

DIRITTO ALLA RISERVATEZZA
E PRETESA PUNITIVA DELLO STATO
NELLA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI:
UN BILANCIAMENTO DA RIPENSARE

SOMMARIO: 1. Diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato: un equilibrio instabile. – 2. Una premessa fondamentale: il duplice volto della riservatezza rispetto all'attività di intercettazione. – 3. Gli interessi in gioco: riservatezza (dell'inquisito) *vs.* potestà punitiva (dello Stato). – 3.1. Il diritto alla riservatezza. – 3.2. La pretesa punitiva dello Stato. – 3.3. Il bilanciamento tra questi interessi... – 3.4. ... e la opportunità di un suo ripensamento. – 4. Il bilanciamento all'opera: disciplina delle intercettazioni e legittimità costituzionale. – 4.1. I limiti di ammissibilità. – 4.2. Le intercettazioni ambientali. – 4.3. L'intercettazione di immagini. – 4.4. L'acquisizione dei tabulati telefonici. – 4.5. La durata delle intercettazioni. – 4.6. L'utilizzabilità dei risultati ed i suoi limiti. – 5. Per concludere, allargando lo sguardo.

1. *Diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato: un equilibrio instabile*

La XVI legislatura, che volge ormai al suo termine, è stata attraversata da un assai discusso tentativo di (ennesima) riforma della disciplina delle intercettazioni di comunicazioni, che ha dato vita, sia nelle Aule parlamentari che al di fuori di esse, ad un ampio dibattito, conclusosi con la mancata adozione del provvedimento, dopo un *iter* schizofrenico, caratterizzato da improvvise accelerazioni, anche forzate, intervallate da lunghe pause nei lavori parlamentari¹. Peraltro, non si tratta certo di un

¹ Il riferimento è al ddl. AC 1415-B, approvato dalla Camera l'11 giugno 2009 e modificato dal Senato il 10 giugno 2010. Afferma condivisibilmente V. GREVI, *Le intercettazioni come mero "mezzo di ricerca" di riscontri probatori?*, in *Cass. pen.* 2009, 848, che l'*iter* del provvedimento riflette le tensioni create da singoli episodi di cronaca giudiziaria, che «hanno altresì trovato eco in ripetuti interventi a ruota libera operati, quasi ogni giorno, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, all'insegna dell'idea fissa che le intercettazioni

tema nuovo, dato che, ben al contrario, la definizione di un corretto bilanciamento, in tema di intercettazioni, tra il diritto alla riservatezza (e la libertà di domicilio, nel caso di intercettazioni ambientali e di immagini) nonché il diritto di difesa dell'inquisito, da un lato, e la pretesa punitiva dello Stato, di cui l'intercettazione costituisce un mezzo tra i più incisivi di realizzazione², dall'altro, forma oggetto di un dibattito che prosegue ormai da alcuni lustri³ e che puntualmente riemerge in presenza di fatti di cronaca giudiziaria, in special modo ove coinvolgano personalità del mondo politico⁴.

Del resto, un'aspra discussione ha da sempre preceduto – e, parimenti, seguito – le diverse novelle legislative susseguitesi *in subiecta materia*, novelle che hanno reso incerto e piuttosto precario l'equilibrio raggiunto fra tali interessi costituzionali⁵.

Ci pare, tuttavia, che si possano individuare almeno due tendenze di fondo che caratterizzano il percorso seguito nel tempo dal legislatore, ov-

dovessero ammettersi “solo per reati di mafia e di terrorismo”». E sarebbero proprio questi interventi contrastanti con decisioni assunte in sede di Consiglio dei ministri ad avere determinato gli sbandamenti nel dibattito politico.

² Stante l'evidente considerazione che, grazie alla sua segretezza, con esso si possono acquisire confessioni o comunque elementi fondamentali per le indagini che ben difficilmente potrebbero ricavarsi *aliunde*.

³ In questo senso, cfr. P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano 2002, 1, per la quale «le intercettazioni rappresentano uno dei grandi temi della dialettica tra autorità e libertà».

