotto una ulteriore modifica nel *corpus* normativo dedicato alle intercettazioni di comunicazioni.

L'art. 10 della l. n. 63 del 2001 ha previsto che all'art. 267 del codice di procedura penale, dopo il comma 1, fosse inserito il seguente: «1-bis. Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'art. 203 ⁽⁴⁷⁾».

La modifica apportata mette in luce l'intenzione del legislatore di avvicinare al sistema dei mezzi di ricerca della prova la disciplina della prova, come già era stato auspicato in dottrina ⁽⁴⁸⁾.

Era stato notato, infatti, che talvolta la giurisprudenza aveva ammesso limitazioni alla segretezza delle comunicazioni, basandosi su elementi probatori che poi risultavano illegittimi e, quindi, non utilizzabili nel processo: di frequente, in particolare, venivano utilizzati i risultati delle intercettazioni disposte senza decreto autorizzativo motivato o con modalità di registrazione o deposito diverse da quelle previste dalla legge, al fine dell'adozione di una misura cautelare ⁽⁴⁹⁾.

Peraltro, la novità normativa ha suscitato problemi di diritto intertemporale: questi sono stati risolti dalla giurisprudenza mediante il ricorso al principio *tempus regit actum*, per cui la nuova disciplina doveva considerarsi non applicabile ai procedimenti nei quali il mezzo di ricerca della prova fosse già stato disposto all'entrata in vigore delle nuove norme ⁽⁵⁰⁾.

In applicazione di tale indirizzo giurisprudenziale, la Cassazione ha stabilito che «il divieto di utilizzazione delle notizie confidenziali riferite da ufficiali o agenti di polizia, qualora gli informatori non siano stati interrogati nelle forme previste dall'art. 203 comma 1-bis c.p.p., ai fini della valutazione dei sufficienti indizi per l'autorizzazione

⁽⁴⁷⁾ Per completezza di informazione, si segnala che l'art. 203 c.p.p. recita, al comma 1, che «il giudice non può obbligare gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria nonché il personale dipendente dai servizi per le informazioni e la sicurezza militare o democratica a rivelare i nomi dei loro informatori. Se questi non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite nè utilizzate», ed, al comma 1-bis, che «l'inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati nè assunti a sommarie informazioni».

⁽⁴⁸⁾ P. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, p. 129 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni e il segreto di polizia (art. 267)*, in *Giusto Processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, p. 387 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cass. pen., sez. un., 28 novembre 2003, Gatto, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 280; Cass. pen., sez. II, 22 gennaio 2002, Borrachine, in *C.E.D. Cass.*, n. 220999.

all'intercettazione telefonica nei procedimenti di criminalità organizzata, non si applica ai procedimenti in cui l'intercettazione è già stata autorizzata al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa»⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Cass. pen., sez. VI, 4 luglio 2003, D'Anna, in *Riv. pen.*, 2004, p. 1261.