

Lo strumento delle intercettazioni e il difficile equilibrio tra valori e interessi primari

di **Maria Rosaria Donnarumma**

Le intercettazioni sono uno strumento importantissimo d'indagine, ove indispensabili alla prevenzione e repressione di reati di particolare gravità. Nel tentativo di attuare un difficile equilibrio tra la tutela di diritti fondamentali dell'individuo, quali la libertà e segretezza delle comunicazioni e l'inviolabilità del domicilio, da un lato, e la protezione della sicurezza pubblica, dall'altro, si sono susseguite in particolare due riforme legislative, di cui l'attuale ministro della giustizia Carlo Nordio prospetta una revisione incisiva. Di qui l'interesse a una riflessione su tale strumento d'indagine, tanto più opportuna stante la nebulosità del confronto politico.

Interceptions are a very important investigative tool, if indispensable for the prevention and prosecution of particularly serious crimes. In an attempt to implement a difficult balance between the protection of the fundamental rights of the individual, such as the freedom and secrecy of communications and the inviolability of a person's home, on the one hand, and the protection of public safety, on the other, there have been in particular two legislative reforms, of which the current Minister of Justice Carlo Nordio plans a profound review. Hence the interest in a reflection on this investigative tool, all the more appropriate given the opaqueness and the contradictions of the current political debate.

Sommario. **1.** Introduzione. – **2.** Gli articoli 15 e 14 della costituzione e la disciplina legislativa di attuazione. – **3.** La giurisprudenza interna ed europea. – **4.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

L'annuncio da parte del ministro della giustizia Carlo Nordio di una modifica in senso restrittivo della normativa sulle intercettazioni ha riportato

all'attualità la pertinenza di una riflessione su tale strumento d'indagine, riflessione tanto più opportuna stante la nebulosità del confronto politico¹. A tal fine richiamiamo nel presente saggio gli articoli della costituzione e la normativa legislativa di attuazione, nonché le più importanti sentenze pronunciate dai giudici interni, di costituzionalità e di legittimità, e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

2. Gli articoli 15 e 14 della costituzione e la disciplina legislativa di attuazione

L'articolo 15 della costituzione recita testualmente: *"La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. - La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge"*.

Tale disposizione va integrata, per le intercettazioni ambientali nell'abitazione altrui o altro luogo di privata dimora, con quella di cui all'articolo 14 della costituzione sull'invioabilità del domicilio².

Trattasi di disposizioni che tutelano diritti inviolabili dell'individuo, che *"la Repubblica riconosce e garantisce"* ai sensi dell'articolo 2 della costituzione.

Di qui la necessità di una rigorosa osservanza del principio di proporzionalità, ove la limitazione di tali diritti si confronti con l'esigenza di tutelare un altro interesse primario, quale la sicurezza pubblica nella prevenzione e repressione di reati di particolare gravità.

Le intercettazioni, come strumento d'indagine, furono disciplinate per la prima volta nel codice di procedura penale del 1913 (art. 170, co. 3, e art. 238, co. 3). L'attuale codice del 1988, entrato in vigore il 24 ottobre 1989, disciplina la materia, in particolare, agli articoli da 266 a 271.

Il decreto legislativo n. 216 del 29 dicembre 2017, c.d. riforma Orlando delle intercettazioni dal nome del ministro guardasigilli in carica, ha inserito nel codice penale il delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617 *septies*), nonché modificato alcuni articoli del codice di procedura penale concernenti le intercettazioni, nel tentativo di rendere più stringenti le garanzie dei diritti inviolabili con cui un tale strumento d'indagine interferisce.

Come noto, le intercettazioni a fini processuali sono consentite solo nei procedimenti relativi a reati di particolare gravità, elencati all'articolo 266, co. 1, del codice di procedura penale, e solo quando vi siano gravi indizi e

¹ L'uso del termine "confronto" è forse fin troppo generoso, considerato il carattere superficiale e talora meramente propagandistico degli scambi dialettici.