⁴ Tra cui, da ultimo, l'intercettazione ad opera della Procura di Palermo di una conversazione telefonica, di cui era occasionalmente parte il Presidente della Repubblica, il quale ha sollevato un conflitto di attribuzione innanzi al giudice costituzionale, che lo ha accolto con sentenza al momento in cui si scrive ancora non depositata. Peraltro, precisiamo che quanto si andrà dicendo nel presente scritto non può ritenersi applicabile, *sic et simpliciter*, a questa vicenda, la quale, per la peculiarità del caso e per il fatto di chiamare in causa le prerogative ed il ruolo costituzionali del Capo dello Stato, assume una valenza decisamente diversa e richiede soluzioni specifiche su cui in questa sede sarebbe ultroneo soffermarsi.

⁵ Ricordiamo, limitandoci agli atti normativi di ordine generale e non relativi a singole tipologie di reato, che sulla disciplina delle intercettazioni e della conservazione dei dati di traffico sono intervenuti negli ultimi anni, dopo un periodo di novelle limitate ad aspetti specifici, il d. l. n. 354 del 2003 (convertito in legge n. 45 del 2004), il d. l. n. 144 del 2005 (convertito in legge n. 155 del 2005) ed ancora il d. l. n. 259 del 2006 (convertito in legge n. 281 del 2006); in tema, cfr. M. L. BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.* 2009, 8 ss., che richiama anche i numerosi disegni di legge che non sono sfociati in alcuna concreta previsione normativa. Si vedano poi anche i provvedimenti citati alla nota 7 per quanto riguarda il regime delle intercettazioni nei reati di criminalità organizzata.

vero: a) il generale slittamento verso una maggiore tutela della riservatezza con parallela restrizione di casi e modi in cui è possibile l'intercettazione (e, come si dirà, il progetto di riforma della XVI legislatura non ne è che l'ultimo, ancorché piuttosto eclatante, esempio⁶); b) la contemporanea differenziazione, nota come logica del doppio binario, tra il regime ordinario delle intercettazioni e quello applicabile a tali atti di investigazione allorché abbiano ad oggetto reati di particolare gravità, e segnatamente quelli legati alla criminalità organizzata⁷, nel qual caso si prevede una normativa assai meno restrittiva e ben più favorevole alle esigenze di accertamento delle responsabilità penali⁸.

Peraltro, come è naturale, l'evoluzione di tale disciplina è stata oggetto di attenzione anche nel dibattito scientifico, che ha interessato tanto la dottrina processualpenalistica quanto quella costituzionalistica⁹, entrambe tendenzialmente propense ad assecondare, sia pure con opportune distinzioni e cautele, almeno la prima delle due tendenze poc'anzi individuate, se non addirittura, in diversi casi, a criticare il legislatore per la persistente severità della normativa, non di rado tacciata di dubbia legittimità costituzionale per una eccessiva compressione del diritto alla riservatezza. Tale interesse della dottrina ha poi visto un momento di particolare afflato, come è facile intuire, quando nell'ordinamento italiano

⁶ Questa, del resto, era l'intenzione dichiarata nella stessa relazione del Governo al disegno di legge, ove risultava parimenti chiaro l'intento di aderire anche alla seconda delle tendenze di cui si dirà nel testo.

⁷ Può ricordarsi, sul punto, la disciplina introdotta con l'art. 13 del d. l. n. 152 del 1991 (convertito in legge n. 203 del 1991), successivamente estesa ad altre gravi fattispecie di reato dapprima con il d. l. n. 374 del 2001 (convertito in legge n. 438 del 2001) e poi con la legge n. 228 del 2003.

⁸ Ma sulla difficoltà, in concreto, di stabilire *a priori* se un reato sia o meno di criminalità organizzata, e quindi sulla dubbia efficacia di questo doppio binario, si vedano le dichiarazioni del Procuratore nazionale antimafia Grasso rese durante l'audizione del 24 novembre 2009 presso la Commissione Giustizia del Senato (il cui resoconto stenografico è reperibile in www.senato.it).

