

PROFILI COSTITUZIONALI DELLE INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI TRA INADEGUATEZZA DEL LEGISLATORE E DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE*

Sommario : **I. Premessa.** – **II. Riserva di legge in materia penale e discrezionalità giudiziale.** - **III.1. Aspetti della tutela costituzionale dell'art. 15 Cost. connessi con la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni: segretezza del messaggio e "meccanismo" della doppia riserva.** - **III.2. Segue: rapporto tra diritto a comunicare riservatamente e mezzo prescelto per la comunicazione.** – **IV. Le intercettazioni di comunicazioni tra esigenze di garanzia della libertà di comunicare riservatamente ed esigenze di difesa della collettività.** – **V.1. L'interpretazione-applicazione giudiziaria in materia di intercettazioni: la sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1973.** - **V.2. Segue: i dati esteriori delle comunicazioni riservate.** - **V.3. Segue: le intercettazioni "illegali".** - **V.4. Segue: le intercettazioni riguardanti i parlamentari.** - **V.5. Segue: compatibilità tra intercettazioni e registrazioni effettuate dal c.d. "agente attrezzato per il suono".** - **VI. Riserva di legge "convenzionale" e giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di intercettazioni.** - **VII. Il progetto di riforma della disciplina delle intercettazioni.** - **VIII. Conclusioni.**

- I. Premessa

La «dimensione poliedrica» dell'attuale sistema delle comunicazioni, producendo una marcata interferenza tra le varie situazioni costituzionali, implica – come sostenuto da Aldo Loiodice - una costante e non agevole opera di bilanciamento tra le stesse¹. La polifunzionalità degli attuali mezzi di comunicazione e l'utilizzo di tecniche di captazione sempre più avanzate determinano, al contempo, nuove opportunità di confronto interpersonale, ma anche più penetranti forme di restrizione della libertà e segretezza delle comunicazioni ponendo, sul piano dei limiti delle garanzie costituzionali, innumerevoli problematiche specie in ordine ai rapporti tra art.15 della Costituzione e potestà punitiva statale².

* Il presente lavoro è destinato agli "Studi in onore di A. Loiodice".

¹ A. LOIODICE, in *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di G. Santaniello), XII, R. ZACCARIA (a cura di), *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999, 7, ove l'A. approfondisce il tema del diritto all'informazione – al cui studio ha costantemente ed autorevolmente contribuito – nella dimensione più ampia della libertà di comunicazione, rimarcandone in particolare il valore di «espressione sintetica con cui si indica la coesistenza e il contemporaneo esercizio di più libertà (cioè: quella di corrispondenza, quella di manifestare, quella di informarsi)» (pp. 8-9). L'A., peraltro, con tale "formula propositiva", non trasforma la libertà di comunicazione in una nuova fattispecie costituzionale originata dal combinato disposto degli artt. 15 e 21 Cost., ma ne allarga l'efficacia configurandola in un'ottica di partecipazione: «La comunicazione in senso ampio trova riscontri in libertà distinte e differenziate, ma vuole soddisfare l'esigenza che ognuno possa entrare in contatto con gli altri attraverso i vari mezzi (sia con determinate persone sia con soggetti non specificati) e che coloro che sono i destinatari (diretti o eventuali) di queste comunicazioni possano usufruire di esse con piena libertà» (pp.23-24).

² Cfr. G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, VIII ed., Bologna, 2004, 13 s., il quale efficacemente sottolinea l'autolegittimazione statale all'esercizio del potere coercitivo. Sulla origine della c. d. "teoria dell'autolimitazione" v. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (tr. it. a cura di G. Vitagliano), Società editrice libraria, Milano, 1912, e R. von JHERING, *Lo scopo del diritto* (tr. it. a cura di M.G. Losano), Torino, 1972. Sul piano filosofico-giuridico v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2008 nonché M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, 1975 (trad. di A. Tarchetti, Torino, 1993). Sull'origine del potere coercitivo statale rimane imprescindibile il contributo di T. HOBBS, *Leviatano* (ed. it. a cura di A. Pacchi), Roma-Bari, 1989, II, 17, 142 s. Tale contributo è stato particolarmente approfondito da M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1997, 131 s. e ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1343 s.. Sul piano comparatistico v. F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A.

E' la materia penale, infatti, quella in cui diviene più delicato il rapporto tra ordinamento statale e libertà del singolo³, richiedendo opportuni presidi di "certezza" e di "garanzia"⁴ in ordine all'equilibrio tra le esigenze di intervento repressivo a difesa della società e quelle di massima protezione della libertà individuale⁵.

Con l'affermarsi dello Stato liberale ottocentesco l'intero sistema normativo, e soprattutto l'ambito penale, viene incardinato sul principio di legalità, che si fonda sul primato del Parlamento e della fonte tipica della sua attività di produzione normativa (la legge) nell'apposizione di qualsiasi restrizione della sfera di libertà individuale da parte dei pubblici poteri⁶. E' solo con l'affermazione del principio democratico, basato sulla universalità del suffragio, e con l'attribuzione del crisma della "rigidità" alle Carte costituzionali⁷, che sono imposti vincoli anche alla massima autorità rappresentativa, per cui il principio di legalità si evolve in quello più intenso della riserva di legge. Se il primo, infatti, rimane prevalentemente agganciato al «dogma dell'onnipotenza del comando legislativo»⁸, intendendosi con esso qualunque norma attributiva della competenza, il secondo presuppone, invece, l'esistenza di una fonte sovraordinata alla legge ordinaria che regola e limita il potere legislativo medesimo⁹.

In materia penale¹⁰ ciò comporta che la Costituzione non solo prescrive che, in virtù del carattere rappresentativo del Parlamento, le scelte e gli interventi coercitivi siano riconducibili alla volontà popolare¹¹, ma che tali scelte, poiché incidenti direttamente su diritti di libertà, assicurino la massima garanzia per il

PIZZORUSSO – V. VARANO, (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 531 s. e 552 s..

³ Significativa, al riguardo, è la posizione di D. PULITANO', *Politica criminale*, ad vocem, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 76, il quale ravvisa, nella determinazione del lecito e dell'illecito, l'essenza stessa del «rapporto tra Stato e cittadino, tra autorità e libertà». V., sul punto, anche P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1956, 1253 il quale configura la legge penale come quella che «più drasticamente incide nell'esercizio delle libertà e circoscrive i limiti dei diritti dei cittadini, è la più soggetta a subire i contraccolpi dei mutamenti costituzionali».

⁴ V. sul punto, in chiave problematica, M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1968; ID., *Ratio di "certezza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, nota a Corte Cost., 3 aprile 1969, n.61, in *Giur. Cost.*, 1969, 993 s.; P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., 1258 s.

⁵ V. in proposito, P. NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, *Studi in memoria di F. Grispigni*, Milano, 1956, 237 s. e F. BRICOLA, *Art. 25, 2 e 3 co.*, in BRANCA e PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, Artt. 24-26, Bologna-Roma, 1981, 229-230, il quale postula, da un lato, «una rivalutazione della difesa del cittadino-vittima»; dall'altro, ex art. 2 Cost., una «decisiva prevalenza della prevenzione generale» per ragioni di difesa della società.

⁶ Nel c. d. "Stato di diritto" la legge è, infatti, «il tramite indispensabile della libertà (...) l'unico strumento capace di proteggerlo dall'arbitrio» (Così P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA - D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002, 94. Nato in ambiente illuministico, il principio di legalità trova le sue origini nel pensiero di C. S. MONTESQUIEU (*Lo spirito delle leggi*, 1748, ed. it. a cura di S. Cotta, Torino, 1952) e, con specifico riguardo alla materia penale, in quello di C. BECCARIA (*Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di G. Carnazzi, con prefazione di V. Grevi, RCS-Libri, Milano, 2010). Quest'ultimo, in particolare, sottolinea che la prima conseguenza del diritto di punire «è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale». Occorrerà attendere la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789) affinché il principio di legalità penale venga formalizzato (art. 7).

⁷ V. sul punto la dettagliata ricostruzione di R. BIN, voce *Stato di diritto*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, IV, Milano 2011, pp. 1149-1162, in particolare par. 3 – *Lo Stato di diritto costituzionale e la contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale*.

⁸ Secondo la felice formulazione di S. STAIANO, *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in *Rivista AIC*, n.1/2011 (15.03.2011), 1.

⁹ V., sul punto, R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2011, 325, che descrivono la riserva di legge «come un risultato dell'estensione della legalità alla stessa attività legislativa».

¹⁰ Sul principio di riserva di legge in materia penale v. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 3 s., in particolare 11s.; ID., *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, 315s., in particolare 317s.; M. D'AMICO - G. ARCONZO, *Art. 25*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 535 s.; F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., 227 s.; S. STAIANO, *Per orbite ellittiche*, cit., 5, il quale molto opportunamente stigmatizza le costruzioni interpretative (soprattutto della dottrina penalistica), che ignorando la peculiare diversità della riserva di legge, tendono a sovrapporla concettualmente al principio di legalità (p. 5).

¹¹ Cfr. G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, 968. V. anche l'efficace ricostruzione di M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza*, cit., 326-327, che mette bene in evidenza quanto, in epoca fascista, pur mantenendosi inalterato il principio di legalità dei reati e delle pene, si rinuncia proprio al suo primo fondamento «e cioè al collegamento con la razionale scala dei valori espressa dal popolo attraverso i suoi rappresentanti». Per cui il sistema si ispira a valori rigidamente "statali" e non "popolari".

cittadino nei confronti sia degli abusi del potere esecutivo, sia dell'arbitrio del potere giudiziario. Un adeguato sistema di garanzie delle libertà non può allora prescindere né dalla costruzione della sanzione penale come *extrema ratio*¹² coercitiva, né dal rispetto del principio di certezza e tassatività nella determinazione delle fattispecie criminose¹³.

- II. Riserva di legge in materia penale e discrezionalità giudiziale

L'entrata in vigore della Carta repubblicana segna una svolta anche da un altro punto di vista. Nonostante la valorizzazione dell'esperienza liberale¹⁴, il principio della riserva di legge in materia penale e i suoi corollari (tassatività¹⁵ e chiarezza delle disposizioni coercitive) si trovano ad «operare in uno Stato democratico-sociale»¹⁶, nel quale il riconoscimento dei diritti sociali¹⁷ impone che, a fronte della «pretesa a prestazioni positive dei poteri pubblici da parte dei cittadini più svantaggiati»¹⁸, lo Stato si impegni a realizzare interventi di riduzione delle disuguaglianze e di promozione dell'integrazione sociale. Tale evoluzione condiziona¹⁹ sia le finalità punitive dell'ordinamento, sia la portata effettiva della riserva di legge penale (art. 25, II co., Cost.), dovendosi riconsiderare le stesse nozioni di «delitto» e di «sanzione penale» in accezioni conformi alla Costituzione.

¹² Anche di tale principio siamo debitori a Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit.

¹³ Del principio di «chiarezza» della legge penale si trova traccia nell'*Esprit* di Montesquieu, anche se con riferimento ai soli governi repubblicani. In proposito G. TARELLO (*Storia della cultura giuridica moderna, I – Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 417 s.) evidenzia l'ambiguità di Montesquieu che non lo avrebbe delineato come principio assoluto. E' noto che C. Beccaria abbia ripreso il principio ed anzi lo abbia meglio specificato come esigenza di leggi *chiare* al fine di garantire non solo la libertà dei cittadini, ma anche come difesa dagli arbitri dei giudici. Si deve, comunque a P.J. Anselm von FEUERBACH (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1847, rist. 1986, par. 20, 41 s.) l'enucleazione dal *nullum crimen, nulla poena sine lege* dei due altri essenziali profili del principio di determinatezza delle leggi, ovvero il divieto di analogia e la necessità che la condotta sanzionata debba essere provata in concreto. Ammette il ricorso all'analogia in materia penale C. ESPOSITO, *L'art.25 della Costituzione e l'art.1 del codice penale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 537 s.

¹⁴ Sulla indissolubilità nella «cultura» costituzionale italiana tra sovranità popolare e Stato di diritto, v. L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. LABRIOLA, (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, I, 1, Roma-Bari, 2006, 165.

¹⁵ E' la stessa Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 247 del 1989 considera la tassatività una *species* del più ampio genere della determinatezza. Spesso, in dottrina, i due termini sono usati, contestualmente, nel binomio lessicale determinatezza/tassatività. V., per tutti, F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza/tassatività in materia penale*, in *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 27 s. e A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, 4199 s. Sul principio di determinatezza rimane comunque paradigmatica la sentenza della Corte costituzionale n.364 del1988 (in *Giur. Cost.*, 1988, I, 1510-1513) sulla c.d. *ignorantia legis*. Ma già G. ZAGREBELSKY (*Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 78-79) sottolineava che fondamento, sia pure implicito, dell'art. 25, II co., Cost. è il « principio di stretta interpretazione della legge penale ».

¹⁶ Così M. D'AMICO, *Qualità della legislazione*, cit., 19. In generale, sull'affermazione dello Stato sociale v., tra gli altri, C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 3-72; V. ONIDA, *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 95-97; L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 1995, 1,36; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, in particolare Cap. 2, parr. 3 e 4, nonché Cap. 3, par. 1; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., 50 s.

¹⁷ Sul punto v., tra gli altri, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, ad vocem, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, 3-5; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. Dir.*, 1995, 560 s.; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2000, 873 s.; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001; P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA - P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, 2002, 39. V. anche A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, XIV; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; F. RIMOLI, *Stato sociale*, ad vocem, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 2004.

¹⁸ Così R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, cit., 50.

¹⁹ Parzialmente difforme è la ricostruzione di G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. Soc.*, 1/1986, 459 s., il quale sottolinea che, nonostante il riconoscimento dei diritti sociali abbia caratterizzato l'elaborazione dei testi costituzionali del XX secolo, «nel campo dei «rapporti civili» (...) continua ad imperare la tradizionale concezione liberale, in quanto (...) appare sulla scena il tragico spettro della violenza di stato del totalitarismo ...» (p. 460).

Gli scopi di giustizia sostanziale (art. 3, Il co., Cost.), legittimanti il ricorso a prescrizioni “concrete” che riducono o eliminano del tutto la “generalità” e l’“astrattezza” quali caratteri tipici delle norme giuridiche²⁰ nonché l’esigenza di «difesa della società, incardinata sull’art. 2 Cost.»²¹ conducono a ritenere che la riserva contenuta nell’art. 25, Il co., Cost. non sia riserva d’organo²², bensì di fonte²³ e che al perseguimento delle finalità di prevenzione generale sia tenuto “costituzionalmente” a partecipare anche il giudice penale nell’esercizio del suo potere discrezionale²⁴.

Il “garantismo” penale²⁵ assume, dunque, risvolti particolarmente complessi sul piano della tutela dei diritti di libertà. Per un verso, infatti, un’interpretazione dell’art. 25, Il co., Cost. nel senso dell’apertura a fonti materialmente legislative (valga per tutti l’esempio della indeterminatezza causata dall’adozione di decreti legislativi correttivi) sottrae in concreto la materia penale alla dialettica parlamentare²⁶, modificando la funzione originaria della riserva rispetto alle esigenze garantiste ad essa sottese; per altro verso, l’intensificazione dell’intervento giudiziale a fini correttivi dell’indeterminatezza delle fattispecie penali, rischia di rendere eccessivamente invasiva l’attività del giudice nell’ambito delle scelte legislative di politica criminale o, più semplicemente, nella individuazione di specifiche condotte criminose²⁷.

Diviene, inoltre, essenziale precisare quando un fatto è idoneo a realizzare un illecito penale e, più specificamente, se tale idoneità risiede o meno in un obbligo costituzionale di penalizzazione²⁸, con la

²⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti*, cit., 156, con particolare riferimento alle leggi-provvedimento e alle leggi-azione quali strettamente connessi «con le aspirazioni essenziali dello Stato sociale», nonché ID., *Manuale di diritto costituzionale, I, Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, 40 s.

²¹ Così F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., 230.

²² Numerosi sono gli Autori che sottolineano la necessità che la riserva di legge in materia penale sia da intendersi quale riserva d’organo. Cfr. G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 506; C. CARBONI, *Inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, Milano, 1970, 259 s.; F. PALAZZO, *Legge penale, ad vocem*, in *Enc. Giur.*, XVIII, 1990, 346; L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, *ad vocem*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2 e 4; ID., *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, 1996, 126-131; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit., 4215-16, il quale auspica «il recupero nella materia penale (...) del significato originario della primarietà della legge».

²³ V. sul punto G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti*, cit., 54. Sul concetto sostanzialistico del principio di legalità v. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, nonché ID., *Legalità (principio di)*, *ad vocem*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

²⁴ Cfr. F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., 230 e 236, sia pure entro limiti di precise scelte di politica criminale da parte del legislatore.

²⁵ Per una ricostruzione del modello, ideale e sostanziale, del garantismo penale v., da ultimo, S. STAIANO, *Per orbite ellittiche*, cit.

²⁶ Cfr., in generale, A. PIZZORUSSO, *Cultura e politica nella produzione e applicazione del diritto*, in *Quad. Cost.*, 1990, I, 78-79 nonché, sulla deriva verificatasi nei tempi presenti, A. PIZZORUSSO – E. RIPEPE – R. ROMBOLI, *Diritto e potere nell’Italia di oggi*, Torino, 2004. Sulla «pressochè totale assenza di un’adeguata cultura istituzionale» nel nostro paese e sulla ricostruzione della legge come atto esclusivamente di maggioranza v. F. BILANCIA, *La legge e l’interesse generale: un paradigma per un’etica costituzionale?*, in *Rev. brasileira de direito constitucional*, n.8-jul./dez. 2006, 186 s.

²⁷ V. sul punto, anche se attribuendo la responsabilità dell’“invasione” all’inadeguatezza del legislatore, le puntuali osservazioni di G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro It.*, 1988, IV, 487-88; ID., *Corso di diritto penale*, Bari, 1990, 75-77; ID. *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 6-7. V. anche, sia pure in un ambito diverso da quello penale, V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, in www.federalismi.it, n. 17/2010, il quale stigmatizza «la sostituzione in via interpretativa di quelle opzioni di politica del diritto legislativamente sancite e mal sopportate (...) – nonché (ndr) – la spinta verso un inedito modello di “Stato giurisdizionale”, volto non più a stabilizzare il sistema normativo, bensì ad innovare i caratteri anche se a discapito della chiarezza del testo normativo, della pari determinazione legislativa (...)».

²⁸ Disapprova l’impostazione teorica dell’“obbligo costituzionale” D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 484 s., il quale individua, fra i rischi più insidiosi dell’adesione alla teoria della penalizzazione costituzionalmente obbligatoria, proprio quello della prevalenza del circuito giurisdizionale su quello politico, con l’attribuzione di un ruolo centrale in materia penale non più al legislatore, ma al giudice (512-13). Sostenitori della concezione della Costituzione come limite al diritto penale sono anche P. NUVOLONE, *Le norme penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 49 s.; G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. Pen.*, 1979, II, 326; A. BARBERA - F. COCOZZA - G. CORSO, *Le situazioni soggettive. La libertà dei soggetti e delle formazioni sociali. Il principio di eguaglianza*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, V ed., I, Bologna, 1997, 247. Per una posizione intermedia, sia pure qualificabile come favorevole ad una concezione più restrittiva degli obblighi costituzionali di tutela penale, v. G. GEMMA, *Diritti costituzionali*, cit., 490-493.

conseguenza di considerare la Costituzione, rispettivamente, mero limite oppure fondamento della potestà punitiva statale.

E' nota la prevalenza della seconda teorica, basata sul principio di offensività del reato (c.d. "teoria dei beni giuridici di rilevanza costituzionale"). Poiché, infatti, il reato è quel fatto «idoneo ad offendere un valore significativo a livello costituzionale»²⁹, la norma penale «può solo ritagliare e specificare, senza snaturarli, i valori già previsti nella Costituzione»³⁰.

Mai espressamente codificato, il principio di offensività ha trovato significativo seguito non solo in dottrina, ma anche nella giurisprudenza costituzionale che, inizialmente restia ad utilizzarlo come criterio ermeneutico autonomo in favore, invece, di un suo uso "indiretto" entro i più praticati parametri di valutazione della ragionevolezza³¹, lo qualifica, più recentemente, come «limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore»³², che opera «dal momento della astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta»³³.

Invero, è proprio sulla offensività in concreto che la Consulta adotta una posizione polimorfa, ai limiti della contraddittorietà: da un lato, nonostante la formale deferenza del suo sindacato nei confronti della discrezionalità del legislatore³⁴, concede a se stessa il frequente ricorso ad operazioni "creative" non sempre condivisibili³⁵; dall'altro, impegna il giudice penale ad adottare «una lettura "teleologicamente orientata" degli elementi di fattispecie»³⁶, imponendogli l'interpretazione conforme a Costituzione e autolimitandosi nel ruolo di «monopolista» dell'interpretazione costituzionale³⁷. La naturale conseguenza di una simile impostazione è

²⁹ F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., 274. Sul principio di offensività v. anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA - G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 43 nonché, ampiamente, P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO - L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderni del Gruppo di Pisa, Torino, 2009, 44 s.

³⁰ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 15.

³¹ Cfr., sul punto, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005 e ID., *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2010, 3.

³² V. Corte Cost., sentenza n. 360 del 1995 (rel. Granata). Significativa, al riguardo, è la sentenza n. 409 del 1989 (rel. Dell'Andro), in cui la Corte nega che il legislatore sia «sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici» e che, invece, debba «oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere (...), tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante».

³³ V. Corte Cost., sentenza n.263 del 2000 (rel. Mezzanotte).

³⁴ Cfr., sul punto, V. MANES, *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale*, cit., 1, in cui evidenzia, da parte della Consulta, l'«impiego cauto del principio di offensività come *canone di controllo delle scelte di politica criminale* e utilizzo ormai consolidato dello stesso principio come *criterio ermeneutico* indirizzato al giudice».

³⁵ Il riferimento è all'eccessivo uso, da parte della Consulta, di decisioni manipolative, specie additive. Il punto sarà meglio sviluppato nel corso della trattazione.

³⁶ V., di recente, Corte Cost., sentenza n. 225 del 2008. Il precedente più noto nonché fondativo dell'interpretazione conforme a Costituzione del giudice comune è rappresentato dalla sentenza n. 356 del 1996 (rel. Zagrebelsky), in cui la Corte afferma che l'incostituzionalità di una legge non dipende dalla possibilità di darne interpretazioni incostituzionali, ma dall'impossibilità di darne interpretazioni costituzionali. Con il limite che «l'opera di adeguamento non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse» (Così M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Foro Amm.-T.A.R.*, VI-supplemento al n. 7-8, 2007, 93. Cfr. A. PACE, *Postilla. Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento (se del caso, "interpretative" e "additive") quando l'incostituzionalità stia nella "lettera" della disposizione*, in *Giur. Cost.*, 2006, 3428 s.). Sull'interpretazione conforme v. anche P. CHIRULLI, *La sanzione penale*, cit., 49-51 e, in particolare, le note 36, 37 e 38, cui si rinvia per i riferimenti bibliografici essenziali in materia. Da ultimo, sul punto, v. G. LANEVE, *Non terminare l'opera vale quanto non averla iniziata: la Corte alza l'asticella e l'interpretazione conforme continua a mietere vittime*, in www.federalismi.it, n.6/2012, alle cui note 3 e 4 si rinvia per la citazione degli studi più recenti.