² Art. 14 cost.: "Il domicilio è inviolabile. - Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. - Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali".

l'intercettazione sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini (art. 267, co.1).

Inoltre, per le intercettazioni ambientali nell'abitazione altrui, è necessario che vi sia fondato motivo di ritenere che in essa si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266, co. 2).

In particolare, la riforma Orlando³:

- a) ha introdotto, per le intercettazioni di comunicazioni tra presenti, la possibilità di esecuzione mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile (c.d. *trojan*), disciplinandone i limiti di ammissibilità (art. 266, commi 2 e 2 *bis*) e i presupposti e le forme del provvedimento (art. 267, commi 1, 2 *bis* e 4);
- b) ha sancito il divieto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, enunciando altresì la disciplina concernente la registrazione e verbalizzazione delle comunicazioni intercettate (art. 268, commi 2 *bis*, 2 *ter*, 3 *bis* e 4) in sostituzione della disciplina preesistente;
- c) ha aggiunto gli articoli 268 *bis* sul deposito di verbali e registrazioni, 268 *ter* sull'acquisizione al fascicolo delle indagini, 268 *quater* sui termini e le modalità della decisione del giudice;
- d) ha previsto, per la conservazione delle registrazioni e dei verbali, un apposito archivio riservato presso l'ufficio del pubblico ministero, nonché la possibilità di chiedere, a tutela della riservatezza, la distruzione delle registrazioni non acquisite al fascicolo delle indagini (art. 269);
- e) ha esteso alle operazioni con captatore informatico sia il divieto generale di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti, tranne che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270), sia il divieto di utilizzazione di intercettazioni illegali (art. 271).

La legge n. 7 del 28 febbraio 2020, di conversione del decreto-legge n. 161 del 30 dicembre 2019 (controriforma Bonafede), ha modificato la riforma Orlando, alterando in particolare, tra le disposizioni più contestate (art. 270 c.p.p.), l'equilibrio tra diritto del singolo all'inviolabilità delle comunicazioni e legittima limitazione dello stesso.

Nella nuova versione l'articolo 270, sul divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quello in cui sono state autorizzate, è stato integrato, al comma 1, con l'eccezione non solo limitata, come nella riforma Orlando, all'accertamento di reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza, ma estesa a tutti i reati elencati al comma 1 dell'articolo 266.

Inoltre, la legge:

³ Il cui termine di applicazione è stato peraltro più volte differito dalla normativa successiva.

- a) aggiunge ai reati, per cui sono consentite le intercettazioni, anche i “delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416 bis del codice penale” (associazione di tipo mafioso) “ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”;
- b) interviene con modifiche in tema di intercettazioni ambientali mediante captatore informatico;
- c) modifica la normativa in tema di stralcio, trascrizione e custodia degli atti (verbali, registrazioni ed atti ad esse relative), nonché sostituisce all’archivio riservato presso l’ufficio del pubblico ministero un archivio digitale sotto la direzione e sorveglianza del procuratore della Repubblica;
- d) estende le facoltà dei difensori delle parti processuali.

In tema di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici per fini d’indagine penale e sul requisito della rilevanza (art. 132 del decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003) è intervenuto il decreto-legge n. 132 del 30 settembre 2021, convertito in legge n. 178 del 23 novembre 2021, al fine di adeguare la normativa interna ai principi enunciati dalla Corte di giustizia dell’Unione europea⁴, secondo cui le attività di acquisizione devono essere circoscritte ai procedimenti “aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica”, e sempre sotto il controllo di un’autorità indipendente.

Inoltre, circa il requisito della rilevanza, si precisa che l’acquisizione debba essere necessaria “per l’accertamento dei fatti”, in luogo di “ai fini della prosecuzione delle indagini” (formula presente nel decreto-legge).

3. La giurisprudenza interna ed europea

Passando all’esame della giurisprudenza, ci soffermiamo sulle sentenze più significative della Corte costituzionale, nonché su alcune decisioni della Corte di cassazione e della Corte di giustizia dell’Unione europea.