⁹ Per limitarci a qualche citazione essenziale, rinviamo, oltre alle opere già citate, a V. DI CIOLO, P. DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano 1974; A. PACE, *Art. 15*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Artt. 13-20*, Bologna-Roma 1977; V. GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 1982; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano 1983; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997; M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano 2003; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino 2007; e, da ultimo, A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, Padova 2011.

ha fatto ingresso la tutela della *privacy*¹⁰ come oggetto di una disciplina a sé, attraverso l'approvazione della legge n. 675 del 1996, poi sostituita dal d. lgs. n. 196 del 2003, che, come ben noto, rappresenta un vero e proprio Testo unico della normativa in materia. Disciplina, questa, di rilevantissima importanza, per avere contribuito alla diffusione (anche se, forse, fino all'eccesso, come cercheremo, almeno *in parte qua*, di dimostrare¹¹) di una cultura della *privacy* non solo in ambito giuridico, ma anche nell'opinione pubblica del nostro Paese¹².

Né, in ogni caso, al percorso della dottrina sembra essere mancato l'avallo della giurisprudenza costituzionale, laddove, anzi, come meglio si dirà in seguito, è proprio la Corte, chiamata più volte a pronunciarsi sul punto, ad avere gettato, fin dalla prima sentenza n. 34 del 1973¹³, le basi stesse di una impostazione assai attenta ai limiti che lo strumento investi-

¹⁰ Come rilevato in dottrina, *privacy* e riservatezza non sono, a rigore, sinonimi, indicando due concetti tra loro distinti, laddove quello di *privacy* è concetto più ampio, «quasi di filosofia politica» (A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla)*. III *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma 1995, 3), oggi volto a ricomprendere non solo il diritto ad essere lasciati soli, come è nato nell'ordinamento statunitense (cfr., per tutti, A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione*, Roma 1974), ma anche il diritto al controllo sui propri dati, alla autodeterminazione informativa, all'oblio, ecc. Si vedano, sul punto, tra le numerose ricostruzioni, quella di U. DE SIERVO, *La privacy*, in S. P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, 347 ss.; e di R. ZACCARIA, L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padova 1990, 329. Tuttavia, ai limitati fini di questa trattazione, ci permettiamo di utilizzare i due termini come avessero la medesima accezione, con la consapevolezza, e l'avvertenza, che intendiamo in tal sede alludere al concetto di riservatezza come sfera di comportamenti, e specialmente di comunicazioni, che un soggetto vuole mantenere riservate e sottratte a terzi.

¹¹ In senso analogo, ancorché con conclusioni più radicali, si veda l'opinione di R. BORRUSO, *La tutela della riservatezza dei dati personali*, in *Inf. dir.* 2006, fasc. 2, 10 ss., per il quale la normativa sulla *privacy* ha introdotto «una sorprendente e discutibile radicalizzazione della tutela», in quanto, limitandosi anche la semplice raccolta e conservazione dei dati inerenti a soggetti terzi, si giunge, secondo l'A., a ostacolare la formazione stessa dell'informazione, a detrimento della libertà personale, con effetti di dubbia legittimità costituzionale.

¹² Come afferma S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, Roma-Bari 2005, spec. 47 ss. Si veda anche ID., *La pacifica rivoluzione della privacy*, in *Quest. giust.* 2005, 228 ss., ove l'A. parla del nuovo testo unico come, appunto, un passaggio rivoluzionario verso il pieno controllo da parte di ciascuno delle informazioni che lo riguardano.

¹³ In *Giur. cost.* 1973, 316 ss. Non è un caso che, per la sua importanza, la sentenza sia stata presentata, con una innovazione nella prassi seguita fino ad allora dalla Consulta, attraverso una conferenza stampa *ad hoc* del Presidente Bonifacio (come riferiscono V. DI CIOLO, P. DI MUCCIO, *L'intercettazione*, cit., 13).

gativo *de quo* deve incontrare per non incorrere in censure di legittimità per violazione del diritto alla riservatezza.