³⁷ In questo senso v. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., ivi, nonché I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n.1/2012 (28. 03.2012), 3, la quale sottolinea il "paradosso" che sia stata la stessa Consulta ad abdicare alla propria centralità, al suo ruolo di guida nel controllo di costituzionalità. D'altra parte, dato per assunto che l'accertamento della *concreta esistenza* di una norma richieda l'imprescindibile ricorso all'attività interpretativa (v., sul punto, A. LOIODICE, *Valori costituzionali e diritto naturale: spazi per gli argomenti dell'interpretazione*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Franco*

la ridefinizione dei rapporti tra giudice costituzionale e giudice comune³⁸ nonché tra giurisdizione, in generale, e potere legislativo³⁹. Facendo, infatti, incombere sul giudice penale (di legittimità o di merito) il compito di eseguire «le stesse operazioni interpretative che compie la Corte quando effettua una interpretativa di rigetto»⁴⁰, il giudice delle leggi rinuncia alla funzione di “interprete privilegiato”⁴¹ della Costituzione; d'altronde, l'utilizzo di sentenze additive produce l'immissione di una nuova norma nell'ordinamento⁴² che ha effetto sostitutivo della discrezionalità giudiziale a quella legislativa, con comprensibili effetti elusivi della riserva di legge ex art. 25, Il co., Cost.. Valga per tutti l'esempio del diffuso ricorso a interventi manipolativi che, incidendo sulla sanzione, spesso si riflettono anche sul precetto penale, privandolo in tal modo della propria rilevanza giuridica⁴³.

Il punto è che la *ratio* del limite a decisioni additive o sostitutive in materia penale non risiede tanto nel mero rispetto della riserva di legge, bensì nella «particolarissima natura delle norme che formano oggetto del principio costituzionale di legalità»⁴⁴ e cioè la «natura squisitamente politica delle scelte normative in ambito penalistico»⁴⁵. Tale natura, comportando la prevalenza del momento politico-legislativo su ogni altro,

Modugno, III, Napoli, 2011, 1952) e sia pur essendo pacificamente acquisito che quella della Corte Costituzionale non sia l'unica giurisdizione competente ad utilizzare la Costituzione come parametro di conformità delle leggi (cfr., sul punto, A. PACE, *I limiti dell'interpretazione "adeguatrice"*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1066 s.), il problema sta nella forzatura dell'iniziale, condivisibile intento della Consulta di inibire al giudice di affrancarsi dal compito di elaborare un'interpretazione adeguatrice, anche quando il caso concreto lo consenta. L'esito finale, infatti, è risultato spesso opposto, con l'attribuzione dell'onere interpretativo più gravoso esclusivamente a carico del giudice ordinario o di legittimità.

³⁸ V., sul punto, le osservazioni di G. DEMURO, *La soggezione del giudice alla legge e vincolatività per i giudici comuni delle sentenze "normative" della Corte Costituzionale*, in P. CIARLO – G. PITRUZZELLA – R. TARCHI, *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1997, 121 s. nonché di R. ROMBOLI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione tra Corte costituzionale e giudice comune*, in NAVARRETTA – PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004, 25 s..

³⁹ Significative in proposito sono le critiche di E. LAMARQUE, *Una sentenza "interpretativa di inammissibilità"*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3107 s. e ID., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in www.astridonline.it, 2009, 1. Molto suggestiva, in materia di interpretazione conforme e ruolo della Corte costituzionale, è la ricostruzione di R. BIN (*L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XX Convegno annuale dell'AIC (Roma, 27-28 ottobre 2006), Napoli 2010, 201 s.) che, configurando l'“immagine” della Consulta come «*collegio arbitrale*, chiamato a regolare il conflitto latente e strutturante tra il *potere legislativo* e il *potere giudiziario*», ritiene coerente con tale ruolo l'elaborazione di tutta una serie di figure tipiche – tra le quali spicca la teoria dell'interpretazione conforme – attraverso cui impegnare il giudice comune nella applicazione “diretta” della Costituzione. Pur condividendo, sul piano generale, tale teorica, non ci si può esimere dal rimarcare che, nella materia penale, non sono mancati gli episodi in cui la carente determinatezza delle disposizioni legislative ha costituito l'occasione, da parte della Consulta, per operare interventi manipolativi non conformi al principio di stretta legalità dei reati e delle pene, con il conseguente sbilanciamento nel suo ruolo di arbitro *super partes* e attribuzione di una posizione di favore, quando non di eccessiva responsabilità, nei confronti del potere giudiziario. Sull'applicazione diretta della Costituzione v. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice*, in AA.VV., *La Costituzione repubblicana. I principi, le libertà, le buone ragioni*, in A. CAPUTO – L. PEPINO (a cura di), *Quaderni di Quest. Giust.*, 2009, 195 s.

⁴⁰ Così, da ultimo, M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, n.1/2012 (20.03.2012), 2.

⁴¹ Cfr., sul punto, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il Cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 905.

⁴² Cfr. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte*, cit., ivi. V. sul punto anche A. PACE, *Postilla. Sul dovere della Corte costituzionale di adottare sentenze di accoglimento*, cit., 3428 nonché R. ROMBOLI, *Verso un "nuovo" utilizzo delle decisioni interpretative*, in *Quad. Cost.*, 2007, 591s.. Nega la natura di fonti del diritto, equiparate alla legge, delle sentenze manipolative A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit.,

⁴³ V. sul punto l'attenta e problematica ricostruzione di A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit., 4202 s. nonché F. MODUGNO - R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? In margine alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 1990, IV, 97 s.; M. D'AMICO, *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolative in materia penale*, ivi, 254 s.; ID., *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 103 s.

⁴⁴ Così L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Giur. Cost.*, 1984, I, 260.

⁴⁵ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit., 4214.

richiede la più stretta limitazione di «qualsiasi atteggiamento creativo»⁴⁶ da parte dei giudici (sia comuni che costituzionali) e che la relativa discrezionalità sia vincolata da scelte legislative organiche e razionali. Ma è proprio la sostanziale inadeguatezza del legislatore a compiere scelte definite di politica criminale, a provocare uno scadimento della qualità della legislazione ed una sovraestensione della discrezionalità giudiziale⁴⁷, compromettendo l'indispensabile equilibrio tra i due soggetti, il legislatore e il giudice⁴⁸, cui la Costituzione affida l'effettiva realizzazione della potestà coercitiva dell'ordinamento. Impostazione questa avvalorata dalla presenza, nelle disposizioni che contemplano i diritti di libertà, del principio della riserva di giurisdizione, decisamente rafforzativo del più generale diritto alla loro azionabilità dinanzi alla giurisdizione contro eventuali atti lesivi⁴⁹.

- III.1. Aspetti della tutela costituzionale dell'art. 15 Cost. connessi con la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni: segretezza del messaggio e "meccanismo" della doppia riserva.

Tali considerazioni preliminari si sono rese necessarie per affrontare più correttamente il tema che ci occupa, data la stretta connessione tra la generale riserva di legge in materia penale (art. 25, II, co., Cost.) e la riserva di legge (e di giurisdizione) specificamente contenuta nell'art. 15 Cost..

Si è già evidenziato che le nuove tecnologie hanno prodotto mutamenti non soltanto nelle modalità trasmissive delle comunicazioni riservate, ma anche nelle scelte punitive dell'ordinamento nei confronti degli illeciti penali⁵⁰ ponendosi con forza l'esigenza di valutare l'adeguatezza del sistema coercitivo tradizionale rispetto all'affermazione di condotte illecite nuove ed insidiose sia per la collettività, sia per le libertà individuali⁵¹. Si sono così succeduti molteplici interventi di tutela penale⁵² che hanno aperto rilevanti questioni interpretative strettamente attinenti alla prospettiva costituzionalistica delineata dall'art 15 Cost.

Poiché, nel presente studio, ci si soffermerà in particolare sugli aspetti di rilevanza costituzionale connessi alla disciplina delle intercettazioni di comunicazioni, è d'uopo preliminarmente ricostruire la portata della garanzia costituzionale delle comunicazioni riservate⁵³ al fine di stabilire quale sia il confine, in ordine alle

⁴⁶ Tale espressione è stata proposta da C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 166, il quale parla non della semplice opportunità di ridurre l'atteggiamento creativo da parte dei giudici ma, più drasticamente, della necessità di un vero e proprio "rifiuto" in tal senso.

⁴⁷ In questo senso V. MANES, *La pervicace resistenza dei reati di sospetto*, in *Giur. Cost.*, 2008, 2543.

⁴⁸ In proposito S. STAIANO, *Per orbite ellittiche*, cit., 21, precisa che «la volontà del legislatore e la discrezionalità del giudice dovranno essere ispirate al costituzionalismo, come cultura e come metodo».

⁴⁹ Cfr. G. GEMMA, *Diritti costituzionali*, cit., 469 s., nonché A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova, 1983, 62.

⁵⁰ V. sul punto, diffusamente, A. VALASTRO, *La tutela penale delle comunicazioni intersoggettive fra evoluzione tecnologica e nuovi modelli di responsabilità*, in *Riv.It.Dir.Proc.Pen.*, n.3/1999, 989 s..

⁵¹ V. sul punto, E. GIANNANTONIO., *L'oggetto giuridico dei reati informatici*, in *Cass. Pen.*, 2001, 2244 s..

⁵² Sulle tendenze della legislazione recente v. E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Dir. Soc.*, n.2/2008, 241 s. e G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2009, 214 s.. L'esempio più recente e significativo è la *Convenzione contro la criminalità informatica* (c.d. *Convenzione sul Cybercrime*), adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e ratificata e resa esecutiva in Italia con l. n. 48 del 18.03.2008, cui hanno aderito anche gli Stati Uniti.

⁵³ La letteratura sul punto è vastissima. V., *ex plurimis*: P. BARILE - E. CHELI, *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enc.Dir.*, X, 1962, Milano, 743s.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 163 s.; V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963; ID., *La libertà di corrispondenza*, in P. BARILE (a cura di), *La pubblica sicurezza*, Vicenza, 1967, 203s.; R. GUARINIELLO, *Rapporti tra amministrazione postale e autorità giudiziaria in tema di libertà e segretezza della corrispondenza*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1592 s.; A. PACE, *Art.15*, in *Comm. Cost.* (a cura di BRANCA e PIZZORUSSO), Bologna-Roma, 1977, 80 s.; ID., *Contenuto e oggetto della libertà di corrispondenza e di comunicazione*, in *Scritti in onore di C.Mortati*, I, Milano, 1977, 813 s.; C. TROISIO, voce *Corrispondenza (libertà e segretezza della)*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988; P. CARETTI, *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Utet, 1989, 200s.; P. GIOCOLI NACCI, *Libertà di corrispondenza*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di G. Santaniello), vol. XII, *Le libertà costituzionali*, Cedam, 1990, 107 s.; A. PACE, *Libertà di comunicare riservatamente*, in ID., *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Parte speciale, Padova, 1992, 241 s.; ID., *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur.Cost.*, 1993, 742 s.; P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuridico di Internet*, in *Problemi dell'informazione*, 1996, 183 s.; R.G. RODIO, *Glossario dei termini comunemente utilizzati in materia di informatica giuridica*, in A. TARANTINO, *Elementi di informatica giuridica*, Milano, 1998; A. LOIODICE, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, cit., 3 s.; R.G. RODIO, *Interconnessione tra banche dati e disciplina del consenso nel trattamento dei dati*

restrizioni da essa ammissibili, tra legittime esigenze di repressione penale e utilizzo strumentale o arbitrario delle stesse.

La situazione soggettiva costituzionalmente protetta dall'art. 15 è una particolare forma di espressione del pensiero caratterizzata, non tanto dalla volontà del mittente di trasmettere ad uno o più soggetti determinati un messaggio attuale⁵⁴, quanto dalle «comunicazioni materialmente assoggettabili e concretamente assoggettate a vincolo di segretezza»⁵⁵.

E' la segretezza, dunque, a porsi come chiave di volta per garantire la sottrazione di alcune espressioni del pensiero alla conoscibilità di soggetti terzi rispetto a quelli cui esse sono consapevolmente indirizzate e, al contempo, come cardine in base al quale definire il diverso ambito di applicabilità dell'art. 15 Cost. rispetto a quello dell'art. 21 Cost.⁵⁶. Mentre, in quest'ultimo, la "manifestazione" del pensiero coincide con la sua più ampia diffusione, nell'art.15 la "comunicazione" del pensiero ne implica una intensa dose di riservatezza; conseguentemente, il dato differenziale non si incentra tanto sull'infungibilità o meno del destinatario⁵⁷, bensì sulla riservatezza garantita dal mezzo o, più precisamente, dalle modalità trasmissive del mezzo impiegato. E' la scelta stessa di una forma riservata di comunicazione a presupporre la destinazione del messaggio a soggetti previamente individuati, per cui la segretezza di quest'ultimo dipende dalla riservatezza offerta dalla modalità di trasmissione prescelta⁵⁸, e non viceversa. Vi è, pertanto, una interdipendenza tra i due profili della libertà e segretezza⁵⁹, in base alla quale l'una si pone quale ragion d'essere dell'altra, concorrendo entrambe a delineare l'ambito di operatività della garanzia costituzionale⁶⁰.

Dalla diversità dell'oggetto tutelato dall'art.15 Cost. rispetto a quello garantito dall'art.21 Cost. discende il rifiuto di quelle teoriche che sostengono la sussumibilità, in qualità di "sottospecie", della libertà di comunicazione nell'alveo della libertà di manifestazione del pensiero⁶¹, in favore di un'autonomia piena della

personali, in *Trattato dir. amm.* (a cura di G. Santaniello), XXVIII, cit., 365 s.; A. VALASTRO, *I rapporti tra l'art.15 e l'art.21 della Costituzione*, in *Trattato dir. amm.* (a cura di G. Santaniello), XXVIII, cit., 29 s.; ID., *Il servizio universale fra libertà di comunicazione e diritto all'informazione*, in *Dir. Radiodiff.*, 1, 1999, 56 s.; P. COSTANZO, *La circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata: fenomenologia e profili problematici*, in *Dir. Inf.*, 1999, 579 s.; ID., *Le nuove forme di comunicazione in Rete: Internet*, in *Trattato dir. amm.* (a cura di G. Santaniello), XXVIII, cit., 329 s.; ID., *Profili costituzionali delle telecomunicazioni*, in F. BONELLI – S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999, 3 s.; ID., voce *Internet*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, *Aggiornamento*, I, Utet, 2000, 347 s.; A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano, 2001; G. MORBIDELLI – F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003; A. VALASTRO., *L'art.15 e i principi costituzionali sulla libertà della corrispondenza e delle comunicazioni*, in R. ZACCARIA, *Diritto della informazione della comunicazione*, Padova, 2004, 109 s.; A. PACE, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 841; G. MORBIDELLI – F. DONATI (a cura di) , *L'evoluzione del sistema delle comunicazioni tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 2005; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005; ID., *Diritto dell'informazione e della comunicazione: stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni, teatro e cinema*, Bologna, 2005; G.M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA – P. RIDOLA, Torino, II, 2° ed., 2006, 662; F. DONATI, *Art.15*, in *Comm. Cost. it.* a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO- M. OLIVETTI, 2006, 362 s.; M. BETZU, *Comunicazione, manifestazione del pensiero e tecnologie polifunzionali*, in *Quad. Cost.*, n.3 /2006, 511 ss.; P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicare e convergenza multimediale*, Pensa, Lecce, 2008; E. GIANFRANCESCO., *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, cit., 219 s.; M. CUNIBERTI (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicitari*, Milano, 2008.

⁵⁴ In tal senso, invece, P. BARILE – E. CHELI, *Corrispondenza (libertà di)*, cit., 745. Correlano il carattere dell'intersoggettività all'*animus comunicandi* del mittente anche G. GUZZETTA – F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2006, 663.

⁵⁵ Così A. PACE, *Art. 15 Cost.*, cit., 85.

⁵⁶ A. PACE, *Art. 15*, cit., 83 e 84.

⁵⁷ In tal senso v. P. BARILE - E. CHELI, cit., 745 e V. ITALIA, *Libertà e segretezza*, cit., 62.

⁵⁸ V., sul punto, A. PACE, *L'ordinamento della comunicazione*, cit., pp. 2 e 3 (in particolare, la nota 5).

⁵⁹ Cfr. A. PACE, *Libertà di comunicare riservatamente*, cit., 245, nonché FOIS S., *Libertà e diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. Cost.*, 1960, 1134, nota 18, per il quale la garanzia della libertà in oggetto risulta essere in funzione della segretezza del suo contenuto.

⁶⁰ A. PACE, *Libertà di comunicare riservatamente*, cit., 246. Sul punto concordano anche P. GIOCOLI NACCI, cit., 112 e 114 e G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954, 79, nota 53.

⁶¹ Le autorevoli opinioni sono quelle di C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 23; V. ITALIA, *Libertà e segretezza*, cit., 45 ss.; G. GUZZETTA – F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., ivi. Questi ultimi Autori ritengono, infatti, che «la comunicazione da parte del mittente non sia altro che una specie di manifestazione del pensiero,

libertà in commento, quale specifica forma in cui è costituzionalmente disciplinata la libertà di espressione quando è caratterizzata dalla riservatezza del messaggio. Ne deriva, altresì, l'impossibilità della enucleazione di «un'unica "libertà della comunicazione", quale valore costituzionale che muove dai principi degli artt. 15 e 21, ma li lega in una prospettiva nuova e più ampia»⁶². Deve ritenersi, infatti, che tale espressione, probabilmente utile in un contesto tecnologico che ne mette in risalto la qualità di sintesi «di più libertà convergenti e confluenti»⁶³, non è però sufficiente a legittimarne una portata sistematica propria, rimanendo le singole libertà da essa implicate, comunque «distinte e differenziate»⁶⁴. Ragionando all'opposto, la formula in esame, sia pure nell'intento di valorizzare i diversi profili in essa riassunti, ne comprometterebbe inevitabilmente l'autonomia⁶⁵.

Peraltro, mentre sul piano della garanzia costituzionale la libertà di comunicare riservatamente delinea l'inscindibilità tra comunicazione e segretezza all'interno di un'unica situazione giuridica soggettiva protetta; sul piano degli eventuali abusi, tale unitarietà può subire una frammentazione e possono presentarsi o violazioni della libertà che non ridondano a danno della segretezza (ad esempio, il postino che distrugge la missiva senza aprirla preventivamente o il fermo postale) o, all'opposto, violazioni della riservatezza che non ostacolano l'esercizio della libertà (ad esempio, le intercettazioni telefoniche)⁶⁶.

Quanto, poi, ai soggetti titolari del diritto, è opinione consolidata che la situazione soggettiva sia costituzionalmente tutelata, in egual misura, sia nei confronti del mittente che del destinatario⁶⁷, e che, dal punto di vista dei soggetti passivi, la sfera della tutela giuridica sia estesa, non solo nei confronti dei privati, ma soprattutto nei confronti dei poteri pubblici.

Il profilo più rilevante ai nostri fini è, però, quello attinente alle limitazioni della libertà in oggetto. L'operatività della garanzia di cui all'art. 15 Cost. è, infatti, asseverata da due concorrenti meccanismi, ovvero le riserve di legge e di giurisdizione⁶⁸.

Quanto alla riserva di legge è da ritenersi "assoluta" e "semplice"⁶⁹, sia perché connessa alla materia dei diritti inviolabili, sia perché, dovendo la legge determinare le garanzie con le quali il giudice deve procedere nell'emanazione dell'atto limitativo, non residua spazio per interventi normativi da parte del Governo.

caratterizzata rispetto alle altre dello stesso genere da una diversa intensità delle diffusioni».

⁶² Così A. VALASTRO, *I rapporti tra gli artt. 15 e 21*, cit., 45.

⁶³ Così A. LOIODICE, *Libertà di comunicazione e principi costituzionali*, cit., 23.

⁶⁴ Ancora A. LOIODICE, ult. op. cit., 23-24. L'Autore precisa che, pur escludendosi che la libertà di comunicazione sia un'inutile formula linguistica, non si tratta, comunque, di una nuova libertà. Si identifica, invece, in una fattispecie complessa che indica la coesistenza di diverse libertà, alcune delle quali (come la corrispondenza e il pensiero) espressamente garantite, altre (come quella di informarsi) implicitamente desumibili.

⁶⁵ In questo senso v. P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione*, cit., 172. Nel presente studio, dovendosi circoscrivere l'analisi alla tematica delle limitazioni, mediante intercettazioni, della garanzia costituzionale di cui all'art. 15, si è ritenuto di non affrontare le tematiche attinenti al rapporto intercorrente tra art. 15 e art. 21 Cost. dal quale, specie nella prospettiva della convergenza multimediale (si pensi all'evoluzione dell'offerta televisiva o allo scenario "internetiano"), scaturiscono questioni interpretative di rilevante portata, che saranno oggetto di altro, più specifico approfondimento.

⁶⁶ In questo senso v. A. PACE, ult. op. cit., 246; P. CARETTI., *Corrispondenza (libertà di)*, cit., 201; F. DONATI, cit., 367. *Contra* V. ITALIA, *Libertà e segretezza*, cit., 72. Più oltre, l'A. precisa che "libertà" e "segretezza" costituiscono due "distinte" situazioni soggettive entrambe oggetto di autonoma tutela. V., sul punto, anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1062; C. CHIOLA, *Il fermo postale di stampati periodici contrari al buon costume*, in *Giur. Cost.*, 1979, I, 1169 s.; C. TROISIO, voce *Corrispondenza*, cit., 3 s.

⁶⁷ V., in proposito, C. TROISIO, cit., 4 e F. DONATI, cit., 367 nonché i riferimenti bibliografici presenti in entrambi i commenti.

⁶⁸ Esplicativo, in proposito, è l'intervento dell'on.le Tupini (Presidente della Prima Sottocommissione) nella seduta generale del 10 aprile 1947, il quale fa osservare che «il riferimento alla legge o al magistrato è una necessità in un progetto costituzionale, che non può esaurire una serie di casi, e che la legge ed il magistrato, in un paese democraticamente organizzato, rappresentano appunto la garanzia della libertà e della democrazia. E il nostro sforzo è stato precisamente quello di sottrarre all'arbitrio del potere esecutivo ogni possibilità di menomare la libertà dei cittadini, preferendo così la garanzia della legge e della magistratura».

⁶⁹ In questo senso v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *Le fonti normative*, VI ed., Padova, 1993, 62, cui aderisce E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi*, cit., 239; P. GIOCOLI NACCI, *Libertà di corrispondenza*, cit., 123; A. PACE, op. ult. cit., 254; C. TROISIO, *Corrispondenza*, op. cit.; F. DONATI, *Art. 15*, cit., 367/368. Riguardo alla tipologia di riserva "assoluta", si è avanzata l'ipotesi che essa sia "rinforzata". Cfr. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte Costituzionale in tema di intercettazioni*

Parimenti “assoluta”⁷⁰ è da considerarsi la riserva di giurisdizione che esclude la possibilità di giustificare l’esercizio in quest’ambito di poteri preventivi dell’autorità di pubblica sicurezza alla stregua di quanto, invece, previsto ex artt. 13 e 14 Cost.. Se, infatti, in forza della riserva di legge, non si riscontrano in capo all’esecutivo margini di discrezionalità politica che possano essere definiti in virtù di una fonte non sottoposta al vaglio parlamentare; allo stesso modo, la riserva di giurisdizione impedisce margini di discrezionalità amministrativa nell’adozione di provvedimenti limitativi della libertà in oggetto. Per tal guisa, le riserve di legge e di giurisdizione, integrandosi a vicenda, garantiscono che ogni intervento dei poteri pubblici in materia di libertà e segretezza delle comunicazioni sia previsto “in astratto” dal legislatore e disposto “in concreto” dal giudice.

- III.2. *Segue: rapporto tra diritto a comunicare riservatamente e mezzo prescelto per la comunicazione*

L’estensione della garanzia costituzionale⁷¹ non solo alla corrispondenza, ma anche ad “ogni altra forma di comunicazione”, ne rivela la particolare ampiezza dell’ambito oggettivo. L’indeterminatezza della formula, poichè consente di includervi ogni atto sottratto alla conoscibilità di terzi in quanto volto a trasmettere contenuti comunicativi solo ad uno o più destinatari determinati, rafforza l’oggetto della tutela e conferisce carattere elastico alla norma, destinata per questo a durare nel tempo, ad «adattarsi agli sviluppi della tecnica e riuscire a comprendere nuove possibili forme espressive, inimmaginabili all’epoca della redazione del testo»⁷².