3.1 La Corte costituzionale

Esaminiamo innanzi tutto la sentenza n. 34 del 1973, trattandosi di una decisione *leading* nell’interpretazione dell’articolo 15 della costituzione. In essa la Corte, interpellata dal giudice *a quo* su un caso di intercettazione telefonica, ricorda che nel citato precetto costituzionale trovano “protezione due distinti interessi; quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall’art. 2 Cost., e quello connesso all’esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch’esso oggetto di protezione costituzionale”⁵.

⁴ Cfr. *infra* commento a sentenza della CGUE del 2 marzo 2021.

⁵ Cfr. *considerato in diritto*, punto 2.

“Nel nostro sistema” – aggiunge la Corte – “la compressione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche, che l’intercettazione innegabilmente comporta, ... si attua sotto il diretto controllo del giudice”, il quale “del corretto uso del potere attribuitogli ... deve dare concreta dimostrazione con un’adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo”. A ciò si aggiungano le altre garanzie richieste per il rispetto del precetto costituzionale, quali: “a) garanzie che attengono alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche, in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate, solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione; b) garanzie di ordine giuridico che attengono al controllo sulla legittimità del decreto di autorizzazione ed ai limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni sia utilizzabile nel processo”⁶.

Altra importantissima decisione della Corte costituzionale è quella n. 81 del 1993, qualificata storica poiché in essa il giudice, interpellato sui limiti di ammissibilità di un tabulato telefonico come mezzo di prova, dopo aver richiamato le rigorose garanzie previste negli articoli da 266 a 271 del codice di procedura penale, ribadisce che per costante giurisprudenza, a partire dalla sentenza n. 34 del 1973, “la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione costituiscono un diritto dell’individuo rientrante tra i valori supremi costituzionali”⁷, e conclude testualmente:

“Anche se la tutela relativa alla riservatezza dei dati di identificazione dei soggetti, del tempo e del luogo della comunicazione non si è finora tradotta in specifiche norme processuali, tuttavia, l'acquisizione come mezzi di prova dei dati medesimi non può non avvenire nel più rigoroso rispetto delle regole che la stessa Costituzione pone direttamente, con norme precettive, a garanzia della libertà e della segretezza di ogni forma di comunicazione. Infatti, come questa Corte ha implicitamente riconosciuto (v. sent. n. 34 del 1973), non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino”⁸.

E ancora: “con specifico riguardo al problema in esame, la ... Corte ha ripetutamente ribadito che, a norma dell'art. 15 della Costituzione, le informazioni o i dati comportanti intromissioni nella sfera privata attinente al diritto inviolabile della libertà e della segretezza della comunicazione possono essere acquisiti soltanto sulla base di un atto dell'autorità giudiziaria, sorretto da ‘un'adeguata e specifica motivazione’, diretta a

⁶ *Ibid.*, punto 2.

⁷ Cfr. *considerato in diritto*, punto 4.

⁸ *Ibid.*, punto 5.

dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati"⁹. Sull'articolo 270 del codice di procedura penale e sull'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti, ricordiamo la sentenza n. 63 del 1994. Il giudice *a quo* si interrogava sulla legittimità costituzionale del limite di utilizzabilità previsto, all'epoca, per i soli procedimenti relativi a reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, criticandone la ragionevolezza e chiedendo in sostanza la piena utilizzabilità ove l'intercettazione è ammissibile ai sensi dell'articolo 266 del codice di procedura penale¹⁰.

La Corte obietta che "una regola quale quella auspicata dal giudice *a quo* si rivela – sulla base della consolidata giurisprudenza di questa Corte ... - apertamente contrastante con le garanzie previste dall'art. 15 della Costituzione ..., dal momento che trasformerebbe l'intervento del giudice ... in 'un'inammissibile autorizzazione in bianco' a disporre le intercettazioni"¹¹. La deroga, eccezionalmente consentita per i reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza, e sempre nei limiti in cui gli elementi raccolti con le intercettazioni risultino "indispensabili" per l'accertamento del reato, "costituisce indubbiamente" – afferma la Corte – "un non irragionevole bilanciamento" operato dal legislatore, la deroga essendo "giustificata dall'interesse dell'accertamento dei reati di maggiore gravità" e "presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale"¹².