Ebbene, ciò premesso, è nostra intenzione, con queste note, cercare di ripercorrere il bilanciamento che si è andato consolidando tra tutela della riservatezza dell'inquisito ed esigenze di accertamento dei reati attraverso il mezzo delle intercettazioni, per evidenziare alcune distorsioni che, a nostro sommo avviso, si possono riscontrare nell'attuazione legislativa, come peraltro talora suggerita dalla stessa Consulta¹⁴, delle disposizioni costituzionali rilevanti. Ed è alla luce di tale premessa di ordine generale che ci proponiamo, senza alcuna pretesa di esaustività e senza scendere nel dettaglio di specifiche criticità evidenziate dalla dottrina processualpenalistica, di indicare alcuni profili problematici della disciplina ordinaria in materia e di evidenziare alcuni punti che ci parrebbe imprescindibile tenere in considerazione allorché il legislatore procedesse alla auspicata riforma organica della normativa. Ci occuperemo, insomma, dei principi costituzionali in materia, prendendo in considerazione la disciplina vigente e le proposte di riforma in termini esemplificativi di come andrebbe in concreto a nostro avviso impostato il bilanciamento tra essi.

2. *Una premessa fondamentale: il duplice volto della riservatezza rispetto all'attività di intercettazione*

L'indagine che ci siamo proposti non può, invero, prescindere da una quanto mai necessaria precisazione preliminare. Poiché, se consideriamo il diritto alla riservatezza dell'inquisito, esso può venire, e di fatto non di rado viene, limitato, nell'ambito della medesima attività intercettativa, in due momenti e sotto due profili diversi.

In primo luogo, infatti, l'intercettazione è, per sua natura, un mezzo lesivo della libertà e segretezza delle comunicazioni, garantita dall'art. 15 Cost. L'assunto è piuttosto evidente: se detta disposizione costituzionale intende tutelare, in particolare, la libertà di comunicare in modo riservato, senza che terzi apprendano il contenuto di tale comunicazione, è

¹⁴ E infatti, non è un caso che l'impianto seguito dal codice di procedura penale vigente richiami per diversi aspetti la disciplina del precedente codice di rito così come novellato dalla legge n. 98 del 1974, la quale interveniva proprio con l'intento di dare espresso seguito alla sentenza n. 34 del 1973 del giudice delle leggi, in precedenza citata.

chiaro che la intercettazione di esso ne è una palese restrizione. Sotto tale profilo, dunque, si tratterà di verificare se, e soprattutto in che misura, essa possa apparire costituzionalmente accettabile giusta le previsioni del comma 2 dello stesso art. 15 Cost., in cui sono ammesse forme di limitazione di tale diritto di libertà secondo le classiche garanzie della riserva di giurisdizione e della riserva di legge (prescindendo, per il momento, dal più pregnante significato che dottrina e giurisprudenza¹⁵ intendono attribuire all'espressione «garanzie stabilite dalla legge» utilizzata nella norma *de qua*). E il bilanciamento, in tale ipotesi, dovrà avere ad oggetto, da un lato, l'esigenza dello Stato di realizzare la propria pretesa punitiva e, dall'altro, appunto, la segretezza delle comunicazioni.

In secondo luogo, però, il diritto alla riservatezza dell'inquisito può altresì essere leso, in tal caso non da parte dello Stato quanto piuttosto da soggetti privati, allorché il contenuto della intercettazione sia fatto oggetto di pubblicazione da parte degli organi di stampa, come frequentemente accade quando ad essere sottoposto ad indagini sia un personaggio noto, magari in relazione a fatti emersi dalle intercettazioni nemmeno rilevanti ai fini della vicenda giudiziaria. Ciò che comporta un ulteriore e diverso bilanciamento, questa volta tra il diritto di cronaca, costituzionalmente tutelato dall'art. 21 Cost., e, nuovamente, la segretezza delle comunicazioni¹⁶. Bilanciamento, quest'ultimo, che dovrà tenere conto della necessità di non azzerare il diritto di cronaca, consentendo la pubblicità dei fatti criminosi per il pubblico interesse che ciò porta con sé, evitando tuttavia che tale pubblicità giunga fino alla rivelazione di fatti strettamente privati relativi ai soggetti coinvolti¹⁷.

¹⁵ Vedi, per tutti, A. PACE, *Art. 15*, cit., 106 ss.; e G. M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino 2006, 669. Secondo E. GIANFRANCESCO, *Profili ricostruttivi della libertà e segretezza di corrispondenza e comunicazione*, in *Dir. soc.* 2008, 239, il riferimento alle «garanzie previste dalla legge» impone non solo un orientamento teleologicamente garantista ma anche una compiuta definizione di forme e modi della limitazione.