La nozione di “comunicazione”, peraltro, nella prospettiva del quadro normativo delineato dall’art. 15 Cost., non può essere dilatata a dismisura, ma presuppone una concezione determinata e limitata di segretezza: le forme di comunicazione tutelate dall’art.15 Cost. sono, quindi, solo quelle che utilizzano «modalità di trasmissione escludenti, in linea di principio, la conoscibilità, da parte dei terzi, del contenuto del pensiero trasmesso»⁷³.

E’ evidente, allora, che il diritto a comunicare riservatamente non può invocarsi a prescindere dal mezzo di volta in volta utilizzato⁷⁴ o, *rectius*, dalle modalità trasmissive concretamente adoperate⁷⁵, in quanto le

telefoniche, in *Giur. Cost.*, 1973, 334, nt. 47. *Contra* P. GIOCOLI NACCI, op. cit., ivi e 124.

⁷⁰ V. P. GIOCOLI NACCI, *Libertà di corrispondenza*, cit., , 121/122; C. TROISIO, *Corrispondenza*, cit., 5 e 6; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 1062; P. BARILE, *Diritti dell’uomo*, cit., 168; A. PACE, *Art. 15*, cit., 104 ss.; S. FOIS, *Censura (diritto interno)*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 719. Merita di essere ricordata la condivisibile posizione di P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in Rete*, cit., 351-352, il quale attribuisce alla riserva di giurisdizione ex art. 15, Il co., Cost. un “significato sostanziale” ovvero il potere esclusivo del giudice di intromettersi nel rapporto comunicativo va ben oltre la garanzia generale di protezione della libertà, ampliandosi ad una funzione di «salvaguardia di altri diritti e valori di rango costituzionale». In favore di una riserva di giurisdizione “rinforzata” dall’obbligo di un atto motivato limitativo della libertà *de qua* v. L. FILIPPI, *L’intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 61. *Contra*, in favore di una riserva “relativa” di giurisdizione, v. R. GUARINIELLO, *Rapporti tra amministrazione postale*, cit., 1592 s.

⁷¹ Sull’ampiezza della garanzia ex art. 15 Cost. v. le considerazioni di E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza della corrispondenza*, cit., il quale - nell’affermare il carattere individualistico del diritto in oggetto, in quanto contraddistinto dalla non ingerenza da parte dei pubblici poteri e dei soggetti privati nella sfera di autodeterminazione dei titolari della correlata libertà - aderisce alla ricostruzione di quest’ultima (cfr. P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, 235 e ID., *Alcuni interrogativi sulle libertà civili nella formulazione della Carta di Nizza*, in AA.VV. (a cura di A. D’ATENA e P.F. GROSSI), *Diritto, diritti e autonomie tra Unione Europea e riforme costituzionali. In ricordo di Andrea Paoletti*, Milano, 2003, 130) «in termini di pretesa giuridicamente garantita ad un comportamento astensivo da parte dei terzi» (p.224). Sul carattere *erga omnes* della garanzia costituzionale v. anche G.M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l’inviolabilità della corrispondenza*, cit., 662 e C. TROISIO, *Corrispondenza*, cit., 5.

⁷² P. GIOCOLI NACCI, op. cit., 121, il quale L’ espressione è stata ripresa e condivisa anche da A. VALASTRO, *L’art.15 e i principi costituzionali*, cit., 114.

⁷³ A. PACE, *ivi*, 88. Tale nozione eviterebbe, secondo l’Autore, gli effetti “perversi” di un eccessivo ampliamento della tutela costituzionale che ne snaturerebbe le peculiarità. Per un’analisi delle opinioni che hanno enucleato una nozione restrittiva di comunicazione v. C. TROISIO, voce *Corrispondenza*, cit., 3 e 4.

⁷⁴ Cfr. A. PACE, *Libertà di comunicare riservatamente*, cit., 247, il quale sottolinea, più precisamente, che non vi può essere pretesa di comunicazione riservata laddove il mezzo prescelto non sia tecnicamente o giuridicamente idoneo ad assicurare la segretezza. V., sul

comunicazioni veicolate mediante modalità o mezzi tecnicamente inadeguati ad assicurarne la segretezza, sia pure rivolte a destinatario determinato e con “pretesa” di riservatezza, si concretano in «“comunicazioni” intrinsecamente *non segrete*, ovvero sia in ...”manifestazioni” a destinatario determinato»⁷⁶. In questi casi, e cioè quando vengano utilizzati determinati mezzi trasmissivi nella convinzione o nella presunzione che essi siano idonei a garantire entrambi gli aspetti (libertà e segretezza) configurati dall’art.15 Cost., spetta al legislatore ordinario⁷⁷ il compito di renderne “effettivo” il correlato diritto.

Tale opinione non trova conferma nella giurisprudenza costituzionale che ritiene irrilevante l’elemento dell’idoneità tecnica del mezzo a garantire la segretezza dei contenuti. Precisa, infatti, la Corte che la riconducibilità della garanzia all’art. 15 Cost., piuttosto che all’art.21 Cost., dipende dal fatto che la comunicazione sia effettuata con «strumenti tipicamente preordinati a realizzare comunicazioni interpersonali e non a diffondere messaggi alla generalità: e il fatto che questi siano, per ragioni tecniche, captabili da terzi e che la legge *non* assicuri protezione da interferenze, non giova a mutarne l’essenziale destinazione»⁷⁸.

Il percorso argomentativo della Consulta rischia, però, di rendere ambigua la portata della garanzia costituzionale, nel cui oggetto vengono indistintamente ricomprese sia le comunicazioni riservate, sia quelle che, pur connotate dalla intersoggettività, risultano non riservate per motivi tecnici, con l’esito di tutelare queste ultime solo in una dimensione di libertà e non anche in quella inscindibile di segretezza⁷⁹. Inoltre, l’indifferenza rispetto all’assenza o meno di una scelta legislativa in ordine all’opportunità di prevedere adeguata protezione da interferenze, finisce con l’espropriare la legge della propria funzione di fonte privilegiata di disciplina in materia, nonostante che la stessa Corte, nella più importante pronuncia in tema di intercettazioni, abbia rimarcato che la riserva di legge ex art. 15 Cost. riconosce al legislatore «un ampio margine di discrezionalità»⁸⁰.

- IV. Le intercettazioni di comunicazioni tra esigenze di garanzia della libertà di comunicare riservatamente ed esigenze di difesa della collettività

punto, anche P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicare*, cit., 144, laddove afferma che si ha «comunicazione riservata in tutti i casi in cui dalla scelta delle modalità e dei mezzi utilizzati risulti dimostrata la volontà di escludere i terzi dal rapporto esternativo».

⁷⁵ In questo senso v. P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione*, cit., 351, con particolare riguardo alla prospettiva multimediale. Cfr. anche P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione*, cit., 144, per il quale si ha «comunicazione riservata in tutti i casi in cui dalla scelta delle modalità e dei mezzi utilizzati (il corsivo è nostro - ndr) risulti dimostrata la volontà di escludere i terzi dal rapporto esternativo».

⁷⁶ Così A. PACE, op. ult. cit., 249 e, ancora, ID., *Contenuto e oggetto*, cit., 913. In proposito, sia pure con riferimento alle trasmissioni via cavo a destinatari determinati, v. F. SORRENTINO, *Aspetti costituzionali della riserva allo Stato dei servizi televisivi via cavo*, in *Dir. Soc.*, 1973, 734 s., nonché F. GABRIELE, *Riserva allo Stato a livello nazionale e privatizzazione condizionata a livello locale in materia di diffusione radiofonica e televisiva via etere: una coesistenza (costituzionalmente) compatibile?*, in *Giur. Cost.*, 1976, 1495.

⁷⁷ Coerentemente, in questo senso, A. PACE, op. ult. cit., 249 e 251.

⁷⁸ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 1030 del 1988, in *Giur. Cost.*, 1988, 5000, con nota di R. NIRO, *I ponti radio: mezzi di “comunicazione” o mezzi di “trasporto” di programmi destinati alla radiodiffusione?* (ivi, 5006 s.). L’avverbio di negazione evidenziato in corsivo è nostro (ndr.).

⁷⁹ L’operazione ermeneutica compiuta dalla Corte finisce, infatti, per attribuire alla libertà di comunicazione una limitata autonomia concettuale rispetto alla libertà di cui all’art. 21, quasi che la prima, nella sottovalutazione del requisito della segretezza ai fini della corretta qualificazione dell’ambito oggettivo garantito dall’art. 15 - requisito che, invece, nella precedente sentenza n. 34/1973, era stato reiteratamente ed inequivocabilmente sottolineato - sia da ritenersi una sottospecie della seconda.

⁸⁰ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 34 del 1973, in *Giur. Cost.*, 1973, 332 (che si esaminerà in prosieguo). Si liquida la questione relativa alle oggettive interferenze nella riservatezza, anche qualora la legge non ne assicuri la protezione, con la non meglio identificata «essenziale destinazione» (Corte Cost., sent. n.1030 del1988, punto 8 Cons. dir.) motivazione che, sul piano giuridico, riveste scarsa portata definitoria. Chi stabilisce l’“essenzialità” della destinazione? Essa non è certo *in re ipsa*, dato che messaggi destinati, sia pure solo tecnicamente, alla “diffusione” non possono ritenersi coperti da “segretezza”. Sono, in proposito, da condividere, le affermazioni di R NIRO, *I ponti radio*, cit., 5010, la quale, con specifico riferimento ai ponti radio, rileva che «l’attività di trasmissione del messaggio...viene a costituire...un “presupposto” necessario per lo svolgimento dell’attività di diffusione del pensiero. La disciplina dei ponti radio viene, così, a configurarsi come disciplina di un “presupposto” della libera manifestazione del pensiero» e non della libertà di comunicare riservatamente.

Nel quadro così delineato possono, ora, inserirsi le problematiche costituzionali connesse al tema delle intercettazioni di comunicazioni, cominciando dalla precisazione della relativa nozione, ad oggi non ancora “formalizzata”.

Secondo un consolidato orientamento, sia dottrinale che giurisprudenziale, essa consiste nella captazione occulta (o clandestina) di una comunicazione non scritta da parte di un terzo, mediante l'impiego di mezzi tecnici (o tecnologici) di percezione del suono⁸¹. Costituiscono, dunque, elementi fondamentali della fattispecie, da un lato, la terzietà del soggetto captante⁸² rispetto al mittente e al ricevente nonché la sua legittimazione (ex art. 15 Cost.) a porre in essere l'operazione di captazione; dall'altro, la clandestinità di quest'ultima, ovvero è necessario che ne debba essere all'oscuro almeno uno dei soggetti intercettati. Tale nozione originaria è stata ridefinita dall'entrata in vigore della l. n. 547 del 1993, la quale ha ampliato la nozione di corrispondenza (art. 5) facendovi rientrare anche quella informatica e telematica e qualunque altra trasmissione a distanza di suoni, immagini o di altri dati. A tal stregua è stato introdotto l'art. 266 *bis* c.p.p.⁸³ che consente l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi⁸⁴.

Già solo a partire dalla loro ampia nozione, le intercettazioni di comunicazioni si presentano come uno strumento investigativo e di ricerca della prova (artt. 266 e 266 *bis* c.p.p.) estremamente invasivo⁸⁵ e, pertanto, le limitazioni alla riservatezza delle comunicazioni, sia dei soggetti indagati sia dei terzi estranei che con essi interloquiscono, devono avvenire *sempre* in conformità delle prescrizioni di cui all'art. 15 Cost.. L'utilizzo di tale tecnica d'indagine pone, altresì, un delicato problema di bilanciamento tra esigenze di garanzia della libertà ed esigenze di prevenzione generale degli illeciti a fini di sicurezza e controllo sociale,

⁸¹ In dottrina v. C. FRANCHINI, *Intercettazione telegrafica e telefonica (diritto costituzionale)*, ad vocem, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1988; P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 147; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 4 e 5; G. FUMU, *Commento agli artt. 266-271*, in *Commento al nuovo Codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, vol. II, Torino, 1990, 774; P.G. GOSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 889; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983, Milano, 37; P. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. Disc. Penal.*, VII, 1993, Torino, 178. In giurisprudenza v., fra tutte, Cass. Pen., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri e Cass. Pen., Sez. Un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio.

⁸² V. sul punto, le chiare precisazioni di L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 18 s..

⁸³ La legge n. 547 del 1993, nell'adeguarsi alla *Raccomandazione del Consiglio d'Europa* R (89) 9 del 13 settembre 1989, ha invero introdotto nel codice di procedura penale un vero e proprio pacchetto di norme volte a fronteggiare i c.d. “crimini informatici”, ossia quei reati, comuni o specifici, commessi mediante il ricorso a tecnologie informatiche.

⁸⁴ Significativi, in materia, sono gli interventi del Garante per la protezione dei dati personali sia in ordine alle misure di sicurezza che devono essere adottate dai fornitori e gestori di servizi di comunicazione elettronica nell'adempimento dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria in materia di intercettazioni (*Prov. Garante del 15 dicembre 2005*-Bollettino n. 67-Dicembre 2005); sia in ordine alle regole che presiedono alla pubblicazione di intercettazioni telefoniche e telematiche, data la sua ripercussione sulla dignità e sui diritti e libertà fondamentali dell'interessato (*Prov. Garante del 21 giugno 2006*-G.U. n. 147 del 27.06.2006 e del *17 gennaio-24 luglio 2008*-Bollettino n. 96-luglio 2008). E' stato recentemente posto in luce che dalle intercettazioni tramite Internet sono oggi esclusi i c.d. sistemi *voip* (video-telefonate a mezzo Rete) che si servono di «un sistema di criptaggio delle comunicazioni, il cui algoritmo di decifrazione è mantenuto segreto dalla società privata (Skype Limited – Gruppo E-bay), il che rende tecnicamente impossibile agli agenti di polizia la lettura in chiaro delle conversazioni che viaggiano in Rete» (Così G. DE MINICO, *Perché una petizione al Parlamento Europeo? Le intercettazioni tramite Internet*, in www.forumcostituzionale.it, 23 giugno 2011). Non solo, infatti, sarebbe compromesso il principio di eguaglianza formale, ma anche la regola della convergenza tecnologica che è volta all'assoggettamento di «tutte le reti di trasmissione e i servizi correlati ad un unico quadro normativo» (Così la *Direttiva Quadro 2002/21/CE*, consid. 5, in G.U. L 108, 24 aprile 2002, 33 s. ulteriormente confermata con la revisione della Direttiva avvenuta nel 2009, in G.U. L 337, 18 dicembre 2009, 37 s.). Sotto questo profilo si auspica che una futura disciplina europea sulle intercettazioni a fini investigativi includa anche i metodi di *voip*, con il rischio, in caso contrario, di agevolare la criminalità organizzata e compromettere, a livello dell'ordinamento interno, «l'esame di proporzionalità, il quale impone di compensare il sacrificio procurato al bene limitato (art. 15 Cost.) con un vantaggio almeno pari al bene limitante (sicurezza sociale)» (cfr. G. DE MINICO, *ivi*, 3).

⁸⁵ La tematica delle intercettazioni (telefoniche) è stata percepita con particolare sensibilità dagli stessi Costituenti. Si vedano, in proposito, gli interventi degli On.li Giua, Conti, Einaudi, Fuschini e Mancini nella Adunanza Plenaria del 24 gennaio 1947 nonché dell'On.le Leone in quella del 27 marzo 1947, tutti incentrati sul rischio di un'eventuale concessione del potere di intercettazione all'autorità di polizia e sulla necessità del previo controllo dell'autorità giudiziaria, possibilmente nel quadro delle esigenze delle indagini attinenti ad un reato.

necessitate soprattutto dall'acuirsi di fenomeni criminali endemici.

Per contrastare e arginare la perdurante "emergenza" prodotta da mafia, corruzione e altre forme di criminalità organizzata, le autorità investigative hanno sempre più spesso utilizzato tale strumento per una più efficace ricerca della prova. Ciò ha reso possibile l'emersione di situazioni di illegalità diffusa che hanno svelato, non solo agli inquirenti, ma all'intera opinione pubblica, il dispregio per le istituzioni ed il bene pubblico. Si assiste, infatti, sia ad una evoluzione della criminalità mafiosa che, ormai penetrata a tutti i livelli (istituzionali, imprenditoriali, professionali), è oggi molto più "competitiva" e insidiosa che nel passato; sia alla evoluzione delle forme di corruzione⁸⁶ che, superate le tecniche rudimentali adottate fino agli anni '90, ha assunto forme più sofisticate e penetranti, coinvolgendo non solo il mondo politico e imprenditoriale, ma anche i privati e la pubblica amministrazione.

All'evolversi dei fenomeni criminali non è, purtroppo, corrisposta una consapevole attività legislativa, volta a imporre sia sul versante penale che su quello amministrativo e contabile, limiti rigorosi e sanzioni adeguate. L'incapacità del legislatore di compiere tali scelte ha prodotto un allargamento dell'area della discrezionalità del giudice il quale, preso atto dell'insufficienza delle fattispecie previste dall'attuale sistema normativo a denotare le nuove forme di illecito⁸⁷, si trova sempre più spesso a ricoprire un ruolo di supplenza legislativa⁸⁸, con tutto ciò che consegue sul piano del rispetto dei principi della separazione dei poteri e della determinatezza della legge penale nonché sul piano dell'adozione e la giustificazione dell'uso di alcuni strumenti d'indagine piuttosto che altri.

Vero è che, nei sistemi di *civil law*, l'attività interpretativa del giudice ha subito una profonda trasformazione divenendo «parte dell'attività di formazione dell'ordinamento, in quanto la legislazione non pretende più di sostenersi da sola, separatamente dalla sua cosiddetta applicazione»⁸⁹. E se la funzione del giudice in materia penale è innanzitutto quella di "accertamento"⁹⁰ sia della legge da applicare che del fatto concreto eventualmente punibile⁹¹, non può non rilevarsi che, in ordinamenti democratico-sociali in cui le istanze

⁸⁶ Il discrimine tra illegalità fisiologica e malaffare patologico è stato ampiamente superato e, di ciò, sono drammatica testimonianza non soltanto le ultime inchieste giudiziarie, ma anche le Relazioni del Presidente e del Procuratore Generale della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione degli anni giudiziari 2010, 2011 e 2012, dalle quali è emerso il dato allarmante di un incremento spropositato del fenomeno corruttivo, qualificato dal Procuratore Generale presso la Corte dei Conti (Discorso di insediamento, Roma – 19 ottobre 2010) come "fenomeno di costume" e "patologia grave", causa di ingentissimi danni erariali.

⁸⁷ Il rapporto inizialmente bilaterale tra corrotto e corruttore, diviene oggi trilatero, per la interposizione tra le due figure tradizionali di un intermediario, pubblico o privato – magari professionista vicino al pubblico ufficiale o all'imprenditore – che incassa in luogo di chi firma il provvedimento o l'appalto. Peraltro, il modo per colpire questo sistema non è tanto quello di limitare le intercettazioni, bensì quello di incidere *legislativamente* sull'inasprimento della pena, sull'allungamento del termine di prescrizione nonché sul non più rinviabile recepimento nel nostro ordinamento di una nuova figura di reato introdotta dall'art. 12 della "Convenzione Europea di diritto penale sulla corruzione" del Consiglio d'Europa (Strasburgo – 1999) e dall'art. 18 della "Convenzione ONU contro la corruzione" (Merida – 31.10.2003). Tale fattispecie delittuosa è il c.d. *trading in influence*, o "traffico d'influenza" esteso, insieme al riciclaggio dei proventi dei reati di corruzione e alle violazioni in materia contabile, dal settore pubblico al settore privato. Sinora, l'Italia, a differenza della Finlandia, Svezia, Norvegia, Gran Bretagna, Belgio, Paesi Bassi, Portogallo e Grecia (il reato era già presente, tra gli altri, negli ordinamenti di Francia, Svizzera e Stati Uniti), non ha ancora provveduto a ratificare le citate Convenzioni (l'Italia ha invero parzialmente ratificato, con l. n.116 del 2009, la Convenzione di Merida ma, incomprensibilmente, non la parte relativa ai reati summenzionati).

⁸⁸ Cfr., sul punto, S. STAIANO, *Per orbite ellittiche*, cit., 8, il quale ricollega il distacco dal modello garantista alla «previsione di figure di reato di incerta denotazione legale, da cui consegue un'ampia discrezionalità del giudice nella qualificazione del fatto». Più complesso, in proposito, è il giudizio di D. PULITANO, *Obblighi costituzionali*, cit., 512 s., secondo cui la prevalenza del circuito giurisdizionale su quello politico è "agganciata" all'idea di penalizzazione obbligatoria, concepita come «rivendicazione naturale (...) di copertura costituzionale per politiche giudiziarie avviate all'insegna dell'attuazione costituzionale (...) L'idea di una *supplenza politica* contingente della giustizia penale si capovolge (ancora una volta!) in una sorta di *riserva costituzionale di campi di materia alla giurisdizione penale*, come luogo e forma necessaria di gestione (autoritaria e autonoma) se non di determinazione delle politiche dei beni giuridici ritenuti di maggior rilievo» (p. 513).

⁸⁹ Così M. DOGLIANI, *La formazione dei magistrati*, in *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, a cura di B. CARAVITA, Roma - Bari, 1994, 145. In generale, sul punto, v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, Cap. VII.

⁹⁰ Già L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 9.

⁹¹ V. G. CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione*, cit., 115-116, che qualifica il «momento del passaggio della norma dall'astratto al concreto» come il «momento più importante della vicenda giuridica».

solidaristiche volte al perseguimento della pari dignità sociale hanno ridimensionato la tradizionale assolutezza dei diritti individuali e la centralità della legge nel circuito della produzione normativa, l'accertamento del fatto penalmente rilevante non può prescindere dal rafforzamento dello apporto interpretativo del giudice, in continua tensione tra esigenze di garanzia ed esigenze di determinatezza. In un contesto storico-politico in cui la rigidità della Costituzione espropria il legislatore della sua onnipotenza, la funzione del giudice non è più quella di *bouche de la loi*⁹², non più di mero esecutore della volontà legislativa, ma soggetto chiamato a concorrere con il legislatore «nella stabilizzazione di norme chiare, in grado di definire precisamente il confine tra lecito e illecito»⁹³.

L'*unicum* dell'ordinamento italiano è, altresì, rappresentato dal fatto che, soprattutto per ragioni storiche⁹⁴, il potere legislativo sembra non solo non voler collaborare con il potere giudiziario, ma aver rinunciato ad esercitare il proprio ruolo di regolamentazione della potestà punitiva, costringendo automaticamente⁹⁵ il giudice a travalicare il suo ruolo - pur così ampiamente ridefinito dalla scelta costituzionale della forma di stato - e a trasformare il processo penale in processo "costitutivo", e non più di accertamento⁹⁶.

La stessa Corte costituzionale, chiamata a comporre il conflitto tra legislazione e giurisdizione, ha occasionalmente - come si vedrà - oltrepassato i confini del suo ruolo arbitrale⁹⁷, a volte appesantendo il compito ermeneutico del giudice comune, e dunque indirettamente costringendolo ad un sovradimensionamento della propria discrezionalità; a volte invadendo essa stessa il campo delle scelte politiche con il ricorso a decisioni manipolative che, eliminando con l'intervento correttivo l'indeterminatezza della fattispecie legale, hanno sostanzialmente compromesso sia il principio di tassatività di cui all'art. 25, II co., Cost. (sotto il profilo dell'operazione "creativa"), sia il principio di offensività (sotto il profilo della

⁹² Cfr. S. STAIANO, *Per orbite ellittiche*, cit., 2-3, il quale, in proposito, evidenzia «l'illusione dell'automatismo nell'applicazione della disposizione normativa» da parte del giudice. Di "concezione meccanica" della funzione giudiziaria negli ordinamenti di *civil law* parla R. POUND, *Lo spirito della "Common Law"* (testo originale dal titolo: *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1966) Milano, 1970, 154.

⁹³ M. D'AMICO, *Qualità della legislazione*, cit., 60. Sulla portata politica dell'interpretazione giudiziale v. R. DWORKIN, *A matter of principle*, Harvard University Press, 1985, trad. it., *Questioni di principio*, a cura di S. MAFFETTONI, Milano, 1990. Sul ridimensionamento del ruolo del giudice e l'allargamento di quello del legislatore v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009.