3.2 La Corte di cassazione.

Per la Corte di cassazione ricordiamo in particolare le sentenze n. 51 del 2020 e n. 1757 del 2021 sull'articolo 270 del codice di procedura penale, e la sentenza n. 32010 del 2022 sulla riaffermazione, per le intercettazioni ambientali, della definizione a suo tempo data di "luogo di privata dimora". Nella sentenza n. 51 del 2020 (c.d. sentenza "Cavallo" dal nome del ricorrente) le Sezioni unite penali della Corte di cassazione così sintetizzano la questione di diritto sottoposta: "se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all'art. 270 c.p.p., riguardi anche i reati non oggetto della intercettazione ab origine disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione"¹³.

La Corte parte dalla ricognizione del quadro costituzionale di riferimento¹⁴, in particolare gli articoli 2 e 15 della costituzione nell'interpretazione data

⁹ *Ibid.*, punto 5.

¹⁰ Cfr. *considerato in diritto*, punto 3.

¹¹ *Ibid.*, punto 3.

¹² *Ibid.*, punto 3.

¹³ Cfr. *considerato in diritto*, punto 1.

¹⁴ *Ibid.*, punto 2.

dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 34 del 1973. Quindi, con riferimento alla disciplina di cui all'articolo 270 c.p.p., richiama segnatamente la sentenza della Corte costituzionale n. 63 del 1994.

Ciò premesso, la Corte di cassazione esamina i diversi indirizzi espressi dalla giurisprudenza di legittimità ai fini della definizione della nozione di "procedimento diverso" di cui all'articolo 270, comma 1¹⁵, per concludere che, alla luce della nozione emersa, "non rientrano nella sfera del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. ... i reati ... connessi ex art. 12 cod. proc. pen.", in altri termini: "quando hanno ad oggetto reati connessi, i procedimenti non sono 'diversi' a norma dell'art. 270 cod. proc. pen."¹⁶.

Di qui l'enunciazione del seguente principio di diritto: "Il divieto di cui all'art. 270 c.p.p., di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge"¹⁷.

A distanza di un anno da questa sentenza la Corte, sez. V penale, è chiamata di nuovo a pronunciarsi (decisione n. 1757 del 2021) sull'articolo 270 del codice di procedura penale e ribadisce il principio di diritto.

In tema di intercettazioni ambientali la Corte di cassazione, sez. VI penale, nella sentenza n. 32010 del 2022, nell'escludere che l'ufficio del pubblico ministero nella Procura possa essere ritenuto luogo di privata dimora, ribadisce quanto affermato dalle Sezioni unite nella sentenza n. 31345 del 2017, secondo cui "rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare"¹⁸.

3.3 La Corte di giustizia dell'Unione europea.

Per la giurisprudenza europea esaminiamo la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 2 marzo 2021, che offre una lettura approfondita, alla luce degli articoli pertinenti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, della normativa europea in tema di trattamento dei dati personali e di tutela della vita privata.

Oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale, presentata nell'ambito di un procedimento penale dalla Corte suprema dell'Estonia, era l'interpretazione, alla luce degli articoli 7, 8, 11 e 52, par. 1, della Carta dei

¹⁵ *Ibid.*, punti da 3 a 11.2.

¹⁶ *Ibid.*, punto 11.3.

¹⁷ *Ibid.*, punto 12.

¹⁸ *Cfr. considerato in diritto*, punto 5.

diritti fondamentali, dell'articolo 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE, come modificata dalla direttiva 2009/136/CE.