¹⁶ *Rectius*, secondo E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 247, poiché la libertà di comunicazione avrebbe ad oggetto solo le comunicazioni attuali, in tal caso nel bilanciamento entrerebbe propriamente il più ampio diritto alla riservatezza.

¹⁷ In termini già F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in *Arch. giur.* 1968, 99 ss., ove l'A. individua con chiarezza gli interessi processuali ed extraprocessuali ad una essenziale pubblicità, appunto, dei fatti criminosi. Resta fermo, comunque, quanto rileva E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 247, nt. 104, circa il fatto che la pretesa punitiva dello Stato, da

Ora, tale osservazione, per quanto piuttosto evidente, nei fatti, soprattutto in relazione all'ultimo eclatante tentativo di regolazione dell'istituto, più volte è rimasta in ombra nel dibattito, politico ma talora anche dottrinario, sulla disciplina delle intercettazioni, in cui si è finiti per confondere due profili certo legati, ma anche altrettanto distinti¹⁸. Con il rischio che, per riequilibrare il rapporto tra diritto di cronaca e diritto alla riservatezza, si finisca per intervenire sul bilanciamento relativo al primo dei conflitti tra interessi costituzionali poc'anzi citato¹⁹. Insomma, vi è il concreto pericolo che, per impedire la illecita diffusione del contenuto delle intercettazioni, si finisca semplicemente con il limitare la possibilità di ricorrere ad esse, con un'impropria confusione tra i due profili²⁰.

In realtà, da una parte della dottrina processualpenalistica che ha evidenziato la distinzione di cui si è detto²¹, è stata invece proprio avanzata l'idea che, data l'inscindibile interconnessione tra i due profili, sarebbe non solo impossibile, ma addirittura «dissennato» disgiungerne il momento regolativo, posto che solo la riduzione del numero delle intercettazioni potrebbe ridurre il rischio di un loro abuso. Laddove, invece, la

un lato, e il diritto alla riservatezza, dall'altro, hanno uno *status* costituzionale più netto e significativo del diritto all'informazione su vicende di pubblico interesse.

¹⁸ La distinzione non è invece sfuggita al Garante per la protezione dei dati personali, che l'ha a più riprese ribadita, evidenziando la carenza di competenza dell'Autorità relativamente al primo di tali bilanciamenti: cfr., per la chiarezza della distinzione, già la *Relazione 2008. Discorso del Presidente Francesco Pizzetti*, in <http://www.garanteprivacy.it>, doc web 1628456, 15 ss.

¹⁹ Si veda, per esempio, quanto scrive T. E. FROSINI, *Privacy: diritto fondamentale oppure no*, in *Federalismi.it*, 6 agosto 2008, ove l'A. afferma chiaramente che «il provvedimento, nel frenare l'uso tracimante, dispendioso e abusato delle intercettazioni, si preoccupa di tutelare un diritto fondamentale e inviolabile, quale quello della riservatezza» e questo «perché il problema ... è quello della diffusione sulla stampa del contenuto delle intercettazioni».

²⁰ Così già G. SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.* 2008, 1209. Analogamente, S. LORUSSO, *L'arte di ascoltare e l'investigazione penale tra esigenze di giustizia e tutela della privacy*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 1399; e C. FLORIO, *Intercettazioni telefoniche e diritti costituzionalmente garantiti tra frammenti di storia parlamentare e prospettive de iure condendo*, in *Giur. It.* 2011, 734 ss., il quale osserva come le riforme incentrate sul criterio di diminuire l'offerta per frenare la domanda (di intercettazioni) finiscano solo per vanificare l'efficacia dello strumento investigativo.

²¹ In particolare, cfr. P. FERRUA, *Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni*, in *ID.*, *Studi sul processo penale. III. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino 1997, 119 ss.

sola restrizione dell'attività divulgativa, che determinasse l'impossibilità di conoscere il contenuto delle intercettazioni, senza restrizione del possibile impiego di queste ultime, darebbe vita ad una sorta di regime poliziesco, provocando un danno maggiore della semplice divulgazione. In sostanza, secondo detta dottrina, poiché gli eccessi riguarderebbero le intercettazioni, di cui l'offesa alla riservatezza attuata con la divulgazione del relativo contenuto costituirebbe solo l'epifenomeno, sarebbero queste ultime a dovere essere limitate²².