⁹⁴ Negli ultimi due decenni, le inchieste giudiziarie aventi ad oggetto reati di matrice mafiosa e più o meno gravi forme corruttive e concussive, hanno messo in luce il coinvolgimento, in tali fatti illeciti, non solo di privati cittadini, ma soprattutto di numerosi esponenti di tutte le forze politiche e di alcune alte cariche amministrative. Ne è emerso un quadro di desolante mutazione dell'esercizio del potere e delle pubbliche funzioni, sistematicamente e strumentalmente finalizzato al conseguimento di interessi privati, rendendo ancor più deflagrante il "cortocircuito" nel rapporto tra politica e giustizia (Per una riflessione critica sul modello democratico oggi prevalente nella compagine istituzionale italiana v. G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005; nonché R. BIN, *Lo Stato di diritto*, cit., 81 s.. In particolare, sul decennio 1993-2003, si vedano i contributi di G. FERRARA, *Verso la monocrazia. Ovvero del rovesciamento della Costituzione e della negazione del costituzionalismo*; P. CARETTI, *Riflessioni sul decennio costituzionale 1993-2003*; C. DE FIORES, *Partiti politici e Costituzione. Brevi riflessioni sul decennio*; S. LABRIOLA, *Per una storia breve di un lungo decennio*, raccolti nel fascicolo n. 1/2004 della rivista www.costituzionalismo.it). Tale situazione è stata ulteriormente aggravata dalla rinuncia del legislatore a predisporre una riforma organica del sistema penale, ancora retto da un'impalcatura normativa risalente al periodo fascista nonché, per converso, dalla sua "iperattività" nell'introduzione di numerosi e artificiosi innesti al codice di procedura penale, che hanno di fatto svuotato il sistema punitivo e l'efficacia del processo, specie sul piano della individuazione certa della responsabilità personale, della misura della correlata sanzione e, più in generale, della convenienza (per il colpevole) a resistere in giudizio (Si pensi, esemplificativamente, ai numerosi interventi normativi in materia di abbreviazione dei termini di prescrizione).

⁹⁵ Ricorda opportunamente R. BIN (*L'applicazione diretta della Costituzione*, cit.) che «Il giudice non può denegare giustizia perché la disposizione *ad hoc* manca o perché nell'ordinamento convivono disposizioni che esprimono norme contraddittorie. Il divieto del *non liquet* si salda perciò con una serie di criteri - guida dell'interpretazione (...). E', dunque, la rinuncia o l'incapacità del legislatore ad esercitare la sua funzione a sovradimensionare quella del potere giudiziario, sino a fargli occupare il «ruolo di collegamento fra apparati istituzionali e corpo sociale, tradizionalmente riconosciuto ai partiti politici e successivamente monopolizzato dai *mass-media*» (così V. TONDI DELLA MURA, *L'indagine penale ai tempi di «Dagospia»* (*Prime riflessioni sull'informazione e la democrazia dopo «Wikileaks»*), in www.federalismi.it, n. 6/2011, 8.

⁹⁶ Cfr. S. STAIANO, *Per orbite ellittiche*, cit., 2, il quale sottolinea che l'uso sproporzionato della discrezionalità giudiziale ha determinato un eccesso di ruolo del giudice. V. in questo senso F. BRICOLA, *Art. 25*, cit., 270.

⁹⁷ Sottolinea, in proposito, M. BERTOLINO, *Legalità costituzionale in materia penale: tecniche decisorie e giudici ordinari*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2011, 605, che «l'emersione prepotente di un diritto giurisprudenziale costituzionale sembra aver indebolito il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e gli equilibri istituzionali ad esso sottesi».

dilatazione discrezionale dell'intervento coercitivo)⁹⁸.

Sembra dunque auspicabile, specie in una prospettiva di conformità costituzionale, che ad un recupero di dignità da parte del legislatore della propria funzione di "qualità" nella produzione normativa, corrisponda la consapevolezza da parte del giudice, sia comune che costituzionale, di circoscrivere interventi creativi, sostitutivi o invasivi rispetto alle scelte legislative entro limiti di stretta necessità⁹⁹.

- V.1. L'interpretazione-applicazione giudiziaria in materia di intercettazioni: la sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1973.

Occorre, a tal punto, rilevare che anche la materia delle intercettazioni è stata connotata (specie con riferimento agli ultimi anni) dalle caratteristiche sin qui delineate. In particolare, il Parlamento ha rinunciato ad occuparsi delle figure di reato cui l'intercettazione è maggiormente collegata, avanzando invece una proposta di riforma mirata solo a depotenziare (e non limitare) questo insostituibile strumento d'indagine. Dal canto loro, i magistrati inquirenti hanno fatto ricorso ad un uso disinvolto degli strumenti di captazione, anche quando avrebbero potuto adoperare altri mezzi di investigazione, rimanendo in capo al giudice terzo e alla Corte costituzionale l'onere di definire l'area costituzionalmente compatibile di operatività degli strumenti medesimi¹⁰⁰.

E', in proposito, particolarmente significativo che i più numerosi ed importanti interventi della Consulta in ordine alla libertà e segretezza delle comunicazioni abbiano ad oggetto proprio il tema delle intercettazioni. Il filo conduttore che unisce, dai primi anni '70 ad oggi, tutte le pronunce costituzionali in materia, si snoda lungo un percorso ermeneutico abbastanza lineare che enuclea, all'interno dell'art. 15 Cost., due distinti interessi di pari rango costituzionale: quello relativo alla libertà e segretezza delle comunicazioni, radicato nel I comma dell'art.15 in connessione con l'art.2 Cost.¹⁰¹; e quello inerente all'esigenza di prevenire e reprimere i reati¹⁰² che, implicitamente richiamato dal II comma dell'art.15 Cost., giustifica la possibilità ivi prevista - sia pure subordinatamente alla sussistenza della doppia riserva di legge e di giurisdizione - di operare restrizioni alla libertà enunciata dal I comma.

Già nella storica sentenza n. 34 del 1973 troviamo esplicitati tutti i principali caratteri del costituzionalismo democratico-sociale in materia penale: il riconoscimento dello specifico diritto di libertà; la necessità di bilanciarlo con le esigenze di difesa sociale contro la criminalità; infine, gli strumenti di garanzia della libertà (ovvero la doppia riserva) atti ad impedire che le limitazioni connesse con l'efficace repressione degli illeciti penali siano strumentalmente utilizzate per giustificare arbitrarie violazioni della libertà costituzionale.

⁹⁸Sul punto, efficacemente, v. A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit., 4203-4204, il quale formula analoghe considerazioni critiche circa l'opinione della Consulta in favore della sufficiente idoneità del "diritto vivente" a «tassativizzare la previsione penale» (p. 4227) indeterminata, in quanto l'interpretazione nomofilattica dominante vincola paradossalmente solo il giudice delle leggi e non anche il giudice comune, essendo sempre libero il dissenziente di optare per un esito interpretativo differente (ivi). Sul carattere residuale attribuito dalla giurisprudenza costituzionale al "diritto vivente" rispetto all'interpretazione conforme v. R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, 89 s..

⁹⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 315. V. anche P.G. GROSSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione*, Milano, 1972, 25-27.

¹⁰⁰In generale, sul ruolo della Corte costituzionale in ordine alla "modernizzazione della legislazione penale" a fronte di un legislatore inerte «e in genere poco lungimirante e illuminato» v. M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 47 nonché M. BERTOLINO, *Legalità costituzionale in materia penale*, cit., 605 s..

¹⁰¹Cfr. Corte Cost., sentenza n. 34 del 1973, in *Giur. Cost.*, 325, con nota di GREVI V., *Insegnamenti, moniti e silenzi*, cit., in particolare il punto 2 del *Cons. diritto*. Tale pronuncia è stata successivamente confermata dalle sentt. nn. 120 del 1975; 366 del 1991 e 81 del 1993.

¹⁰² Si è rilevato che da tale assunto «si ricava...una...essenziale puntualizzazione circa le finalità in vista delle quali l'autorità di polizia potrà venire autorizzata...ad operare intercettazioni telefoniche» (così GREVI V., op. cit.,324), finalità riconducibili al «dovere di prevenzione e scoperta degli illeciti penali che è compito istituzionale degli organi di polizia giudiziaria» (punto n.2, *Cons. dir.*, cit., 328. Sul punto v. P.G. GOSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, cit., 894).

Qualunque restrizione di quest'ultima deve attuarsi sotto il diretto controllo del giudice ed i limiti a tale potere devono essere desumibili esclusivamente dalla legge¹⁰³. La Corte non si limita, però, a mere enunciazioni di principio, bensì traccia in modo particolareggiato tutte le garanzie attribuibili ai titolari della libertà in oggetto quando risulti indispensabile limitarla: la "cautela scrupolosa" con cui deve essere effettuata la valutazione della richiesta di provvedimenti autorizzativi della intercettazione in modo da evitare il sacrificio sproporzionato del diritto fondamentale; la adeguatezza e la precisione della motivazione della decisione giudiziale; la sindacabilità del provvedimento autorizzativo nel corso del giudizio; la segretezza delle risultanze probatorie e l'utilizzabilità a fini processuali del solo materiale probatorio rilevante per il giudizio stesso, con la conseguente garanzia della segretezza delle comunicazioni telefoniche non rilevanti ai fini dell'imputazione e di quelle non pertinenti che terzi, estranei al processo, abbiano posto in essere; infine, l'inutilizzabilità processuale delle prove illegittimamente acquisite. A quest'ultimo riguardo la Corte, esaltando la funzione garantista della riserva di giurisdizione, precisa che intercettazioni telefoniche assunte senza previa, motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria, essendo «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito»¹⁰⁴.

Facendo seguito al "decalogo" della Consulta, il legislatore statale è intervenuto (l. n. 98 del 1974) introducendo nel corpo dei codici, penale e di procedura penale, una serie di norme di garanzia della libertà in esame, che hanno sostanzialmente rispettato il quadro definitorio prefigurato, con l'unica specificazione apportata dall'art. 270, I co., c.p.p. in base al quale, pur rimanendo fermo il principio secondo cui i risultati della captazione non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quello per il quale le intercettazioni sono state disposte, ne ammette eccezionalmente l'utilizzazione nel caso in cui quei risultati siano indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, poichè potenzialmente contrastante con l'art. 112 Cost.¹⁰⁵, l'art. 270, co. 1, c.p.p. è stato ritenuto costituzionalmente legittimo in quanto, da un lato, attua un efficace bilanciamento legislativo tra i due valori in conflitto (la libertà e segretezza della corrispondenza e l'interesse pubblico alla prevenzione dei reati), dall'altro, consente eccezionalmente una riduzione della garanzia della libertà sancita dall'art. 15 Cost.¹⁰⁶ «in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico

¹⁰³ Viene, dunque, superata la precedente, ambigua, impostazione della Consulta che, con la sentenza n. 100 del 1968 (con cui dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 13, cod. postale del 1936 sul "fermo postale"), pur sottolineando la necessità di un provvedimento giurisdizionale per la limitazione della libertà di cui all'art. 15 Cost., ha ritenuto ammissibili provvedimenti amministrativi aventi carattere "meramente strumentale" e "diretti esclusivamente a sollecitare l'intervento del giudice". Cfr. F. DONATI, *Art. 15*, cit., 368.

¹⁰⁴ V. Corte Cost., sent. n.34 del 1973, cit., punto n.2, *Cons. dir.*, 337. Sulla regola di esclusione delle prove "incostituzionali" richiamata dalla sentenza in oggetto si vedano le considerazioni di V. GREVI, op. cit., il quale fa discendere dalle affermazioni della Consulta « un deciso rafforzamento del principio di legalità della prova anche a livello costituzionale.....inteso quale presidio contro il pericolo di condotte illegali provenienti non solo dai privati, ma soprattutto dagli organi dello Stato» (p.341). E' nota, in proposito, l'opinione di chi, all'opposto, non ritiene necessario il collegamento del principio di inutilizzabilità processuale delle prove illegittimamente acquisite alle singole norme costituzionali a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, in quanto il principio discenderebbe, nel contempo, dal divieto dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e dalla tipicità degli atti amministrativi. Esso è, quindi, un principio insito in tutti gli Stati di diritto :« Se, infatti, dalla riserva allo Stato della funzione giurisdizionale e del potere di coercizione...consegue il divieto della tutela arbitraria delle private ragioni (art. 392 e segg. cod. pen.), è dalle norme che sottopongono lo Stato al diritto (e che lo organizzano come "Stato di diritto") ...che consegue l'impossibilità per tutti i rappresentanti dei pubblici poteri di agire al di là delle competenze previamente determinate e in contrasto con norme che garantiscano diritti o interessi legittimi. Di qui l'illiceità, sia per il privato che per qualsivoglia pubblico dipendente o funzionario, di procurarsi prove al di fuori delle norme processuali che "sole assicurano la giustizia"... di qui, pertanto, l'inutilizzabilità processuale delle prove stesse» (così A. PACE, *Art. 15*, cit., 111).

¹⁰⁵ Corte Cost., sentenza 23 luglio 1991, n.366, in *Giur. Cost.*, 1991, 2914 s. In particolare, secondo il giudice rimettente, l'art. 270, I co., c.p.p., permettendo l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni legittimamente disposte nell'ambito di altro procedimento quando essi siano indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (ex art. 380 c.p.p.), vanifica la portata dell'art. 112 Cost. che, non limitando l'esercizio obbligatorio dell'azione penale solo a determinati tipi di reati, ma estendendolo a tutti, include il potere-dovere del pubblico ministero di attivare le indagini sulla base di qualunque notizia di reato attinta da una intercettazione, anche se relativa ad un delitto per il quale non è obbligatorio l'arresto, ed in qualunque fase del processo.

¹⁰⁶ Orientamento, tra l'altro, confermato dalla Consulta nel 1994, con la sentenza n. 63, che ha ammesso l'utilizzazione delle

primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse»¹⁰⁷. Nel rimarcare la natura di mezzo di ricerca della prova propria dell'intercettazione, il giudice costituzionale ha opportunamente precisato che «la conoscenza di fatti astrattamente qualificabili come illeciti penali, acquisita attraverso intercettazioni legittimamente autorizzate, non impone al p.m. l'inizio di un procedimento, ma consente piuttosto che egli proceda ad accertamenti volti ad acquisire nuovi elementi di prova sulla cui base soltanto poter successivamente esercitare l'azione penale»¹⁰⁸.

- V.2. Segue: i dati esteriori delle comunicazioni riservate

Anche se il quadro teorico delineato dalla giurisprudenza costituzionale contribuisce alla costruzione di parametri certi nella materia *de qua*, vi sono occasioni in cui l'intervento del giudice delle leggi non appare particolarmente persuasivo.

Con la sentenza n. 81 del 1993¹⁰⁹ la Consulta respinge la questione di legittimità costituzionale dell'art. 266 c.p.p., sollevata dal giudice *a quo* sull'assunto che il detto articolo ometterebbe di tutelare, con le stesse garanzie applicabili alle intercettazioni telefoniche, anche i dati esteriori di queste ultime (nel caso di specie, i tabulati telefonici). Invero, pur confermando che le disposizioni della cui legittimità costituzionale dubita il giudice rimettente sono concretamente ed esclusivamente conformate «ad operazioni relative all'intercettazione del contenuto di conversazioni (telefoniche) e non sono, pertanto, estensibili a differenti forme di intervento nella sfera di riservatezza delle comunicazioni tra privati»¹¹⁰, la Corte tuttavia sostiene che l'ampiezza della tutela accordata dall'art. 15 Cost. alla libertà e segretezza delle comunicazioni è tale da includere fra i propri oggetti «anche i dati esteriori di individuazione di una determinata conversazione telefonica»¹¹¹.

Dalla «stretta attinenza» dell'art. 15 Cost. al nucleo essenziale dei valori della personalità conseguiti, infatti, «un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo»¹¹². L'attribuzione di tale significato espansivo consente al giudice costituzionale di estendere tutte le garanzie dell'art. 15 Cost. non solo al «contenuto» delle conversazioni telefoniche, ma anche ai «dati esteriori» delle stesse¹¹³, e di affidare al giudice *a quo* il potere di valutare l'ammissibilità dell'acquisizione del tabulato.

intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, sia pure limitatamente all'accertamento di reati che destano particolare allarme sociale, sulla base di un «non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e segretezza delle loro comunicazioni e l'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono».

¹⁰⁷ Tali espressioni contenute nella motivazione della sentenza n.366/1991 rimandano al noto criterio c.d. del «minimo sacrificio» (o «minimo mezzo»), canone fondamentale cui devono uniformarsi sia il legislatore che il giudice costituzionale, quando si versi in materia di limitazione dei diritti inviolabili. In questo senso v. E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi*, cit. 227; G.M. SALERNO, *La protezione della riservatezza*, cit., 664. V., sul punto, anche la sentenza della Corte costituzionale n.372 del 2006, in cui espressamente si rileva che, ai fini dello scrutinio di costituzionalità, occorre valutare «l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione del potenziale contrasto».

¹⁰⁸ Corte Cost., sent. n. 366/1991, cit., 2914-15.

¹⁰⁹ Corte Cost., sentenza 11 marzo 1993, n.81, in *Giur. Cost.*, 1993, 731 s., con nota di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza?)*, *ivi*, 741 s.. Sulla stessa sentenza v. i commenti di G.P. DOLSO, *Ipotesi sulla possibilità di un diverso esito utilizzando il parametro della «ragionevolezza»*, in *Giur. Cost.*, 1993, 2111 s.; S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. It.*, 1995, I, 107; D. POTETTI, *Corte Costituzionale n. 81/1993 : la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, co.1, della Costituzione*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2746 s..

¹¹⁰ Corte Cost., sent. n. 81 del 1993, punto 3 *Cons. dir.*, in *Giur. Cost.*, cit., 737.

¹¹¹ Corte Cost., sent. n. 81 del 1993, punto 4 *Cons. dir.*, *ivi*, 738.

¹¹² Corte Cost., sent. n. 81 del 1993, punto 4 *Cons. dir.*, *ivi*.

¹¹³ Dalla sentenza n. 81 del 1993, sia pure adesivamente alle motivazioni addotte dalla Consulta, vi è chi (cfr. M. OLIVETTI, *Brevi note in materia di libertà di comunicazione*, in *Giur. Cost.*, 1995, 3863-64) ha tratto ulteriori spunti interpretativi, evidenziando un profilo di garanzia della segretezza delle comunicazioni peculiare ed ulteriore, anche se strumentale, rispetto a quello della libertà, ovvero l'esistenza di uno specifico obbligo di riservatezza cui taluni sono tenuti *ratione officii* (ad es. il postino o l'ente di gestione dei servizi telefonici). La segretezza avrebbe, allora, carattere « relativo », in quanto non opera nei confronti dei soggetti che, per motivi legati alle

Con tale decisione, dunque, la Corte sceglie di riversare sul giudice comune l'onere della valutazione in concreto della fattispecie penale, nonostante che la Costituzione non imponga affatto, ex art.15, di estendere la garanzia della riserva di giurisdizione anche ai dati esteriori del messaggio comunicato, rimanendo affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario una scelta in tal senso¹¹⁴.

Vero è che, al di là della statuizione finale, la Consulta, da un lato, non può fare a meno di ammettere l'esistenza di forme di comunicazione interpersonale – come il telegrafo o la corrispondenza postale – che, per loro natura, esigono che siano noti i relativi dati esteriori (come, ad esempio, il nome del destinatario o del mittente); dall'altro, non ritiene di approfondire i motivi per i quali, in quest'ultimo caso, i dati esteriori, pur tecnicamente non segreti, non sarebbero tutelabili nella loro segretezza, mentre quelli relativi alle

funzioni svolte, pur dovendosi astenere dal comunicare dati riservati, ne sono comunque a conoscenza. L'A., inoltre, sottolinea che la corrispondenza (ovvero la comunicazione tra persone determinate) non attiene solo al contenuto della stessa bensì, più comprensivamente, alla "relazione" che viene ad instaurarsi tra le persone. I dati relativi alla scelta del destinatario e alle circostanze di tempo e di luogo pertengono, infatti, non solo alla sfera della libertà, ma anche a quella della segretezza.

¹¹⁴ Ciò, ad esempio, è accaduto con la l. n. 155 del 2005 (di conversione del d.l. n. 144/2005) che, ex art. 6, sospende la cancellazione dei dati del traffico telefonico o telematico e ne prescrive la conservazione, ad esclusione dei contenuti delle relative comunicazioni, diversificando *ex lege* la disciplina dei due profili.

Invero, la riservatezza dei dati esteriori avrebbe potuto essere più correttamente connessa al principio di garanzia della riservatezza individuale, in virtù della quale la stessa Corte di Strasburgo, nel 1984 (Caso *Malone*, Dec. 2-8-84, in *Racc.* 1984, 37 ss.), ha affermato che la consegna delle informazioni concernenti i dati esteriori delle chiamate telefoniche alla polizia, senza il consenso dell'abbonato, produce un contrasto con l'art. 8 Cedu, sanabile solo a seguito di una specifica previsione legislativa (In questo senso v. A. PACE, *Nuove frontiere*, cit., 745). Si deve, a tal proposito, rammentare che, nel "caso *Malone*", la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha riconosciuto che «i verbali delle registrazioni (dei dati esteriori, *ndr.*) contengono informazioni, in particolare i numeri chiamati, i quali costituiscono un elemento integrante della comunicazione telefonica», e pertanto, poiché la normativa inglese era alquanto vaga circa il potere discrezionale conferito a tali fini ai pubblici poteri, si era in presenza di una violazione del principio di legalità di cui all'art. 8, co. 2, della Convenzione europea d.u.. D'altra parte il I comma del medesimo art. 8, contenendo il riferimento contestuale alla vita privata e familiare, al domicilio ed alla corrispondenza, non distingue – come fa invece la Costituzione italiana – tra differenti diritti e differenti ambiti di applicabilità, ma copre tutti gli aspetti considerati all'interno della generale protezione della riservatezza, per cui la demarcazione tra dati esteriori e contenuto del messaggio perde quella rilevanza che ha, invece, a lungo occupato dottrina e giurisprudenza costituzionale nel nostro Paese. E comunque, la garanzia apprestata dall'art. 8 resta incentrata soprattutto sulla riserva di legge, piuttosto che su quella di giurisdizione (anche se, come vedremo, la Corte europea ne ricava, implicitamente, indicazioni significative al riguardo). Né sembra mutare l'impostazione sin qui sostenuta, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha reso vincolante, per tutti gli Stati membri, la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.. In essa, in effetti, si è scisso il "rispetto della vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni" (art. 7) - per il quale è scomparso il riferimento alla riserva di legge (di cui al II comma dell'art. 8, Cedu) - dalla protezione dei dati di carattere personale (art. 8). Per quest'ultima è prevista, invece, la riserva di legge, che potrebbe perfino considerarsi rinforzata in quanto formalmente vincolata al "principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad altro fondamento legittimo previsto dalla legge". Tale "fondamento legittimo" ben potrebbe essere la garanzia della riserva di giurisdizione, scelta comunque non imposta dalla Carta, ma affidata al legislatore. Ed anche a voler considerare che il riferimento contenuto nell'art. 7 alle "comunicazioni" abbia ad oggetto il solo contenuto delle stesse, mentre per i relativi dati esteriori, in quanto dati personali, sia l'art. 8 ad assicurarne adeguata tutela, deve sottolinearsi che, pur in assenza di limiti espressi al rispetto della vita privata e delle comunicazioni di cui all'art. 7, la presenza dell'art. 52 della Carta ("Portata e interpretazione dei diritti e dei principi") consente l'apposizione di eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta medesima solo in virtù di esposte previsioni legislative che tengano conto del principio di proporzionalità (tra ingerenze della pubblica autorità e finalità perseguite dal legislatore) e quello del "minimo sacrificio" (v., in proposito, C. PAVARANI, *Art. 8. Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in AA.VV. (a cura di C. DEFILIPPI – D. BOSI – R. HARVEY), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006, 375 e E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi*, cit., 242-243). Come si vede, anche nel caso dell'art. 7, è prevista, sia pure in fase interpretativa e con ben precisi "rinforzi", la riserva di legge, ma la disciplina *de qua* rimane comunque meno garantista di quella prevista dalla nostra Carta Costituzionale che, *sub* art.15, fa invece espresso riferimento alla necessaria sussistenza di una doppia riserva in tema di restrizioni alla libertà ivi contemplata. Sul punto, sia pure con riferimento alla Cedu e alla Carta di Nizza, precedentemente alla sua inclusione nel Trattato di Lisbona, v. T. GROPPI, *Art. 7*, in AA.VV. (a cura di R. BIFULCO - A. CARTABIA - A. CELOTTO), *L'Europa dei diritti-Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 81; A. LOIODICE, *Attuare la Costituzione (Sollecitazioni straordinarie)*, Bari, 2000; A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 1 s.; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. Cost.*, 2006, 491 s.; C. PAVARANI, *op. cit.*, 355; M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in www.unife.it/convegni/amicuscuriae; nonché le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (in *Giur. Cost.*, 2007, 3475 s.).

comunicazioni telefoniche, anch'essi tecnicamente non segreti, ridonderebbero a scapito della riservatezza del contenuto delle comunicazioni medesime¹¹⁵.