Dopo avere richiamato la normativa europea¹⁹ e il diritto estone²⁰ e riassunto il procedimento principale sfociato davanti alla Corte suprema estone²¹, il giudice europeo espone le tre questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice del rinvio: *a)* necessità o meno, per un accesso legittimo ai dati, che esso sia limitato ai casi di lotta contro le forme gravi di criminalità; *b)* applicazione del principio di proporzionalità; *c)* posizione del pubblico ministero nel necessario controllo preventivo²².

La Corte esamina congiuntamente la prima e la seconda questione, richiamandosi a quanto già da essa affermato sull'accesso e la conservazione dei dati e sulle condizioni di legittimità nella sentenza del 6 ottobre 2020 (in particolare punti 117, 130, 131, 140, 146, 157, 158, 166, 167, 168) e nella sentenza del 2 ottobre 2018 (punto 54)²³.

Pur riconoscendo che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, spetta al diritto nazionale, in virtù del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le regole relative all'ammissibilità e alla valutazione, nell'ambito di un procedimento penale, di informazioni ed elementi di prova²⁴, tale autonomia non è però illimitata²⁵. Ciò in quanto l'articolo 15, par. 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce dei citati articoli della Carta, deve essere interpretato nel senso che "l'accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica"²⁶.

Passando alla terza questione²⁷ la Corte precisa che la condizione essenziale di legittimità, secondo cui l'accesso deve essere subordinato ad un controllo preventivo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente, esige che il giudice o l'entità siano "in grado di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali"²⁸.

Ciò implica che il pubblico ministero, in quanto parte nel processo, non può garantire il necessario requisito dell'indipendenza e della neutralità e, quindi,

¹⁹ Cfr. sent., par. da 3 a 8.

²⁰ *Ibid.*, par. da 9 a 15.

²¹ *Ibid.*, par. da 16 a 19.

²² *Ibid.*, par. 26.

²³ *Ibid.*, par. da 27 a 40.

²⁴ *Ibid.*, par. 41.

²⁵ *Ibid.*, par. 42 ss.

²⁶ *Ibid.*, par. 45.

²⁷ *Ibid.*, par. 46 ss.

²⁸ *Ibid.*, par. 52.

legittimamente autorizzare l'accesso ai fini di un'istruttoria penale²⁹. Ove ciò avvenga in "situazioni di urgenza debitamente giustificate", il controllo della legittimità dell'accesso da parte di un giudice deve intervenire "entro termini brevi"³⁰.

4. Considerazioni conclusive.

Le intercettazioni in ogni tipologia, telefonica, telematica, ambientale, indubbiamente comportano una compressione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e alla riservatezza delle comunicazioni. Ciò implica, quindi, la necessità di una rigorosa osservanza del principio di proporzionalità tra i valori in giuoco, e delle condizioni di legittimità costituzionale.

Sull'annunciata riforma della disciplina delle intercettazioni, nessun dubbio che una modifica della normativa, in termini sempre più garantistici, sia auspicabile. Citiamo, per un esempio, l'articolo 270 del codice di procedura penale che, nell'attuale versione, desta fondati dubbi di costituzionalità e andrebbe quindi modificato, onde impedire che l'intervento del giudice si trasformi in "un'inammissibile autorizzazione in bianco a disporre le intercettazioni".

Ciò che però desta perplessità è l'aver annunciato una riforma su un tema così sensibile in termini estremamente generici, e soprattutto appellandosi tra l'altro a motivazioni discutibili, come la necessità che il parlamento non sia "supino ed acquiescente" alle affermazioni dei pubblici ministeri³¹, o ancora esprimendo valutazioni perentorie, quale quella secondo cui le intercettazioni "sono diventate strumento micidiale di delegittimazione personale e spesso politica".

²⁹ *Ibid.*, par. da 54 a 57.

³⁰ *Ibid.* par. 58.

³¹ Cfr. Relazione alla Camera sulla giustizia del guardasigilli Nordio, seduta del 19 gennaio 2023.