In linea, invece, con l'impostazione qui accolta è la sentenza n. 281 del 1998¹¹⁶. Punto non controvertibile, per la Corte, è il riferimento *esclusivo* delle intercettazioni, di cui agli artt. 266 segg., c.p.p., al *contenuto* delle comunicazioni telefoniche, pertanto non estendibile ad istituti diversi, quali la rilevazione del traffico telefonico e la individuazione delle utenze chiamate e degli altri dati esteriori (come data e ora) delle conversazioni¹¹⁷. L'acquisizione dei c.d. tabulati rientra, infatti, nel disposto dell'art. 256 c.p.p., perché relativa al dovere di esibizione all'autorità giudiziaria di documenti riservati o segreti. Disciplina¹¹⁸ che, per la Consulta, risulta particolarmente pertinente al fine di evitare il rischio, per un verso, di trapiantare «un frammento della specifica disciplina dell'intercettazione telefonica al diverso istituto dell'acquisizione dei tabulati»¹¹⁹; per altro verso, di interferire «con scelte riservate alla discrezionalità del legislatore»¹²⁰. Con l'ulteriore conseguenza, nel caso non accolto di assimilazione dell'acquisizione dei dati identificativi delle conversazioni telefoniche alle intercettazioni del contenuto di esse, dell'apertura di «delicati problemi interpretativi in ordine all'applicazione dei presupposti e dei limiti funzionali alle specifiche esigenze di garanzia che sottostanno alle intercettazioni del contenuto di conversazioni, ma non tutti riconducibili alla diversa forma di intrusione nella sfera della riservatezza che si realizza mediante l'acquisizione dei tabulati relativi al traffico telefonico»¹²¹.

- V.3. Segue: le intercettazioni "illegali"

Tema costituzionalmente "sensibile" in materia di captazione di comunicazioni è quello relativo alle intercettazioni c.d. "illegali", ovvero quelle operate in assoluta violazione dei limiti imposti dal meccanismo della doppia riserva di legge e di giurisdizione.

Deve rammentarsi al riguardo che, nel settembre 2006, scoppia il c.d. "caso Telecom", relativo alle intercettazioni illegali effettuate da alcuni responsabili della sicurezza di Telecom Italia al fine della creazione di veri e propri *dossier* su varie personalità politiche, economiche e dello spettacolo, oltre a giornalisti e personaggi sportivi. E', forse, la più grave violazione della libertà tutelata dall'art. 15 Cost. mai perpetrata nel nostro Paese, e per di più operata da un gruppo privato in assenza di qualunque autorizzazione o controllo. Al caso, anche se probabilmente non percepito sino in fondo nella sua effettiva gravità¹²², è stata data una

¹¹⁵ D'altra parte, qualora il mittente o il destinatario siano identificabili in conseguenza delle particolari caratteristiche del mezzo di comunicazione prescelto, «la tutela della segretezza non può di per sé estendersi a quegli aspetti che, tecnicamente, non sono segreti» (così A. PACE, *Nuove frontiere della libertà*, cit., 743-44; cfr. ID., *Art. 15*, cit., 94 e ID., *La libertà di comunicare riservatamente*, cit., 251. *Contra* A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, 422 s. e 433).

¹¹⁶ Corte Cost., sentenza 17 luglio 1998, n. 281, in *Giur. Cost.*, 1998, 2167 s..

¹¹⁷ Corte Cost., sent. n. 281/1998, punto 3 *Cons. dir.*, in *Giur. Cost.*, cit, 2170.

¹¹⁸ La citata sentenza n. 81 del 1993 non aveva ritenuto, invece, tale disciplina applicabile alla fattispecie.

¹¹⁹ Corte Cost., sent. n. 281/1998, punto 4 *Cons. dir.*, cit, 2170-71.

¹²⁰ Corte Cost., sent. n. 281/1998, punto 4, cit., 2171.

¹²¹ Corte Cost. Sent. n. 281/1998, cit., ivi. Cfr. anche Corte Cost., sentenza n. 372 del 2006 in cui la Corte rimarca che, nel caso di acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni, sono invocabili le garanzie connesse con la tutela del diritto alla riservatezza, piuttosto che quelle implicate dall'art. 15 Cost.

¹²² Caso paragonabile e, per alcuni, perfino collegato al nostrano Telecom – Sismi è quello della statunitense NSA (*National Security Agency*) che, al fine di registrare eventuali attività terroristiche, dopo l'11 settembre 2001 (attentato terroristico al World Trade Center di New York), è stata segretamente autorizzata dall'allora Presidente George W. Bush di sorvegliare ed intercettare le chiamate telefoniche e il traffico via Internet all'interno degli Stati Uniti, rigorosamente senza alcun mandato da parte di un giudice. La NSA è considerata la più importante concentrazione di potenza informatica nel mondo. Il 16 dicembre 2005 il *New York Times* ha svelato che la NSA ha intercettato, senza autorizzazione giudiziaria, le comunicazioni, tra gli Stati Uniti e l'estero, di persone sospettate di avere collegamenti con Al- Qaida. Successivamente, il 10 maggio 2006, *USA Today* ha affermato che la NSA, per ragioni di sicurezza nazionale, ha raccolto elenchi di milioni di chiamate telefoniche di cittadini statunitensi al fine di individuare comportamenti sospetti e perfino analizzare le relazioni sociali tra individui (c.d. *The Program*), e ciò con la complicità – invero sempre smentita dalle interessate – delle principali compagnie telefoniche del Paese. E poiché numerose chiamate transitano per gli Stati Uniti, ad esempio le comunicazioni tra l'Europa e l'Asia, significa che la NSA ha potenzialmente sotto controllo la maggior parte del traffico telefonico e telematico del pianeta, senza limitazioni o controlli o mandati giudiziari (e senza, neppure, alcuna, apparente, formale e legittima

risposta “emergenziale” da parte del legislatore che, con l’approvazione della l. n. 281 del 20.11.2006, di conversione del d.l. 22.09.2006, n. 259¹²³, ha modificato il testo dell’art. 240 c.p.p. (riguardante i documenti anonimi), al quale sono stati aggiunti altri cinque commi concernenti la disciplina degli atti formati in base ad intercettazioni illegali. In sintesi è stato introdotto un procedimento a cognizione sommaria, di distruzione del materiale contenente le informazioni acquisite illegalmente, rispondente alla esigenza di protezione immediata della riservatezza delle vittime dell’attività di “dossieraggio”.

Peraltro, tali operazioni di distruzione – relative tanto a dati illegalmente acquisiti a seguito di comunicazioni telefoniche o telematiche, quanto a informazioni illegalmente raccolte (ad esempio, attraverso intercettazione illecita di *e-mail* o di colloqui tra persone presenti) – hanno subito posto in rilievo il rischio che l’eliminazione della prova a carico dell’autore della condotta illecita possa, per un verso, compromettere il diritto della persona offesa di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno patito; per altro verso, impedire la verifica del carattere riservato o dell’acquisizione illecita delle informazioni, con conseguente pregiudizio per il diritto alla prova del soggetto indagato. A ciò si aggiunga che la soppressione del c.d. “corpo di reato” (ovvero le captazioni illegali) ha ripercussioni anche sull’efficace esercizio dell’azione penale da parte del magistrato inquirente, specie con riferimento ai fattori che rilevano ai fini della quantificazione della pena in caso di condanna nonché alla insuscettibilità della prova - cristallizzata in un procedimento incidentale quasi completamente privo di garanzie difensive per l’indagato – di poter essere ridiscussa in sede dibattimentale.

Tali rilievi hanno costituito oggetto di alcune questioni di legittimità costituzionale parzialmente accolte dalla Consulta con la sentenza n. 173 del 2009¹²⁴, manipolativa di accoglimento. E’ stato, infatti, ritenuto costituzionalmente illegittimo l’art. 240, 4° e 5° comma, c.p.p., nella parte in cui non prevede la estensione al procedimento incidentale delle garanzie del pieno contraddittorio (art. 401, 1° e 2° co., c.p.p.), nonché il 6° comma del medesimo articolo nella parte in cui non include, nel verbale di descrizione dei documenti destinati alla distruzione, il riferimento alle informazioni essenziali a documentare l’attività di intercettazione.

E’ accaduto però che, nell’ormai frequente prassi di “interpretare” le decisioni “interpretative” della Consulta, il giudice penale, non risparmiando critiche al legislatore *insipiente*¹²⁵, ha ridefinito la portata della pronuncia costituzionale. In particolare, il giudice per le indagini preliminari di Milano, con ordinanza del 20.12.2010, ha negato la distruzione dei *dossier* illegali, richiesta proprio su istanza del pubblico ministero del processo “Telecom” ex art. 240 c.p.p. (novellato), sull’assunto che dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 193 del 2009 possono, in realtà, trarsi *due* distinti profili normativi: laddove l’origine illecita dei documenti appaia certa ed evidente, l’istanza di distruzione deve essere accolta; laddove, al contrario, essa sia messa in dubbio da una delle parti o sia incerta l’illegalità della provenienza, essa deve essere rigettata. In tale ultimo caso, infatti, è necessario che le persone offese o gli stessi indagati possano confrontarsi, ciascuno per la difesa dei propri diritti all’interno del processo principale, con atti ancora esistenti.

Costituisce, questo, un evidente esempio di interpretazione costituzionalmente conforme che, data la intuitiva prevalenza dei casi riconducibili al secondo profilo normativo tratto dalla pronuncia della Corte da parte del g.i.p. di Milano, rischia di avere un effetto parzialmente abrogativo¹²⁶ della norma addita; ed, in questo caso, ai fini dell’esatta ricognizione del procedimento ermeneutico adottato dal giudice penale, il discrimine tra «principi “direttivi” dell’interpretazione (...) e (...) principi (norme nuove) elaborati in via

concessione da parte dei governi europei o asiatici). (Tali notizie sono tratte dall’articolo di Eric Leser, corrispondente da New York per *Le Monde* (31 maggio 2006), dal titolo “National Security Agency : gli orecchi dell’America” su <http://www.lemonde.fr/web/>). Ancora oggi le polemiche sull’attività della NSA non si sono placate.

¹²³ V., sul punto, NATALE M., *La nuova legge 20 novembre 2006, n. 281 di conversione del decreto-legge 22 settembre 2006, n. 259, recante “Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche”, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/cronache/attivita-organ/intercettazioni*, 7 dicembre 2006.

¹²⁴ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 173 del 2009, in *Consulta on line*, commentata da A. GUAZZAROTTI, *Il caso “Telecom” tra legislatore insipiente, Corte costituzionale velleitaria e applicazione diretta della Costituzione*, in www.forumcosituzionale.it del 31 maggio 2011.

¹²⁵ Si mutua l’espressione dall’efficace commento di A. GUAZZAROTTI, *Il caso “Telecom”*, cit.

¹²⁶ Sotto questo profilo, l’ordinanza «rasenta il limite dell’*interpretatio abrogans*» (così A. GUAZZAROTTI, *Il caso “Telecom”*, cit., 2), tra l’altro di una norma addita dalla Consulta con sentenza manipolativa.

interpretativo-produttiva»¹²⁷ diviene davvero molto difficile da rintracciare.

- V.4. Segue: le intercettazioni riguardanti i parlamentari

Una tematica particolarmente delicata ed attuale concerne le intercettazioni di comunicazioni che coinvolgono direttamente o indirettamente un membro del Parlamento.

Occorre prendere le mosse dalla l. n. 140 del 2003, attuativa dell'art. 68 Cost., così come revisionato dalla legge cost. n. 3 del 1993¹²⁸. Punto critico è costituito dall'art. 6 della l. n.140 che disciplina le "conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali hanno preso parte membri del Parlamento"¹²⁹. Si tratta delle intercettazioni usualmente qualificate come "indirette" o casuali¹³⁰, in quanto la relativa utenza non è intestata o in uso al parlamentare, né ha ad oggetto – nel caso di intercettazioni ambientali – luoghi nella sua disponibilità, pertanto la captazione si verifica nell'ambito di un'attività investigativa che non ha il parlamentare come destinatario originario. In tal caso è prevista un'autorizzazione *ex post* da parte della Camera di appartenenza e, in caso di diniego, tutti i verbali e le registrazioni delle comunicazioni devono essere dal giudice dichiarati, in ogni stato e grado del processo, inutilizzabili.

Tale meccanismo è stato inizialmente invocato prescindendo dal soggetto, tra i compartecipi al dialogo, sottoposto a indagine penale, facendovi artatamente ricorso anche quando il parlamentare coinvolto era un semplice interlocutore accidentale, con la relativa possibilità, in caso di diniego dell'autorizzazione da parte della Camera di appartenenza, di distruzione del materiale acquisito. L'irragionevole, indistinta estensione ex art. 6, l. n. 140/2003 di tale prerogativa a tutti i conversanti intercettati e le potenziali gravi ripercussioni sull'accertamento della responsabilità penale, hanno formato oggetto di sindacato di legittimità costituzionale.

In una prima occasione¹³¹ la Consulta preferisce optare per una "pilatesca" pronuncia di inammissibilità della questione sollevata privilegiando, tra le possibili letture, quella che – in applicazione della regola dell'interpretazione conforme a Costituzione - riduce l'area di incostituzionalità e non quella opposta che la amplia. In particolare, il giudice rimettente (nella specie, la Corte di Cassazione)¹³² sottopone al giudice delle leggi il dubbio di costituzionalità che la disciplina prevista dal citato art. 6, in ordine alle intercettazioni fortuite di conversazioni o comunicazioni cui il parlamentare abbia preso parte personalmente, sia estesa anche a

¹²⁷ Cfr. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 3.

¹²⁸ Sulle prerogative parlamentari ed, in specie, sulla volontà politica di ampliare in via legislativa l'ambito oggettivo della garanzia costituzionale di cui all'art. 68 Cost., v. G. ZAGREBELSKY, *Commento alla riforma dell'autorizzazione a procedere*, in *Corr. Giur.*, 1994, 3, 281; A. PACE, *L'insindacabilità parlamentare tra la "libertà della funzione" (delle Camere) e la verifica (non più soltanto esterna?) del "corretto esercizio" del potere*, in *Giur. Cost.*, 1998, 2214; ID., *Immunità politiche e principi costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, 385 s.; M. DOGLIANI, *Immunità e prerogative parlamentari*, in AA.VV., *Storia d'Italia*, a cura di VIOLANTE, XVII, Torino, 2001, 1052; AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2001; G. AZZARITI, *Politica e processi*, in *Giur. Cost.*, 2004, 839; L. CARLASSARE, *Genesi, evoluzione ed involuzioni delle immunità politiche in Italia*, in AA.VV., *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di R. ORLANDI e A. PUGIOTTO, Torino, 2005, 48; T. GIUPPONI, *Le immunità politiche. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005; C. MARTINELLI, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Milano, 2008.

¹²⁹ Seri dubbi di costituzionalità sul citato art. 6 sono stati subito espressi da A. GIORGIS, *La legge di attuazione dell'art. 68 Cost.: un'occasione perduta dal Parlamento per iniziare ad arginare un uso distorto delle prerogative dei propri membri?*, in www.costituzionalismo.it, 10.11.2003, 13.

¹³⁰ Se ne chiarirà, a breve, la differenza.

¹³¹ Corte Cost., sentenza 21 aprile 2005, n. 163, in *Giur. Cost.*, 2005, 1335 s., con nota di G. GIOSTRA, *E' inapplicabile al nuncius la disciplina delle intercettazioni riguardanti il parlamentare (ma i veri problemi rimangono irrisolti)*, ivi, 1352 s.. Sul punto v. anche T. GIUPPONI, *Le immunità*, cit., 348-350; N. PIGNATELLI, *La "singolarità" della fattispecie aiuta (ed aiuterà) la Corte a non decidere sulla illegittimità delle intercettazioni indirette*, in www.forumcostituzionale.it, 2005; R. ORLANDI, *Intercettazioni indirette: non si cambia, in Diritto e Giustizia*, 2005, n.19, 56 s.; T. FORTUNA, *La decisione interlocutoria della Consulta sulle intercettazioni "indirette": una questione rimasta insoluta*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 645 s.

¹³² L'ordinanza di rinvio (9 marzo 2004, in G.U. 1° s.s., n.35/2004) ha costituito oggetto di commento da parte di N. PIGNATELLI, *L'attuazione deviata della norma costituzionale: il caso delle intercettazioni "indirette" dei parlamentari e la legge n. 140 del 2003*, in www.costituzionalismo.it, 22.11.2004.

quell'altra persona che, in qualità di *nuncius*¹³³, si sia limitata alla funzione di mero latore del messaggio per conto del parlamentare medesimo. In tal caso, l'estensione della garanzia di cui all'art.6 contrasterebbe con una pluralità di parametri costituzionali (artt. 3, 24 e 112 Cost.).

La Corte Costituzionale, non senza stigmatizzare il percorso argomentativo del rimettente come «non adeguatamente giustificato e motivato» nega che l'ipotesi del *nuncius* sia imposta dalla formula della legge e sceglie un'interpretazione *secundum constitutionem*, in base alla quale la premessa ermeneutica su cui si regge il giudizio di rilevanza risulta «non condivisibile e sostanzialmente contraddittoria rispetto al tenore complessivo del quesito».

Se la sentenza n.165 del 2005 lascia insoluti alcuni importanti “nodi” interpretativi riguardanti le intercettazioni indirette, con la successiva decisione n. 390 del 2007¹³⁴ la Consulta opera una nitida presa di posizione che, nonostante il rispetto del giudice costituzionale del vincolo al *petitum* nel momento della decisione, sembra in effetti mirare, nel divenire del percorso argomentativo, a espungere radicalmente dal sistema l'istituto dell'autorizzazione postuma¹³⁵ all'uso dei risultati delle intercettazioni indirette.

Inizialmente effettua una precisa distinzione tra le varie intercettazioni che riguardino i parlamentari : “dirette”, ovvero quelle espressamente previste dall'art. 68, III co., Cost. (nonché dall'art. 4, l. n. 140/2003) e per le quali è prevista un'autorizzazione preventiva per l'esecuzione dell'atto investigativo; “indirette”, quando la captazione delle conversazioni del parlamentare è effettuata ponendo sotto controllo le utenze dei suoi interlocutori abituali, ricadente anch'essa nell'ambito di operatività della norma costituzionale e per la quale opera l'autorizzazione successiva ex art. 6, l. n. 140/2003; “casuali” o “fortuite”, ovvero quelle eseguite nell'ambito di procedimenti penali riguardanti terzi, in cui l'interlocuzione del parlamentare rivesta carattere imprevisto e per le quali sarebbe necessaria l'autorizzazione successiva di cui all'art. 6, II co., l. n. 140/2003. In tale ultimo caso, invero, l'autorizzazione condiziona non già l'esecuzione dell'atto ormai avvenuta, bensì l'utilizzazione processuale dei suoi risultati. I dubbi di costituzionalità, infatti, non investono il merito della decisione di diniego da parte della Camera¹³⁶, bensì gli effetti del diniego sul piano processuale ovvero l'inutilizzabilità *erga omnes* del materiale probatorio raccolto a seguito delle intercettazioni. L'accidentalità che contraddistingue l'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto esclude la sussistenza di qualsiasi scopo persecutorio (*fumus persecutionis*) o di condizionamento da parte dell'autorità giudiziaria nei suoi confronti. Da ciò discende che le intercettazioni fortuite non possono ricondursi alla previsione dell'art. 68, III co., Cost., la cui *ratio* si fonda proprio sulla tutela del parlamentare da indebite interferenze nell'esercizio del suo mandato rappresentativo¹³⁷. L'assenso postumo di cui all'art. 6 è, dunque, applicabile solo a quelle

¹³³ Era stato accertato, infatti, che il ricorrente - appartenente alla Guardia di Finanza e addetto alla scorta di un senatore della Repubblica - nell'ambito di una indagine di polizia giudiziaria sul traffico organizzato di sostanze stupefacenti, aveva effettuato varie volte ordinativi telefonici di cocaina da utenze (una fissa e l'altra cellulare) in uso al senatore e per conto di quest'ultimo; pertanto, l'interessato deduceva la violazione dell'art. 6, l. n. 140/2003, con conseguente inutilizzabilità delle relative intercettazioni, per non essere stata rispettata la procedura ivi prevista in relazione alle conversazioni cui prendano parte membri del Parlamento.

¹³⁴ Corte Cost., sentenza 23 novembre 2007, n. 390, in *Giur. Cost.*, 2007, 4367 s., con nota di V. GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni “indirette” (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, *ivi*, 4385 s. La sentenza in esame è stata oggetto di numerosi contributi. Si vedano, tra gli altri, T. GIUPPONI, *Le intercettazioni “indirette” nei confronti dei parlamentari e la legge n. 140/2003 : cronaca di un’illegittimità costituzionale (pre)annunciata*, in www.forumcostituzionale.it; G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, in *Cass. Pen.*, n.1 /2008; N. ZANON, *Il regime delle intercettazioni “indirette” e “occasional” fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in www.federalismi.it, 05.12.2007, n.23; T. FORTUNA, *Le intercettazioni “indirette” e l’interlocutore “abituale” : tutela della funzione parlamentare o guarentigie “speciali”?*, in www.forumcostituzionale.it; V. GREVI, *Anomalie e paradossi in tema di intercettazioni “indirette” relative a membri del Parlamento*, in *Cass. Pen.*, 2007, n.9, 3159 s..

¹³⁵ R. ORLANDI, *La riforma dell’art. 68 e la normativa di attuazione al traghetto dall’una all’altra legislatura*, in *Leg. Pen.*, 1994, 551, che sottolinea l'assurdo della disciplina: «Esigere che siano autorizzati atti a sorpresa è un non senso».

¹³⁶ La Corte, infatti, plaude in proposito alla lungimiranza del giudice *a quo*.

¹³⁷ Significativa, in proposito, è la questione di legittimità costituzionale sulla quale la Corte, nella stessa data della sentenza n.390, si è pronunciata con ordinanza n. 389 (in *Giur. Cost.*, 2007, 4365). La questione - posta dal giudice *a quo* in ordine agli artt. 4 e 6 della l. n. 140/2003, in quanto contenenti norme potenzialmente estensibili anche alle conversazioni di persona priva della qualifica di parlamentare al momento di esecuzione delle intercettazioni e conseguita solo successivamente, nel corso del procedimento - è stata

captazioni casuali effettuate direttamente nei confronti del parlamentare, ben potendosi utilizzare, invece, i risultati delle altre nei confronti di soggetti terzi cui quei risultati nociano o giovino. Altrimenti argomentando, la posizione del comune cittadino risulterebbe irragionevolmente differenziata in virtù «della circostanza, puramente casuale, che il soggetto sottoposto ad intercettazione abbia avuto, come interlocutore occasionale, un membro del Parlamento»¹³⁸, con conseguente violazione del fondamentale principio di parità di trattamento dinanzi alla giurisdizione¹³⁹.

La Corte, pertanto, non ha potuto fare a meno di dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 6, commi 2, 5 e 6 della l. n. 140/2003, nella parte in cui la perentorietà delle previsioni in tema di distruzione del materiale e di sua inutilizzabilità avvantaggerebbe irragionevolmente i terzi indagati che avessero tra i loro interlocutori occasionali, un membro del Parlamento, estendendo di fatto le prerogative dei parlamentari a soggetti privi di tale qualifica.

Ai fini dell'oggetto del presente contributo sono, peraltro, ancora più decisive altre due affermazioni della Corte. Innanzitutto, essa precisa che l'art. 68, Il co., Cost. vieta di sottoporre ad intercettazione senza autorizzazione le *comunicazioni* e non le semplici *utenze*, del parlamentare¹⁴⁰: «quello che conta non è la titolarità e la disponibilità dell'utenza captata, ma la direzione dell'atto d'indagine»¹⁴¹. Solo se quest'ultimo è volto in concreto ad accedere nella «sfera di comunicazioni» del parlamentare, l'intercettazione non autorizzata è illegittima. Dunque, anche in questa occasione, la Consulta ha ribadito che la tutela della riservatezza delle comunicazioni è relativa al loro «contenuto» e non si estende ai relativi «dati esteriori»¹⁴².

In secondo luogo, la Corte, rileva che il bene costituzionalmente protetto dall'art. 68 Cost. non è l'interesse sostanziale alla riservatezza delle comunicazioni dei membri del Parlamento in quanto tali¹⁴³, bensì l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti della funzione parlamentare. L'art. 15 Cost. e la doppia riserva ivi prevista sono, infatti, ampiamente sufficienti a proteggere la libertà e la segretezza delle comunicazioni non solo dei privati cittadini, ma anche dei membri del Parlamento, per cui il III comma dell'art. 68 Cost. ne appresta un'ulteriore garanzia non in quanto strumentale alla tutela della riservatezza delle comunicazioni del parlamentare, bensì alla salvaguardia del mandato rappresentativo. Pertanto, nel caso di intercettazioni «indirette» o casuali, diviene fondamentale ai fini del diniego o meno, da parte della Camera di appartenenza, della specifica autorizzazione all'utilizzazione dei risultati della captazione, l'effettiva sussistenza del *fumus persecutionis* o, comunque, di un intento surrettizio, da parte della magistratura, di «coinvolgere» il parlamentare-interlocutore occasionale nell'ambito di una o più intercettazioni disposte in via diretta a carico di terzi. Al di fuori di tali ipotesi non dovrebbe ritenersi consentito alla Camera di appartenenza il diniego dell'autorizzazione richiesta dal magistrato competente il quale, ove invece ciò accadesse, sarebbe legittimato a proporre ricorso per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato¹⁴⁴.

dichiarata manifestamente infondata poichè le norme censurate «individuano le conversazioni «protette» con formule che, di per sé, evocano l'attualità della qualifica parlamentare del soggetto intercettato...rilevo, questo, tanto più significativo, in quanto si discute di una tutela che – secondo lo stesso giudice *a quo* – ha «carattere eccezionale e derogatorio di altri principi costituzionali»; così da rendere le norme che la contemplano di stretta interpretazione». Né può presumersi che «il legislatore abbia inteso accordare alle intercettazioni «indirette» una protezione più incisiva di quella prefigurata per le intercettazioni «dirette»».

¹³⁸ Corte Cost., sentenza n. 390 del 2007, cit., punto 5.5 *Cons. dir.*, 4384.

¹³⁹ A tale principio, in quanto posto «alle origini della formazione dello Stato di diritto» si era già testualmente richiamata la Corte Costituzionale nella sentenza n. 24 del 20.01.2004 (in *Giur. Cost.*, 2004, 370 ss., con note di L. ELIA *La Corte ha fatto vincere la Costituzione*, e di S. STAMMATI, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplessa e non persuasivo*), con la quale era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1 della citata legge n. 140/2003.

¹⁴⁰ Cfr. Corte Cost., sent. n. 390/2007, cit., 4370.

¹⁴¹ Corte Cost., sentenza n. 390/2007, cit., punto 5.5 *Cons. dir.*, 4384.

¹⁴² E' appena il caso di rilevare che tale interpretazione si pone in continuità con quella precedentemente avanzata (e qui condivisa) dalla stessa Corte nella sent. n. 281 del 1998.

¹⁴³ Corte Cost., sentenza n. 390/2007, cit., punto 5.2 *Cons. dir.*, 4380.

¹⁴⁴ E' questo il caso del recente diniego, da parte della Camera dei deputati, di autorizzare l'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche indirette operate nei confronti dell'on. le Cosentino. Ed infatti, sia dalla relazione adottata a maggioranza dalla competente Giunta

Molto significative, sul piano dell'eventuale elusione della garanzia di cui all'art. 68 Cost. da parte dell'autorità giudiziaria, sono tre sentenze della Consulta¹⁴⁵ che, pur esulando dalla sfera di applicabilità dell'art. 15 Cost.¹⁴⁶, si segnalano per la loro diretta incidenza su un aspetto particolarmente rilevante dell'esercizio della discrezionalità giudiziale in questa materia.

Ci si vuole riferire all'obbligo di motivazione del provvedimento, che attraverso un controllo penetrante sulla congruenza tra decisione interpretativa e trama argomentativa¹⁴⁷, mette al riparo da possibili indebite interferenze o condizionamenti giudiziari. Così la Corte richiede al giudice la dimostrazione di aver effettivamente valutato tutti gli elementi utili ad affermare o escludere la "casualità" dell'intercettazione perché, nel caso opposto, quest'ultima da "occasionale" diverrebbe "mirata".

Sembra quasi che, in queste ultime pronunce, l'alta ma forse troppo astratta ricostruzione compiuta dai giudici costituzionali nella sentenza n. 390/2007, sia per così dire "rovesciata", in quanto considera la questione nell'ottica del pubblico ministero, della sua condotta investigativa e delle finalità perseguite¹⁴⁸. La motivazione del provvedimento di richiesta di autorizzazione *ad acta* deve, pertanto, essere ispirata ad un criterio di "necessità", dovendosi contenere entro una soglia minimale il sacrificio dei valori di libertà e indipendenza della funzione parlamentare. Di conseguenza, «la mancanza o anche solo la carenza di motivazione sul punto può costituire legittimo fondamento per il diniego dell'autorizzazione da parte della Camera competente senza alcuna esorbitanza dai propri poteri»¹⁴⁹.

- V.5. Segue: compatibilità tra intercettazioni e registrazioni effettuate dal c.d. "agente attrezzato per il suono"

Molto dibattuto sul piano giurisprudenziale è, infine, il tema del partecipante di una conversazione (c.d. agente attrezzato per il suono) che, all'insaputa dei suoi interlocutori, ne autorizzi l'ascolto o l'eventuale registrazione, attraverso apparecchi forniti o predisposti da terzi. Poiché in questo caso vi sarebbe il requisito della clandestinità della captazione, ma non della terzietà del captante occulto, si dubita che la registrazione fonografica possa essere assimilata alla nozione di intercettazione. Invero, il problema più delicato si pone allorché l'apparecchio con cui si effettua la registrazione è fornito o predisposto dalla polizia giudiziaria, cosicché la semplice memorizzazione fonica di un fatto storico si trasformerebbe in un vero e proprio atto d'indagine, come tale implicante la preventiva autorizzazione da parte del giudice.

(Relazione della Giunta per le autorizzazioni presso la Camera dei Deputati depositata agli atti della Camera il 07.05.2010 che si è pronunciata in favore del diniego dell'uso delle intercettazioni indirette dell'on. Cosentino), sia dalle dichiarazioni di voto espresse in Aula (*Resoconto stenografico dell'Assemblea – Seduta n.372* di mercoledì 22 settembre 2010) non è emerso alcun profilo che abbia evidenziato uno scopo persecutorio da parte della Magistratura nei confronti dell'ex Sottosegretario. Sono state, all'opposto, illegittimamente avanzate considerazioni di natura squisitamente giurisdizionale volte a sottolineare la non decisiva rilevanza delle intercettazioni *de quibus* "ai fini della colpevolezza" del parlamentare coinvolto, nonché la complessiva "fragilità dell'impianto accusatorio". Sarebbe stato, dunque, plausibile, da parte della magistratura competente, un ricorso alla Corte Costituzionale per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Sul punto, adesivamente, v. le osservazioni di V. GREVI, *Quando la Camera si fa Magistratura*, in *Corriere della Sera*, 23.09.2010, 52.

¹⁴⁵ Cfr. Corte Cost., sentenze nn. 113 e 114 del 25 maggio 2010 (in *Giur. Cost.*, n. 2/2010, 1261 s., commentata da L. FILIPPI, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni "implausibili"*, *ivi*, 1270 s. e da D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni "indirette" relative a parlamentari*, *ivi*, 2702 s.) e n.188 del 28 maggio 2010 (in *Giur. Cost.*, 2010, 2221 s., commentata da D. PICCIONE, *Utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti dei componenti delle Camere e potere di giudicare la "decisività" del mezzo di ricerca della prova per lo svolgimento delle indagini*, *ivi*, 2236 s.).

¹⁴⁶ Come si è visto, infatti, le intercettazioni indirette sono coperte dalla specifica garanzia di salvaguardia delle prerogative parlamentari.

¹⁴⁷ Cfr. V. GAROFOLI, *Editoriale*, in ID. (a cura di), *Unità del sapere giuridico e polimorfismo normativo*, Milano, 2008, X.

¹⁴⁸ In questo senso D. NEGRI, *Intonazioni lontane*, cit., 2708-2709.

¹⁴⁹ Corte Cost., sentenza n. 188 del 2010, cit., 2223. Significative, in proposito – anche se riferite all'ambito dell'indagine penale in generale – sono le riflessioni di V. DELLA MURA, *L'indagine penale ai tempi di «Dagospia» cit.*, 2, che rileva, con particolare riguardo al tema della demarcazione dei confini fra ambito politico e ambito giudiziario, come, «paradossalmente, l'applicazione dei principi istitutivi della separazione dei poteri e dello Stato di diritto rischia di risolversi talora a danno, anziché a favore, delle esigenze di tutela coinvolte».

Sul punto si è aperto un ampio dibattito giurisprudenziale che non è ancora approdato ad esiti di uniformità. Vi è un orientamento che nega la riconducibilità della registrazione *de qua* alla nozione di intercettazione e le attribuisce, invece, quella di “documento”, come tale utilizzabile ex art. 234 c.p.p. a fini di prova nel processo e non sottoponibile al previo provvedimento autorizzativo del giudice¹⁵⁰.

All'opposto, è stata avanzata un'interpretazione che si fonda sulla diretta riferibilità alla polizia giudiziaria della registrazione occulta che, per questa ragione, è da ritenersi assimilabile all'intercettazione telefonica o ambientale e, come tale, richiede l'applicabilità della disciplina legale prevista per queste ultime¹⁵¹. Vi è, poi, una serie di pronunce di legittimità che tendono a scindere la semplice registrazione del colloquio – che, sia pure attuata su iniziativa o col sostegno tecnico della polizia giudiziaria, non è stata ascoltata dal terzo estraneo e, pertanto, non richiede alcuna forma di autorizzazione del giudice – dalla teletrasmissione fonica della registrazione che, invece, essendo attinta da persone estranee alla conversazione (normalmente, agenti di polizia), deve essere autorizzata dall'autorità giudiziaria, a norma degli artt. 266 e segg. c.p.p.¹⁵².

Più persuasivo risulta, altresì, quell'orientamento che, pur espresso in materia di videoregistrazioni, molto opportunamente chiarisce la distinzione tra *documenti* e *atti del procedimento*. Mentre i primi sono atti probatori formati *fuori* dal procedimento penale; i secondi si formano *nel corso* delle indagini, rientrando dunque nella categoria della «documentazione dell'attività investigativa»¹⁵³. Le (video)registrazioni cessano, allora, di costituire una prova documentale allorchè avvengono d'intesa con la polizia giudiziaria o con strumenti da questa forniti. In tal caso esse si concretano in veri e propri atti di indagine che implicano un'oculta captazione (rispetto al soggetto o ai soggetti ignari) della conversazione ad opera della polizia giudiziaria e, poiché tale attività investigativa incide sul diritto alla segretezza delle comunicazioni, richiede necessariamente un controllo preventivo dell'autorità giudiziaria.

Sul punto è intervenuta anche la Corte costituzionale che, con sentenza n. 320 del 2009¹⁵⁴, ha respinto il tentativo del giudice rimettente, fondato sull'errato presupposto dell'esistenza di un “diritto vivente” in materia, di ottenere una pronuncia “additiva” con cui attribuire le garanzie della procedura di intercettazione alle forme di indagine in esame. Nel rilevare «un uso improprio dell'incidente di costituzionalità», la Consulta rammenta, infatti, al rimettente che poteva evitare il giudizio di costituzionalità semplicemente adottando una interpretazione analoga, *mutatis mutandis*, a quella da egli stesso invocata a fondamento delle proprie censure e, nella specie, ispirata alla trama argomentativa della sentenza delle Sezioni Unite n.26795/2006¹⁵⁵. La pronuncia, che si iscrive nella più volte richiamata scelta della Corte di condividere con i giudici comuni l'interpretazione *secundum constitutionem* della fattispecie legale, ha invero sollecitato alcuni importanti interventi giurisprudenziali, di legittimità e di merito, che hanno fissato, in una materia così magmatica, alcuni punti fermi. In una recente sentenza la Corte di Cassazione ha statuito, infatti, che le registrazioni

¹⁵⁰ V., per tutte, Cass Pen., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. Pen.*, 2004, 2094, con nota di L. FILIPPI, *Le Sezioni Unite decretano la morte dell'agente segreto “attrezzato per il suono”*. L'incompatibilità tra la nozione di intercettazione e la partecipazione allo scambio comunicativo dell'agente attrezzato per il suono è stata confermata da una copiosa giurisprudenza di legittimità. Cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2009, n. 16986, Abis, in *C.E.D. Cass.* n. 243256; Cass., Sez. VI, 1° dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, *ivi*, n.245774; Cass, Sez. VI, 16 marzo 2011, n. 31342, Renzi, *ivi*, n. 250534.

¹⁵¹ Cfr. Cass, Sez. II, 5 luglio 1988, Belfiore, in *Giur. It.*, 1990, II, 6, con nota di G. DEAN, *In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute: dall'art. 225-quinquies c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988*, Cfr., da ultimo, Cass., Sez. IV, 6 novembre 2008, n. 44128, Napolitano, in *Dir. Pen.Proc.*, 2009, con nota di F. DECAROLI, *Revirement sulle registrazioni con mezzi forniti dalla polizia*.

¹⁵² V., fra le altre, Cass., Sez. I, 13 gennaio 1999, n.3458, Di Cuonzo, in *C.E.D. Cass.*, n.213251 e Cass, Sez.I, 7 novembre 2007, n.46274, Ditto, in *C.E.D. Cass.*, n.238488.

¹⁵³ Cass. Pen., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, in *Dir. Pen., Proc.*, 2006, 13747, con nota di C. CONTI, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi “riservati”*.

¹⁵⁴ Corte Cost., sentenza 4 dicembre 2009, n.320, in *Giur. Cost.*, 2009, 4810 s., con osservazioni di M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, *ivi*, 4823 s. e di L. MILANI, *Ancora irrisolto il problema della riconducibilità delle captazioni operate dall' “agente attrezzato per il suono” alla disciplina delle intercettazioni nel corso delle indagini*, *ivi*, 4834 s..

¹⁵⁵ Il riferimento è alla citata sentenza Cass., Sez. Un., n. 26795 del 2006, Prisco.

fonografiche occulte effettuate d'intesa con la polizia giudiziaria, pur non potendo essere assimilate alle intercettazioni telefoniche o ambientali per un minore livello di intrusione nella sfera di riservatezza, vengono comunque ad incidere sul diritto alla segretezza delle comunicazioni «sicchè, ai fini della tutela dell'art. 15 Cost., è sufficiente un livello di garanzia minore rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, che può essere costituito anche da un decreto del pubblico ministero»¹⁵⁶.

L'impostazione della Cassazione non può condividersi sotto diversi profili.

Innanzitutto, non pertinente appare il collegamento da essa operato tra l'art. 15 Cost. e la diminuzione, quando si versi nel caso *de quo*, del livello di intrusione nella sfera privata, dato che la disposizione costituzionale non ammette riduzioni della garanzia a seconda della portata più o meno ampia delle limitazioni, ma prevede *senza eccezioni* l'operatività del meccanismo della doppia riserva. Quindi, nel caso in cui la captazione avvenga d'intesa con la polizia giudiziaria o con apparecchiature da essa fornite, risulta evidente che, rimanendo occulta la registrazione per gli interlocutori ignari ed attinta – sia pure nel momento finale – da terzi estranei (agenti di polizia), la captazione medesima si configura come una particolare *species* di intercettazione. Alla stregua dell'art. 15 Cost., ciò implica l'applicazione alla registrazione *de qua* della fattispecie legale di cui agli artt. 266 e segg. c.p.p. nonché l'insostituibilità dell'autorizzazione motivata del giudice terzo con il decreto del pubblico ministero.

Sembra, altresì, corroborare la tesi qui avanzata il fatto che la stessa Corte costituzionale dia per assunto che «l'intercettazione eseguita dalla polizia giudiziaria con il consenso di uno dei partecipanti alla conversazione necessita comunque dell'autorizzazione del giudice: perché si abbia intercettazione, difatti, non sarebbe necessario che tutti i conversanti ignorino che un terzo è in condizione di captare il messaggio, ma basterebbe che l'atto avvenga all'insaputa di almeno uno di essi. Ne costituirebbe conferma l'art. 266, comma 1, lettera f), cod. proc. pen. il quale, prevedendo che l'intercettazione possa essere disposta nei casi di ingiuria, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, dimostrerebbe che, anche quando è lo stesso denunciante a sollecitare l'intercettazione ed è quindi quasi sempre partecipe e comunque consapevole della conversazione recante ingiuria, molestia o disturbo, gli artt. 266-271 cod. proc. pen. debbono trovare applicazione»¹⁵⁷.

Infine, se può ritenersi fondata l'opinione di chi osserva che la *ratio* della decisione nomofilattica non sia orientata alla tutela della riservatezza del "contenuto" della conversazione, bensì ad una «specifica garanzia contro la forza pervasiva del potere pubblico»¹⁵⁸, proprio per questo la garanzia cui si riferisce il Supremo Collegio sembra potersi più correttamente collegare all'art. 8, Il co., della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ove esplicitamente è previsto il divieto di ingerenza nella sfera privata da parte dei pubblici poteri. La già rilevata¹⁵⁹ genericità del I comma del citato art. 8, che copre tutti gli aspetti della privatezza (compreso quello attinente alla corrispondenza) senza distinguere, come fa invece la nostra Carta Costituzionale, tra differenti ambiti di applicabilità, non permette di "aggirare" il precetto costituzionale di cui all'art. 15, dovendosi ritenere la disciplina garantista ivi contenuta prevalente rispetto a quella meno rigorosa prevista dalla norma convenzionale.

- VI . Riserva di legge "convenzionale" e giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di intercettazioni

Il corretto inquadramento delle questioni interpretative connesse al tema delle intercettazioni di comunicazioni, non può a tal punto prescindere dall'analisi della incidenza del diritto dell'Unione Europea e

¹⁵⁶ Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini, in *Guida Dir.*, 2010, 38, 75 s., con nota di P. GAETA, *Per utilizzare registrazioni tra presenti fatte dalla polizia giudiziaria è sufficiente un decreto del p.m. E' minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettativa*. Cfr., da ultimo, Trib. Milano, Sez. VII pen., 13 marzo 2012.

¹⁵⁷ Corte Cost., sentenza n. 320 del 2009, punto 6 *Cons. dir.*, in *Giur. Cost.*, cit., 4821.

¹⁵⁸ Così G. LEO. *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria per il ricorso al c.d. "agente segreto attrezzato per il suono"* (nota a Trib. Milano, Sez. VII pen., 13 marzo 2012), in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

¹⁵⁹ Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte alla nota 114.

della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno.

Innanzitutto deve evidenziarsi che anche nell'art. 8 della Convenzione europea è presente l'esigenza di bilanciamento tra la protezione della sfera privata e familiare (cui sono affiancate il domicilio e la corrispondenza¹⁶⁰) e i fini pubblici di sicurezza, di difesa dell'ordine e di prevenzione dei reati. Nella specie, poiché ogni intercettazione «riveste di per sé la caratteristica di ingerenza della pubblica autorità nella sfera privata»¹⁶¹, l'intromissione dei pubblici poteri nelle private comunicazioni, per considerarsi lecita, deve essere giustificata dalle menzionate finalità pubbliche e, soprattutto, prevista dalla legge.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha da tempo, in proposito, chiarito che il termine "legge" non deve essere inteso nella sua accezione esclusivamente "formale", ma in quella "sostanziale", che non rimanda ad un preciso procedimento di produzione normativa, quanto piuttosto ad una disciplina vincolante, così come l'hanno interpretata le giurisdizioni competenti¹⁶², e «in virtù della quale la decisione che autorizza l'ingerenza e la motivazione richiamata a giustificazione di essa siano, almeno nelle linee essenziali, prevedibili»¹⁶³. La disciplina normativa in questione deve anche possedere una determinata "qualità" che, per la Corte di Strasburgo, consiste nel porre regole di diritto che indichino con ragionevole chiarezza e precisione le modalità di esercizio del potere discrezionale conferito ai pubblici poteri e che dunque siano idonee a fornire adeguate garanzie contro gli eventuali abusi di potere delle autorità pubbliche¹⁶⁴. Pertanto, il principio di determinatezza può ritenersi soddisfatto solo se la norma sia accessibile, comprensibile e sufficientemente dettagliata¹⁶⁵.

La Corte ha, così, dichiarato l'illiceità di tutti quegli atti che configurano una lesione della riservatezza non prevista dalla legge nazionale¹⁶⁶, oppure prevista, ma non sufficientemente garantista nei confronti del soggetto che la subisce¹⁶⁷, il quale deve poter disporre di efficaci strumenti di controllo sull'esercizio del potere dell'autorità pubblica. A quest'ultima corre comunque l'obbligo di evitare la divulgazione di dati di natura privata¹⁶⁸ e, in caso contrario, di effettuare inchieste efficaci per chiarire le modalità della divulgazione punendo i responsabili.

¹⁶⁰ Pacifico si ritiene l'inquadramento della "comunicazione" nell'ambito della tutela apprestata dall'art. 8 alla «vita privata» e alla «corrispondenza». V., sul punto, V. ZENO ZENCOVICH, *Art. 8*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE – B. RAIMONDI – G. CONFORTI, Padova, 2001, 307 s..

¹⁶¹ Caso *Kopp c. Svizzera*, 25 marzo 1998. Cfr. Caso *Ludi c. Svizzera*, 15 giugno 1992.

¹⁶² Il riferimento è al Caso *Kruslin c. Francia*, 24.04.1990, in Foro It., 1991, IV, col. 84 e 85.

¹⁶³ Cfr., per tutti, Caso *Silver e altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983.

¹⁶⁴ Caso *Malone*, 2 agosto 1984. Cfr. Caso *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979 e Caso *Silver et alii*, cit..

¹⁶⁵ Corte e. d. u., sentenza 31 maggio 2005, *Vetter c. Francia*. La Corte europea ha, in particolare, statuito che «l'ingerenza nella vita privata attraverso strumenti di intercettazione deve essere minuziosamente disciplinata dalla legge, non soltanto in relazione ai casi in cui essa può essere attuata, ma anche nel modo attraverso il quale i dispositivi di intercettazione sono introdotti ed utilizzati» (Caso *Chalkey c. Regno Unito*, 12.06.2003; cfr. Caso *Hewitson c. Regno Unito*, 12.06.2003; Caso *Lambert c. Francia*, 24.08.1998; Caso *Kruslin c. Francia*, 24.04.1990).

¹⁶⁶ Caso *A. c. Francia*, 23.11.1993, in cui la Corte ha considerato illecita, ai sensi dell'art. 8, la registrazione di una comunicazione telefonica - effettuata da un interlocutore senza il consenso dell'altro, ma in accordo con un ufficiale di polizia giudiziaria - in quanto non prevista dalla legge francese. V. Corte e. d. u., sentenza 25.10.2007, *van Vondel c. Paesi Bassi*; Corte e. d. u., sentenza 01.03.2007, *Heglas c. Repubblica Ceca*; Corte e. d. u., 8 aprile 2003, *M.M. c. Paesi Bassi*.

¹⁶⁷ Si tratta del celeberrimo caso *Lambert c. Francia* (sent. 24.08.1998), sul quale v. le considerazioni di R.M. AVOLA FARACI, *Le intercettazioni telefoniche e la Corte Europea : il "caso Lambert"*, in *Legisl. Pen.*, nn. 1-2/1999, pt. III, 205 s.. Cfr., sul punto, anche il "caso *Godd*" (sent. 09.04.1984) - circa l'inadeguatezza della difesa d'ufficio e delle disposizioni sul gratuito patrocinio - e il "caso *Colozza*" (sent. 12.02.1985), circa l'inadeguatezza delle disposizioni sulla ricerca dell'imputato in ordine ad un giudizio in contumacia. Per un approccio storico v. M. CHIAVARIO, *"Cultura italiana" del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo : frammenti di appunti per una microstoria*, in *Riv. It. Dir. Umani*, 1990, 433 ss..

¹⁶⁸ La tutela dell'art. 8 della Convenzione si estende (v., in proposito, le considerazioni svolte alla nota 112) anche ai dati informativi della comunicazione, quali l'ora, la durata o il numero composto dal chiamante. Relativamente alla consegna di tali informazioni all'autorità di polizia, la Corte di Strasburgo ha stabilito che essa, ove manchi il consenso dell'abbonato, «si risolve in un'interferenza con il diritto garantito dall'art. 8 della Convenzione europea» (Caso *Malone*, di recente confermato dal Caso *H. c. Repubblica Ceca*, 1° marzo 2007, in cui si afferma che «l'elenco cronologico delle chiamate tra più utenze ricade sotto la protezione dell'art. 8 C.E.D.U. : come tali, l'acquisizione delle stesse in un processo penale costituisce ingerenza nella vita privata»). Dunque, limitazioni in proposito sono ammissibili solo se puntualmente previste dalla legge e nei casi considerati dal II comma dell'art. 8.

Questo è un punto irrinunciabile per i giudici di Strasburgo i quali, pronunciandosi proprio su un “caso “ italiano, hanno fissato regole fondamentali al riguardo.

Nel “caso *Craxi*”,¹⁶⁹ in particolare, la Corte Europea ha posto in evidenza che l’interesse pubblico a ricevere informazioni copre esclusivamente i fatti che sono connessi con le accuse mosse all’imputato : perciò, nel caso di specie, avendo le conversazioni pubblicate dalla stampa carattere strettamente privato e di scarsa o inesistente connessione con le imputazioni del ricorrente, la loro pubblicazione non corrispondeva ad alcuna pressante esigenza sociale. In tale contesto i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che le autorità pubbliche abbiano il dovere di porre in essere adeguate salvaguardie al fine di evitare la divulgazione di dati di natura riservata, il che implica, tra l’altro, il dovere di effettuare inchieste efficaci, di individuare precise responsabilità di custodia del materiale secretato nonché di tenere un’opportuna udienza-*stralcio* per scartare i dati irrilevanti o inutilizzabili.

Il punto più delicato della pronuncia resta, però, quello dei rapporti tra sfera di riservatezza dei personaggi pubblici – che la Corte, in generale, riconosce meno ampia di quella del privato cittadino, ma di certo non inesistente – e diritto di cronaca. In proposito la Corte afferma che, se è pur vero che un personaggio pubblico, soprattutto se uomo politico ed ex Presidente del Consiglio, si espone inevitabilmente e coscientemente ad un attento controllo da parte sia dei giornalisti che dell’opinione pubblica¹⁷⁰, tuttavia, nel caso in esame, la pubblicazione di conversazioni telefoniche strettamente private e non collegate alle imputazioni mosse al ricorrente, non risulta “proporzionata alle legittime finalità che avrebbero potuto essere perseguite”, per cui la *discovery* del materiale non rilevante risulta inutilmente afflittiva¹⁷¹.

La decisione, esemplare sotto il profilo della abusiva interferenza con la vita privata e con la riservatezza delle comunicazioni del ricorrente (ingerenza che il Tribunale di Milano, anche ai sensi dell’art. 15 Cost., avrebbe dovuto evitare preselezionando le conversazioni ritenute rilevanti in contraddittorio tra le parti¹⁷² e valorizzando il momento del c.d. *stralcio*), non si palesa altrettanto coerente in ordine alla sottovalutazione, da parte dei giudici europei, dell’interesse della comunità alla pubblicazione delle conversazioni private. Queste ultime, avendo ad oggetto anche circostanze che inerivano alla volontà del ricorrente di sottrarsi alla giustizia e di danneggiare la reputazione degli organi investigativi, di alcuni magistrati e di uomini politici, ben avrebbero potuto, invece, interessare l’opinione pubblica. In questo caso, infatti, emergendo un’ inquietante concezione dell’esercizio del potere, sarebbero state giustificate misure restrittive della riservatezza delle comunicazioni in quanto finalizzate, ex art. 8, Il c., Conv. europea, al mantenimento di una società democratica¹⁷³.

Il vaglio di conformità della disciplina italiana delle intercettazioni di comunicazioni alla normativa europea si è, infine, concentrato su una questione che, nel nostro Paese, ha spesso diviso dottrina e giurisprudenza. Ci si vuole riferire alla motivazione c.d. *per relationem* del decreto autorizzativo di intercettazioni telefoniche o ambientali.

Il caso è il noto *Panarisi c. Italia*¹⁷⁴. Oggetto della pronuncia è la prassi applicativa dei Tribunali italiani – ritenuta illegittima dal ricorrente – di autorizzare le intercettazioni sulla base di una motivazione irrualmente tratta dal giudice per le indagini preliminari mediante mero richiamo delle argomentazioni del pubblico ministero e degli organi di polizia (nella specie, i Carabinieri di Agrigento). La Corte, nel dichiarare insussistente la violazione dell’art. 8 della Convenzione europea, ha evidenziato che, nel caso *de quo*, il

¹⁶⁹ Ricorso *Craxi c. Italia*, sent. 17.07.2003, in *Cass. Pen.*, 2004, 679 s., con nota di A. TAMIETTI, *Intercettazioni telefoniche e garanzie a tutela del diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza dell'imputato : la Corte Europea interpreta estensivamente gli obblighi positivi dello Stato*, *ivi*, 686 ss..

¹⁷⁰ Il riferimento contenuto nella sentenza sul “caso *Craxi*” è al “caso *Lingens c. Austria*”, 08.07.1986.

¹⁷¹ V. sul punto TAMIETTI A., *Intercettazioni telefoniche*, cit., 688.

¹⁷² In senso adesivo v. l’opinione parzialmente dissenziente del giudice V. ZAGREBELSKY, in *Cass. Pen.*, 2004, cit., 683.

¹⁷³ Corte e. d. u., *Caso Matheron c. Francia*, 29 marzo 2005. Sul punto, ampiamente, v. G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., 179 s.

¹⁷⁴ Cfr. Corte e. d. u., sentenza *Panarisi c. Italia* del 10 aprile 2007 (ricorso n. 46794/1999), in *Cass. Pen.*, n. 10/2007, 3941 con osservazioni di A. BALSAMO (p.3943 s.).

ricorso alle intercettazioni ha costituito un efficace mezzo d'indagine ai fini della ricerca della prova dei fatti contestati al ricorrente; ha, altresì, riconosciuto che questi abbia comunque usufruito di un "controllo efficace", ovvero di strumenti processuali idonei a garantirgli la contestazione delle intercettazioni delle quali è stato oggetto¹⁷⁵. Nulla prova, inoltre, che il giudice italiano «abbia passivamente accettato le note dei Carabinieri e del pubblico ministero senza effettuare, prima di emettere la sua decisione, un esame critico del loro contenuto». Da ciò la Corte fa discendere la legittimità, ai sensi del citato art. 8, II co., delle ingerenze nel diritto del ricorrente al rispetto della riservatezza delle sue comunicazioni e la non compromissione dell'equità del processo.

A conclusione di questo breve *excursus* deve, dunque, rilevarsi che sia la disciplina legislativa che la prassi giurisdizionale italiana in ordine al procedimento autorizzativo delle intercettazioni telefoniche e ambientali, superando i vari test di "proporzionalità" e "controllo" implicati dall'art. 8 della Convenzione, sono stati ritenuti conformi agli *standards* richiesti dalla normativa europea, permanendo attualmente quali più rilevanti punti di frizione con quest'ultima quelli - peraltro non di poco conto - rilevati dalla Corte Europea nel "caso *Craxi*".

- VII. Il progetto di riforma della disciplina delle intercettazioni

L'evidente invasività dello strumento delle intercettazioni rispetto alla tutela della riservatezza delle comunicazioni nonché gli eventuali abusi nel suo utilizzo da parte della magistratura inquirente e dei *mass media*, rendono necessario riflettere su quali siano gli aspetti "migliorabili" della disciplina vigente alla luce delle disposizioni costituzionali.

Non sembra, all'uopo, adeguato il disegno di legge (d'ora in poi, d.d.l.– *ndr*) sulle intercettazioni che, dopo anni di discussioni, arenamenti, riprese dei lavori e nuove feroci polemiche, è stato approvato con modificazioni al Senato e attualmente giacente alla Camera¹⁷⁶ in attesa dell'ennesimo esame. Non si entrerà in questa sede nella disamina degli innumerevoli profili penalistici del d.d.l. – evidentemente non pertinente al costituzionalista – ma si tenterà di evidenziarne alcuni clamorosi profili d'incostituzionalità, con la consapevolezza che, come autorevolmente sostenuto¹⁷⁷, il bilanciamento degli interessi costituzionali ha rilevanza sul fronte penalistico processuale più ancora, forse, che su quello sostanziale. Il fine dichiarato per il quale è stato proposto il d.d.l. è quello di tutelare la *privacy* e la segretezza delle comunicazioni¹⁷⁸ dei cittadini. Sta di fatto che, in nome di tale virtuoso, ma forse pretestuoso proposito si rischia di compromettere beni ed interessi di pari rilevanza costituzionale.

Innanzitutto, il regime di pubblicazione degli atti - con la previsione di divieti pesantemente sanzionati, e perfino irrazionalmente estesi agli atti "non più coperti dal segreto", fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare – è chiaramente in contrasto con i valori riconducibili all'art. 21 Cost.¹⁷⁹ e riassumibili nella formula della c.d. "libertà istituzionale dell'informazione"¹⁸⁰

¹⁷⁵ Invero, già da tempo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 17 del 21 giugno 2000 (ricorso *Primavera*, in *Cass. Pen.*, 2001, 69 s.) avevano ritenuto legittima la motivazione *per relationem*, pur condizionandola alla concorrenza di precisi requisiti. Cfr. *Cass.*, Sez. Un., 31 ottobre 2001, n. 42792; *Cass.*, Sez. Un., 26 novembre 2003, n. 919; *Cass.*, Sez. Un., 29 novembre 2005, n. 2737.

¹⁷⁶ Il disegno di legge (S. 1611) è stato trasmesso dal Senato alla Camera dei Deputati in data 11.06.2010. L'esame, in seconda lettura, da parte della II Commissione permanente (Giustizia) della Camera (C.1415 –B), ha avuto inizio il 17.06.2010 e si è concluso il 28.07.2010. La discussione in Assemblea è iniziata il 30.07.2010. Per una puntuale disamina del d.d.l. v. D. GALLO, *La riforma delle intercettazioni nel d.d.l. Alfano*, in *www.costituzionalismo.it*, 17.11.2009.

¹⁷⁷ Cfr. S. BARTOLE, *Osservazioni conclusive*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale* (contributi raccolti da G. GIOSTRA e G. INSOLERA), Milano, 1998, 186.

¹⁷⁸ Altro argomento spesso invocato è l'altissimo costo delle intercettazioni. Il punto è che nel d.d.l., nonostante le retoriche proclamazioni, nulla è stato finora previsto circa l'eventuale imposizione alle società di gestione dell'obbligo di collaborare e di consentire agli organismi pubblici di poter effettuare i necessari controlli. Sembra, infatti, alquanto opportuno prevedere *ex lege* che le prestazioni obbligatorie avvengano senza corrispettivo specifico o, quanto meno, a fronte di rimborsi forfettari simbolici, facendosi rientrare il tutto tra le condizioni – clausole della concessione/autorizzazione.

¹⁷⁹ Molto chiaro in proposito V. ONIDA (*Una legge contro la Costituzione colpisce la nostra democrazia*, in *La Repubblica*, 23 maggio 2010, 7) : «E' incostituzionale prevedere un divieto di pubblicazione di notizie ed atti non più coperti da segreto. Se una notizia non è più coperta da alcun segreto ed è di interesse pubblico deve poter essere pubblicata». In senso critico sul d.d.l. intercettazioni v. anche

: una libertà inevitabilmente compressa dall'inaridimento delle fonti accessibili e compromessa da sanzioni pecuniarie, direttamente incombenti sugli editori ed indirettamente destinate ai giornalisti, il cui scopo non è quello di mero deterrente ma, data l'estrema onerosità¹⁸¹, la palese intimidazione; una libertà che si estrinseca in un processo circolare continuo, il circuito informativo appunto, e che il vano trascorrere del tempo, potrebbe «sterilizzare» a detrimento di «un'opinione pubblica consapevole e reattiva»¹⁸²; una libertà che «è un delicatissimo sistema di diritti e di doveri»¹⁸³ e che – come ha di recente sostenuto, nel caso *Dupuis c. Francia*, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – neppure il Parlamento può limitare fino al punto di «dissuadere la stampa dal partecipare alla discussione di problemi di legittimo interesse generale»¹⁸⁴.

La Corte Europea, in particolare, ha affermato che, non ammettendo l'art. 10, II co., Convenzione Europea, limitazioni della libertà di espressione nell'ambito del dibattito politico o delle questioni di interesse generale, il potere di apprezzamento degli Stati si arresta di fronte all'interesse delle società democratiche a garantire la libertà di stampa e che, proprio in virtù di tali ragioni, è opportuno essere particolarmente prudenti nel punire, per violazione del segreto istruttorio o del segreto professionale, dei giornalisti che esercitano la peculiare missione di *chiens de garde de la democratie* (ovvero di “cani da guardia della democrazia”)¹⁸⁵.

La Corte è giunta persino ad estendere la garanzia dell'art. 10 della Convenzione al caso¹⁸⁶ di alcuni giornalisti che, avendo pubblicato notizie riservate su un personaggio *non pubblico*, coinvolto in un giudizio penale per evasione fiscale e truffa in danno ad enti pubblici previdenziali, si erano limitati ad esercitare il diritto di cronaca su un argomento che, essendo d'interesse generale, aveva incoraggiato il dibattito pubblico.

Orbene, poiché l'Italia è vincolata ad uniformarsi alle interpretazioni che la Corte di Strasburgo dà delle norme della Convenzione europea (cfr. le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 e 39

M. RUOTOLO, *I provvedimenti in tema di giustizia del Governo Berlusconi : dalla sospensione dei processi alla limitazione delle intercettazioni telefoniche*, in www.costituzionalismo.it, 27 giugno 2008.

¹⁸⁰ Così A. PACE, *In gioco una libertà costituzionale*, da *La Repubblica*, 23 maggio 2010, 29.

¹⁸¹ Si veda, in proposito, la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (caso *Riolo*,) del 17 luglio 2008. Molto significativa è, a tal riguardo, la conclusione della Corte di Strasburgo circa la suscettibilità delle condanne risarcitorie per diffamazione a mezzo stampa di operare una sorta di dissuasione nei confronti dei giornalisti dal continuare ad informare il pubblico su temi di particolare interesse per l'opinione pubblica. Nei casi, come quello *de quo*, di condanna ad un risarcimento troppo elevato, la Corte ha infatti ravvisato una interferenza sproporzionata con il diritto di cronaca e con la libertà d'espressione, come tale, non necessaria in una società democratica.

¹⁸² Così S. RODOTA', *La legge che ordina il silenzio stampa*, in www.larepubblica.it/rubriche/, 08.05.10. Nello stesso senso v. anche G. FERRARA, *Quel bavaglio che opprime la sovranità popolare*, in www.costituzionalismo.it, 27.05.2010, il quale lamenta la «compressione di una delle grandi conquiste della modernità : la libertà di manifestazione del pensiero di chi informa, di chi è informato. In discussione è il fondamento della Repubblica».

¹⁸³ G. ZAGREBELSKY, *Se la norma infrange il diritto*, in www.larepubblica.it, 11.06.2010.

¹⁸⁴ Corte e. d. u., sentenza *Dupuis et alii v. Francia* del 7 giugno 2007 (ricorso n. 1914 del 2002). Il caso *de quo* riguarda due giornalisti francesi (Jerome Dupuis e Jean-Marie Pontaut) che avevano pubblicato notizie coperte da segreto istruttorio e professionale, in quanto scaturenti da registrazioni ed intercettazioni telefoniche illegali. La vicenda, che ha avuto vasta eco in Francia, concernendo un personaggio molto noto, ex collaboratore di Mitterrand, è stata ritenuta dalla Corte Europea di considerevole interesse pubblico e la condanna dei giornalisti, da parte della magistratura francese, illegittima perché comportante la violazione dell'art. 10 Cedu. La Corte europea, in particolare, pur ammettendo la violazione da parte dei due autori delle norme sul segreto istruttorio, ha riconosciuto prevalente l'esigenza del pubblico di essere informato sul procedimento giudiziario in corso e sui fatti oggetto della pubblicazione e ha invertito l'onere della prova: non spetta ai giornalisti dimostrare la non violazione del segreto istruttorio, ma sono le autorità nazionali che debbono dimostrare in quale modo «la divulgazione di informazioni confidenziali può avere un'influenza negativa sulla presunzione di innocenza» di un indagato. In caso contrario, la protezione delle informazioni coperte da segreto non «è un imperativo preponderante». Imprescindibile rimane, invero, la buona fede dei giornalisti e il loro rispetto per le regole di deontologia professionale, prima fra tutte la pubblicazione di dati esatti e informazioni autentiche e precise.

¹⁸⁵ Illegittimo, sul piano della normativa costituzionale ed europea, deve allora considerarsi l'emendamento del Pdl, approvato il 5 ottobre 2011 in Commissione Giustizia alla Camera, in virtù del quale è previsto il carcere da sei mesi a tre anni per i giornalisti che pubblicino intercettazioni “irrelevanti”, scovre cioè da qualsiasi elemento penalmente rilevante. Il *black out* informativo vieta di riportare il contenuto delle intercettazioni, sia pure solo per riassunto, impedendo di fatto di sapere alcunché delle inchieste in corso. A seguito di tale proposta, l'on.le Giulia Bongiorno, relatrice del testo in Commissione Giustizia, ha per protesta lasciato l'incarico.

¹⁸⁶ Corte e. d. u., sentenza *Eerikainen et alii v. Finlandia* del 10 febbraio 2009.

del 2008)¹⁸⁷, deve concludersi che, sotto l'aspetto relativo alla libertà di espressione ed informazione, il d.d.l. non riuscirebbe a superare il vaglio di conformità alla Convenzione europea da parte della Corte di Strasburgo¹⁸⁸.

Inoltre, l'impianto legislativo affievolisce, in concreto, l'azione penale della magistratura, in contrasto sia con l'art. 112, sia con lo stesso art. 15 Cost., così come interpretato dalla sentenza n. 34 del 1973. Sono state, infatti, estese le regole restrittive previste per le intercettazioni telefoniche anche all'acquisizione dei dati del traffico telefonico (cc.dd. tabulati), in difformità a quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 281 del 1998 ed è stata prevista una limitazione delle intercettazioni ambientali che ne impedirebbe quasi completamente l'utilizzo, perché ristretta ai soli casi in cui vi sia fondato motivo che nei luoghi ove è disposta l'intercettazione si stia commettendo il reato. Inoltre, nel caso in cui, a fine processo, il fatto risulta diverso da quello che si era ipotizzato inizialmente, le intercettazioni divengono inutilizzabili¹⁸⁹. Infine, le disposizioni inerenti l'autorizzazione demandata al Tribunale collegiale e l'accentramento territoriale sono destinate ad appesantire enormemente ed irragionevolmente gli ingranaggi della giustizia, con grave pregiudizio della tempestività e del buon esito dell'indagine.

Criticabile è, poi, la scelta legislativa di una durata rigidamente definita delle operazioni di intercettazione e non commisurata alla natura (tendenzialmente permanente) di alcuni fenomeni criminali, come, ad esempio, tutte le forme di criminalità organizzata, la pedofilia, il traffico di stupefacenti, le associazioni finalizzate a commettere rapine, lo sfruttamento della prostituzione, i reati contro la pubblica amministrazione, etc.. Anche l'elencazione limitata dei reati per i quali è consentito l'utilizzo delle intercettazioni quale mezzo di ricerca della prova indebolisce la lotta alla criminalità, specie se di matrice mafiosa o terroristica, in quanto spesso si parte con indagini dirette ad accertare i cc.dd. "reati-mezzo" (falsificazione di documenti, estorsione, riciclaggio, bancarotta, turbativa d'asta, usura, etc.) – che non sono reati necessariamente "mafiosi" – per poi risalire ai reati più gravi. E pertanto, l'utilizzo di uno degli strumenti investigativi più efficaci contro i crimini, specie quelli che destano maggiore allarme sociale, rischia di essere fortemente depotenziato. Non può, infine, condividersi la prevista introduzione di un art. 616 *bis* nella parte in cui stabilisce tra le cause di non punibilità – in merito alla effettuazione fraudolenta di riprese o registrazioni di comunicazioni e conversazioni a cui partecipa, o comunque effettuate in sua presenza – la circostanza che le riprese o le registrazioni siano operate, ai fini dell'attività di cronaca, da giornalisti appartenenti all'ordine professionale. Poiché, infatti, le altre due cause di non punibilità attengono all'esercizio di "potere" – nell'ambito di un procedimento amministrativo od ordinario (lett. a) e nell'ambito di attività di difesa della sicurezza dello Stato (lett. b) – sorge il rischio di equiparare a tali ultimi ambiti, anche quello che pertiene al diritto di cronaca e che, ai fini della sua miglior tutela, non può essere ricondotto ad esercizio di "potere", bensì ad esercizio di libertà¹⁹⁰.

- VIII. Conclusioni

¹⁸⁷ In particolare, con le recenti sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la Consulta ha affermato che, «con riguardo all'art. 117, primo comma, Cost., le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi...Gli Stati contraenti sono vincolati ad uniformarsi alle interpretazioni che la Corte di Strasburgo dà delle norme della Cedu (Convenzione europea dei diritti dell'Uomo)» (così Corte Cost. n. 39 del 2008).

¹⁸⁸ Invero, di recente, è intervenuta in materia perfino l'O.N.U.. In particolare, in una nota ufficiale, Frank La Rue, relatore speciale per la libertà d'espressione dell'ONU, ha rivolto un appello al Governo italiano affinché "abolisca o modifichi il disegno di legge" che, se adottato, comprometterebbe il diritto all'informazione di tutti i cittadini e quello di cronaca dei giornalisti. Con riguardo a questi ultimi, La Rue precisa che l'impianto legislativo potrebbe ostacolare il lavoro specie in relazione ad "inchieste su questioni di interesse pubblico, come la corruzione, data l'eccessiva lunghezza dei processi in Italia, come messo in evidenza ripetutamente dal Consiglio d'Europa".

¹⁸⁹ Se, ad esempio, si procede per un'ipotesi di truffa e, nelle more, si scopre anche l'eventualità dell'omicidio (si pensi al caso della Clinica S. Rita di Milano, in cui si effettuavano interventi inutili o nocivi per la salute, fino all'epilogo estremo), le intercettazioni relative alla seconda fattispecie di reato divengono inutilizzabili, e si può procedere solo in base a quelle che sono state autorizzate ai fini della truffa, con inequivocabile pregiudizio delle esigenze di repressione penale e dei diritti delle persone offese.

¹⁹⁰ In questo senso v. A. PACE, *Intervento al Teatro Quirino di Roma – 31 maggio 2010 – nell'ambito dell'iniziativa "No al bavaglio – Letture per la libertà di stampa"* (Video su *micromega on line*).

Da tali notazioni critiche si evince che il progetto di riforma della disciplina delle intercettazioni non si presenta né organico, né razionale ma, sotto vari profili, incostituzionale. Ciò non vale, altresì, ad ignorare che vi siano aspetti della normativa vigente non del tutto compatibili con il dettato costituzionale.

Gli artt. 266 e segg. c.p.p. si muovono generalmente nel rispetto sia degli artt. 15 e 112 Cost., sia delle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale nella celeberrima sentenza n. 34 del 1973. La disciplina legislativa in vigore contiene, infatti, tutte le garanzie indicate dalla Consulta affinché il magistrato possa legittimamente autorizzare limitazioni del diritto costituzionale in oggetto, prevedendo il suo intervento, sempre adeguatamente “motivato”, non solo nel momento dell’autorizzazione e della proroga dell’intercettazione, bensì anche in quello di determinazione dell’utilizzazione dei risultati¹⁹¹. Ed anche nei casi di urgenza, in cui il pubblico ministero provvede di propria iniziativa a disporre l’intercettazione, il decreto motivato di quest’ultimo è, comunque, soggetto a convalida da parte del giudice. E’, poi, formalmente previsto (art. 267 c.p.p.) che le operazioni intercettative costituiscono soltanto una delle possibili tecniche di ricerca della prova e che il giudice per le indagini preliminari, su richiesta del p.m., può autorizzarle con decreto motivato solo quando sussistano gravi indizi di reato e l’intercettazione risulti assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione dell’indagine. Nel rispetto della tutela costituzionale della riservatezza delle comunicazioni è inoltre fissato, ex art. 270 c.p.p., il principio generale¹⁹² del divieto di utilizzabilità dei risultati di intercettazioni legittimamente disposte in un procedimento diverso da quello in cui le stesse sono state autorizzate (cc.dd. intercettazioni “a strascico”) e che ammette, come unica eccezione, la indispensabilità dei risultati delle intercettazioni ai fini dell’accertamento di delitti particolarmente gravi. L’operatività limitata di tale eccezione si è, del resto, resa necessaria onde evitare che l’intervento del giudice, prescritto dal II comma dell’art. 15 Cost., trasformi l’irrogazione di concrete restrizioni alla predetta libertà «in un’inammissibile autorizzazione in bianco a disporre le intercettazioni, con conseguente lesione della sfera privata»¹⁹³.

Rimane, infine, imprescindibile per il giudice che deve autorizzare, o prorogare, o disporre l’utilizzabilità o meno delle operazioni di captazione, emettere un provvedimento “scrupolosamente” motivato¹⁹⁴, in modo da consentire alle parti sia di esercitare un adeguato controllo sulla legalità delle intercettazioni, sia di verificare il corretto uso del potere conferitogli¹⁹⁵.

Deve, a questo proposito, rilevarsi che i giudici di legittimità hanno recentemente intrapreso un percorso ermeneutico rigoroso rafforzando maggiormente, in ordine all’opportunità di utilizzazione di tale tecnica d’indagine, il principio di una corretta e ponderata valutazione da parte del giudice terzo, considerato il più alto presidio di garanzia del diritto costituzionale in oggetto. In tale ottica va letta la recente pronuncia della Corte di Cassazione, n. 12722 del 2009, la quale ha confermato la sanzione di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, irrogata dal giudice di merito, stabilendo che la motivazione dei decreti autorizzativi di intercettazioni telefoniche, «nel chiarire le ragioni del provvedimento in ordine alla indispensabilità del mezzo probatorio ai fini della prosecuzione delle indagini ed alla sussistenza dei gravi indizi di reato, deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l’intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo ad una specifica persona, indicando pertanto il collegamento tra l’indagine in corso e la medesima persona»¹⁹⁶.

I punti deboli della disciplina sono pochi, ma determinanti. Si pensi al regime del c.d. stralcio.

¹⁹¹ Vi è chi, in proposito, ha ritenuto che la riserva di giurisdizione, per garantire sufficientemente i diritti di difesa e del contraddittorio, deve operare soltanto nel momento di utilizzazione dei risultati, e non anche all’inizio o durante l’intercettazione. Cfr. V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, 115.

¹⁹² Cfr. Corte Cost., sentenza n. 366 del 1991, cit.

¹⁹³ Corte Cost., sentenza n. 63 del 1994, in *Cass. Pen.*, 1994, 1477. Per una puntuale analisi dell’art. 270 c.p.p. v. F. RUGGIERI, *Divieti probatori ed inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 102 s.

¹⁹⁴ Si veda il punto 2 *Cons. dir.* della sentenza Corte Cost., n. 34/1973, cit., 330.

¹⁹⁵ Sul punto v. F. RUGGIERI, *Divieti probatori*, cit., 102, che qualifica la motivazione «elemento caratterizzante la legittimità della restrizione del diritto».

¹⁹⁶ Corte Cass., Sez. VI, sentenza n. 12722 del 12 febbraio 2009.

Una delle fasi più rilevanti dell'acquisizione del materiale utilizzabile ai fini delle indagini, è senza dubbio quella del c.d. "stralcio" delle comunicazioni e conversazioni di cui è vietata l'utilizzazione in quanto manifestamente irrilevanti per il processo. Invero, l'art. 268, 6° comma, c.p.p. non prevede a tal fine la fissazione di un'apposita udienza, anche perché nella disposizione manca del tutto una disciplina di instaurazione del contraddittorio tra le parti.

Essendo, però, questa una fase particolarmente delicata del processo in quanto "costituzionalmente" rilevante per la garanzia dei molteplici interessi coinvolti, si ritiene fondamentale potenziare siffatto meccanismo prevedendo la tenuta obbligatoria, a pena di decadenza, di una udienza-stralcio in cui garantire il corretto dispiegarsi del contraddittorio.

E' la stessa Corte costituzionale a stimolare implicitamente il legislatore in tal senso intervenendo proprio sull'art. 268 c.p.p. al fine di potenziare il diritto di difesa del soggetto sottoposto a misura cautelare. Con sentenza "additiva" n. 336 del 2008 è stata, infatti, dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma *de qua*, nella parte in cui non prevede il diritto del difensore ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o di comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

La sentenza, facendo scaturire dal testo legislativo una più ampia portata normativa, ha prodotto, sul piano della concretizzazione del principio, alcuni problemi interpretativi che, come accade ormai di frequente, è toccato affrontare al giudice (in questo caso) di legittimità. La Corte di Cassazione si è, infatti, trovata di fronte alla necessità di dover chiarire il tipo di "patologia" conseguente alla violazione del diritto riconosciuto dalla sentenza della Consulta. A tal fine il Supremo Collegio ha distribuito l'onere di diligenza tra accusa e difesa, precisando che il pubblico ministero deve adempiere all'obbligo di organizzarsi al fine di rendere effettivo il diritto riconosciuto dalla sentenza della Corte costituzionale, mentre al difensore spetta l'onere della tempestività, affinché la richiesta venga proposta in tempo utile. Pertanto, la violazione del diritto all'ascolto dei nastri, non si concreta in una sopravvenuta inefficacia della misura cautelare, bensì nell'effetto di "inutilizzabilità *pro tempore* a richiesta" delle conversazioni *de quibus*, fino al momento in cui il difensore che abbia tempestivamente richiesto i nastri, ne acquisisca la materiale disponibilità.

La sanzione della inutilizzabilità si ritiene particolarmente adeguata a sottolineare l'importanza di un "momento" processuale in cui, mirando all'acquisizione della prova nel contraddittorio delle parti e al vaglio di utilizzabilità e rilevanza ai fini di prova di conversazioni legittimamente attinte, massima dovrebbe ritenersi la soglia di garanzia da apprestare alla libertà di cui all'art. 15 Cost.. Dovrebbe, infatti, essere questa la fase del processo in cui, dinanzi ad un giudice terzo, tutte le parti, in contraddittorio tra loro, si assumono la precisa responsabilità di indicare quali conversazioni ritengano rilevanti, rispettivamente, per l'accusa e per la difesa. Al termine dell'udienza il giudice dovrebbe essere obbligatoriamente tenuto a stabilire, con suo provvedimento motivato, quali intercettazioni siano utilizzabili ai fini processuali e quali, invece, siano da ritenere superflue, insignificanti o acquisite in modo illegittimo, disponendone la relativa distruzione. Fino a questo momento, nessuna conversazione dovrebbe essere pubblicata in alcuna forma¹⁹⁷, neppure se utilizzata in provvedimenti giurisdizionali, pena l'irrogazione di pesanti sanzioni. Dopo tale udienza, invece, dovrebbero ritenersi illegittime ulteriori compressioni del diritto di cronaca e di corretta informazione, sempre che la pubblicazione riguardi le sole conversazioni valutate dal giudice come rilevanti e che quelle irrilevanti per le indagini, ex art. 8 della Convenzione europea, non siano comunque di interesse pubblico. E' evidente, dunque, che occorrerà distruggere sia le intercettazioni di conversazioni che riguardano persone estranee all'indagine, sia quelle – sia pure relative agli indagati – del tutto ininfluenti ai fini dello svolgimento delle indagini e della corretta informazione dell'opinione pubblica.

Con particolare riguardo al regime delle pubblicazioni, poi, è da sottolineare la coesistenza di un consistente

¹⁹⁷ E' stato, in proposito, autorevolmente sostenuto che «la divulgazione in forma generalizzata e integrale degli atti d'indagine (...) tende a corrompere la linearità del procedimento penale (...), vanificando le garanzie costituzionalmente riservate ai soggetti coinvolti (...). Si tratta di un'eterogeneità dei fini, che stravolge e corrompe la natura dell'indagine penale» (così V. DELLA MURA, *L'indagine penale ai tempi di «Dagospia»*, cit., 6).

numero di disposizioni¹⁹⁸ che, prevedendo una disciplina non tassativa, ingenerano confusione, se non il surrettizio aggiramento delle norme più garantiste¹⁹⁹. Ed è proprio l'inadeguatezza dell'attuale meccanismo previsto dal codice di procedura penale per l'acquisizione agli atti del processo delle sole conversazioni rilevanti per lo stesso, a mettere a disposizione dell'opinione pubblica, in modo indiscriminato, un ampio materiale di documentazione di conversazioni telefoniche che, per tutelare non solo i soggetti coinvolti nel procedimento penale ma, *in primis*, i terzi estranei ai fatti, dovrebbero essere oggetto di una ben più adeguata selezione e valutazione.

A ciò è strettamente collegato, infine, un altro punto nevralgico della disciplina vigente: sarebbe opportuno, infatti, che il legislatore riveda incisivamente anche le norme sul segreto investigativo e istruttorio, individuando il responsabile della custodia degli atti contenenti i risultati delle operazioni di intercettazione ed irrogando severe sanzioni in caso di violazioni o abusi.

Dalle considerazioni che precedono consegue che non possano considerarsi legittime le cc.dd. intercettazioni "preventive" di cui all'art. 226 disp. attuaz. c.p.p., che è stato riformulato ad opera dell'art. 5 del d.l. n. 374 del 2001, convertito con modificazioni in l.n. 438 del 2001. In base a tale disposizione è possibile che il Ministro dell'Interno o, su sua delega, anche altre autorità di pubblica sicurezza, richiedano al Procuratore della Repubblica l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni – di qualunque genere – quando ciò sia necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di taluni gravissimi delitti e in assenza di convalida giudiziale.

Come è stato opportunamente rilevato²⁰⁰, tali previsioni appaiono contrastanti, non nel contenuto ma nelle forme, con i precisi limiti fissati ex art. 15, II co., Cost., specie con riguardo alla riserva di giurisdizione. Mentre infatti, sul versante della scelta legislativa, può considerarsi ammissibile l'utilizzo delle intercettazioni preventive, non sembra affatto costituzionalmente compatibile un atto di disposizione delle operazioni di captazione da parte del p.m. – sia pure nella persona del Procuratore Generale – del tutto avulso dal controllo, anche solo successivo, da parte del giudice terzo, sulla legalità delle intercettazioni. In generale, infatti, per conformità all'art. 15 Cost., si dovrebbe impedire qualsiasi forma di abuso o "strapotere" del p.m. che, pur essendo organo giudiziario, riveste sempre e comunque la funzione di "parte pubblica" all'interno del processo, come tale non provvisto dei richiesti requisiti di "terzietà" rispetto al giudizio e alle parti private. Ulteriori perplessità suscita, infine, la tematica delle cc.dd. intercettazioni "epistolari" del detenuto, nelle quali non rileva tanto la qualità di persona *in vinculis* del soggetto di diritto, quanto invece una prassi investigativa potenzialmente lesiva delle previsioni dell'art. 15 Cost. La questione è particolarmente delicata poiché avente ad oggetto una forma di "intercettazione" del contenuto della corrispondenza epistolare, da parte del p.m., avulsa da formali previsioni normative e, dunque, implicante un procedimento di acquisizione della prova non legislativamente contemplato ed in assenza di un'autorizzazione da parte del giudice.

La Corte di Cassazione, investita ripetutamente del caso, si è espressa non sempre in modo univoco.

Il Supremo Collegio ha dapprima "bollato" la tecnica investigativa *de qua* come forma atipica di intercettazione²⁰¹, per cui l'assunzione della relativa prova senza autorizzazione del giudice, ne provoca la

¹⁹⁸ Ci si riferisce all'art. 114, I co., c.p.p. che vieta in generale la pubblicazione degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto; all'art. 114, II co., c.p.p. che vieta la pubblicazione anche parziale di atti non più coperti da segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare; all'art. 114, VII co., c.p.p. che consente sempre la pubblicazione del contenuto degli atti non coperti dal segreto; all'art. 268, VI co., c.p.p. relativo al deposito di atti a conclusione delle operazioni di intercettazioni; nonché all'art. 329 c.p.p., che considera gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria non più coperti dal segreto quando l'imputato ne possa avere conoscenza.

¹⁹⁹ I varchi consentiti dalla eterogeneità delle norme citate nella nota precedente implicano spesso il depotenziamento della portata normativa delle disposizioni sanzionatorie, pur severissime, dei divieti ivi contenuti: come, ad esempio, l'art. 170 del d. lgs. n. 196 del 2003 (c.d. Codice della privacy) che punisce la pubblicazione di notizie private prive di interesse pubblico con la reclusione da tre mesi a due anni o l'art. 15 del Codice che, nel caso precitato, è fonte di responsabilità risarcitoria per danno.

²⁰⁰ V. E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi*, cit., 244, il quale specifica che «non appare pienamente giustificato, dal punto di vista della proporzionalità, la scelta del legislatore di attenuare le garanzie proprio con riferimento al tipo di intercettazioni per le quali dovrebbero essere maggiori».

²⁰¹ Cass. Pen., Sez. II, 23 maggio – 13 giugno 2006), n. 20228, Rescigno, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 8/2007, 1049 s., con nota di A. CHELO

inutilizzabilità. Due i punti di forza della pronuncia : l'utilizzabilità deve essere sempre subordinata all'esecuzione di un legittimo provvedimento acquisitivo, «immune da vizi che incidano negativamente sull'esercizio di diritti soggettivi irrinunciabili di rango costituzionale»²⁰²; in secondo luogo, l'atto con il quale il p.m. dispone, senza autorizzazione del giudice, l'acquisizione in copia di tutta la corrispondenza diretta ad un detenuto è da ritenersi abnorme. Il risultato probatorio delle intercettazioni epistolari, in quanto ottenuto in violazione dei diritti costituzionali di cui all'art. 15 Cost. integra, dunque, gli estremi della "prova incostituzionale"²⁰³, e non semplicemente "atipica"²⁰⁴.

A poco più di un anno di distanza, il Supremo Collegio è tornato ad occuparsi di intercettazioni epistolari²⁰⁵, questa volta sancendone la legittimità in quanto, nel caso di specie, l'atto con cui si è disposta l'acquisizione probatoria *de qua* è un provvedimento del giudice per le indagini preliminari, emesso su richiesta del pubblico ministero, in cui si autorizza il controllo (ovvero l'intercettazione) della corrispondenza con eventuale sequestro di quella rilevante per le indagini. La Cassazione, in particolare, ritiene che l'atto autorizzativo sia parificabile ad un provvedimento di intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche ex artt. 266 e segg. c.p.p. e, se pure tale mezzo di prova non sia specificamente ed autonomamente disciplinato dal c.p.p., può ugualmente essere utilizzato, a differenza della fattispecie oggetto della sentenza n. 20228 del 2006, sia perché non oggettivamente vietato, sia perché la prova è stata formata in modo da garantire i diritti fondamentali della persona. La Corte ammette, dunque, nel caso di intercettazioni epistolari, il ricorso all'interpretazione analogica, facendo leva sugli artt.266 e segg. c.p.p.. Invero, alcun cenno a tali ultime disposizioni in materia di intercettazioni è presente nell'ultima sentenza della Corte di Cassazione in materia di intercettazioni epistolari²⁰⁶ che, invece, fa espresso riferimento alla sentenza n. 20228 del 2006. I giudici di legittimità – nel censurare il provvedimento con cui il p.m. ordinava alla direzione del carcere di intercettare la corrispondenza in uscita di un detenuto, aprendo le buste, fotocopiando le lettere e richiudendo le buste con accorgimenti tesi a celare la loro previa apertura sia al destinatario che al mittente – hanno puntualizzato che «la corrispondenza del detenuto, non costituisce *res* di cui possa dirsi avere la disponibilità l'amministrazione carceraria... essa è invero di pertinenza esclusiva del detenuto, che ha il diritto di vederla inoltrata, e solo lo speciale provvedimento del visto di controllo, implicando l'apertura dei plichi, autorizza l'autorità giudiziaria a verificarne il contenuto e ad estrarne eventualmente copia»²⁰⁷. E comunque, secondo la Corte, neppure all'autorità giudiziaria è data la possibilità di disporre occultamente l'«apprensione del contenuto della corrispondenza dei detenuti... dato che, a norma dell'art.38, co.10, reg. pen... il detenuto, già prima delle modifiche recate dalla l. n. 95 del 2004, doveva essere "immediatamente informato che la corrispondenza è stata trattenuta", e ora analogamente dispone l'art.18 *ter*, co.5, ord.pen.»²⁰⁸.

MANCHIA, *Acquisizione di corrispondenza o "intercettazione epistolare"?*, *ivi*, 1051 s., il quale molto efficacemente considera la motivazione dei giudici di legittimità dettata più che da un senso di "garantismo", da un senso di "costituzionalismo".

²⁰² Cass. Pen., n. 20228/2006, in *Cass. Pen.*, n. 10/20087, 3801 con nota di L. CALO', *Quali garanzie per la "vecchia" corrispondenza?*, *ivi*, 3802, il quale, nel condividere la pronuncia di legittimità, ne evidenzia la sommarietà della motivazione, specie con riguardo all'insoluto problema dell'interpretazione analogica di norme aventi ad oggetto legittime limitazioni ai diritti fondamentali.

²⁰³ D'altronde, già con sentenza n. 34/1973, successivamente confermata dalla sentenza n. 81/1993, la Corte costituzionale aveva inequivocabilmente evidenziato che «attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito (punto 2, *Cons. dir.*, parte finale). Inoltre, dalla costituzionalizzazione del "giusto processo" consegue «la necessità di prevedere percorsi garantiti nella formazione e valutazione della prova» (Così G. SPANGHER, *"E pur si muove": dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*, in *Giur. Cost.*, 2001, 2829). Cfr. Corte Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio, in *Cass. Pen.*, 2004, cit., 29, in cui si censura «l'apertura di varchi preoccupanti nella tassatività e nella legalità del sistema probatorio».

²⁰⁴ In quest'ultimo caso, infatti, la prova – se lecitamente formata – deve ritenersi ammissibile.

²⁰⁵ Cass., sez. V, 18 ottobre 2007 (dep.23 gennaio 2008), n. 3579, Costa, in *Cass. Pen.*, n.12/2009, 621 s., con nota di L. CALO', *Art. 15 Cost.: quello strenuo conflitto tra garanzia e limitazione della corrispondenza*, *ivi*, 624 s..

²⁰⁶ C. Cass., sez. VI, 10 dicembre 2009, n. 47009, in www.dirittoprocesso.com.

²⁰⁷ C. Cass. n. 47009/2009, cit., 7.

²⁰⁸ C. Cass. n. 47009/2009, cit., 6.

Nell'apprezzare una sempre più consapevole interpretazione "costituzionalmente orientata" della giurisprudenza di legittimità, non può sottacersi che non si sia formato sul punto alcun "diritto vivente" e, specie nel caso della seconda pronuncia di legittimità considerata, l'utilizzo dell'interpretazione analogica in ambito penale, tanto più quando si tratti di un diritto fondamentale, favorisce il rischio di esporre tale diritto a gravi menomazioni, conseguenti all'elusione del principio di tassatività delle norme incriminatrici (art. 25 Cost., art. 14 Preleggi, art. 1 c.p.). A ciò si aggiunga che l'intercettazione telefonica comporta, per definizione, la captazione clandestina di una comunicazione che invece sembrerebbe esclusa dalla citata sentenza n. 47009 del 2009, laddove esplicitamente si nega l'apprensione "in forma occulta" del contenuto della corrispondenza.

L'invito è, dunque, rivolto al legislatore affinché appresti, anche per le intercettazioni epistolari, le garanzie previste dall'art. 15 Cost., in modo da consentire che le eventuali restrizioni siano opportunamente (e cioè, sia legislativamente che giudizialmente) autorizzate, nella consapevolezza che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni intersoggettive non possa mai essere «sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali» (Corte Cost. n. 34 del 1973).

Debbono, comunque, essere ritenute conformi all'art. 15, II co., Cost. eventuali, più rigorose, restrizioni disposte in ordine alla commissione dei reati di maggiore allarme sociale (si pensi ai reati di mafia o terrorismo)²⁰⁹ : in questi casi, infatti, limitazioni meno rigorose comprometterebbero l'efficacia dell'azione penale, bene di pari rango costituzionale rispetto al diritto di comunicare riservatamente, e che non tende solo a soddisfare un interesse primario (e generale) della collettività, ma anche quello delle cc.dd. vittime²¹⁰, le persone offese dai reati, che sono innanzitutto singoli individui con altrettanti specifici diritti da non ritenere affievoliti, sul piano costituzionale, rispetto a quelli dei colpevoli, ma parimenti rilevanti.

²⁰⁹ I pericoli per l'incolumità pubblica, la sicurezza nazionale e la generale prevenzione del crimine hanno indotto, infatti, anche la Corte di Strasburgo ad una diversa "ponderazione" dei diritti in conflitto «nel senso che le conclusioni ricavabili relativamente alla loro portata in riferimento a situazioni "normali" non sono più necessariamente le stesse quando si ha a che fare con la grande criminalità» (così CHIAVARIO M., *Grande criminalità e diritti dell'uomo nell'odierna fase di travaglio delle democrazie europee*, in *Documenti Giustizia*, 1997, 320).

²¹⁰ Sulla necessità che le esigenze di difesa sociale postulino «una rivalutazione della difesa del cittadino-vittima della criminalità» v. F. BRICOLA, *Art. 25, cit.*, 229. Sul tema della "riscoperta delle vittime" v. F. MANTOVANI *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 430s.; G. GEMMA, *Diritti costituzionali e diritto penale*, cit., 498-500.