A ben vedere, però, tale tesi non convince. Essa infatti sembra confondere i due problemi e creare un unico bilanciamento, laddove la difesa della riservatezza a fronte del diritto di cronaca finirebbe per limitare un terzo interesse che deve essere invece oggetto di separata considerazione (o ponderazione), ovvero la pretesa punitiva dello Stato, pure costituzionalmente rilevante.

In realtà, allora, è ben possibile, senza dover escludere totalmente il diritto di cronaca, farne oggetto di limitazione in modo tale che, pur potendosi divulgare quanto di essenziale e di pubblico interesse può esservi nella intercettazione, tale divulgazione sia limitata a tutela della riservatezza dell'inquisito²³, mentre l'Autorità giudiziaria dovrà incontrare soltanto i limiti che discendono dall'art. 15 Cost. Se poi vi è un eccesso di intercettazioni o queste vengono effettuate illegalmente, si tratterà di colpire tali abusi²⁴, così come ben potrà (*rectius*, dovrà) il legislatore punire

²² *Ibidem*, 120.

²³ In dottrina, D. PICCIONE, *Diritto di cronaca giornalistica dei parlamentari e pubblicazione delle intercettazioni telefoniche a loro carico*, in *Giur. cost.* 2008, 1587 ss., parla della disinvolta diffusione del contenuto delle intercettazioni come di una patologia, in cui la «radice del problema si annida proprio nella critica coincidenza tra i requisiti di utilizzo nel processo penale delle intercettazioni telefoniche e la divulgazione a mezzo stampa del loro contenuto». In effetti, già tempo addietro veniva rilevato come il problema relativo alla facilità con cui sono diffuse notizie apprese tramite attività intercettativa risieda nel fatto che il codice di procedura ricollega la pubblicità del contenuto, tramite deposito in segreteria, alla conoscibilità per la difesa dell'indagato, ciò che avviene in una fase precedente la distruzione del contenuto irrilevante ai fini di indagine: sul punto, per tutti, G. CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. pen. proc.* 1996, 138.

²⁴ In termini netti, G. PISAPIA, *Necessità investigative e diritto alla privacy: prospettive e limiti delle intercettazioni*, in *Dir. uomo* 2010, 70, per cui occorre svolgere controlli ed applicare sanzioni per chi abusa dello strumento investigativo e non rendere inefficace lo stesso. Analogamente, G. GIOSTRA, *Intercettazioni: un sacrosanto richiamo alla legalità e sciagurati propositi di riforma*, in *Quest. giust.* 2009, 209, rileva come l'uso inflazionato delle intercettazioni non dipende dalla cattiva formulazione della disciplina legislativa,

gli abusi in tema di esercizio del diritto di cronaca, ma ciò senza dover restringere il campo di azione dell'attività investigativa lecitamente svolta, finendo per frustrarne gli scopi. Altrimenti, volendo ricorrere ad una metafora, sarebbe come se, per rimuovere l'effetto collaterale di un farmaco, semplicemente se ne eliminasse l'impiego, col risultato certo di far venire meno l'effetto collaterale, ma, contestualmente, anche di impedire gli effetti benefici per la guarigione del paziente.

Dunque, è nostra convinzione che i due profili debbano rimanere giuridicamente distinti, pur nella consapevolezza dell'esistenza di un loro legame *de facto*. In questa sede, in particolare, l'economia dello scritto ci costringe a limitare l'indagine al tema del rapporto tra diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato.

3. *Gli interessi in gioco: riservatezza (dell'inquisito) vs. potestà punitiva (dello Stato)*

Una volta definito il tema che intendiamo affrontare e chiarita la distinzione preliminare tra i diversi profili che esso involge, è opportuno soffermarci distintamente sui due interessi costituzionali in gioco, per poi chiarire quale riteniamo sia il bilanciamento più corretto tra essi.

3.1. *Il diritto alla riservatezza*

Che debba essere riconosciuto un generale diritto alla riservatezza, pur in assenza di una esplicita previsione costituzionale, ci sembra oggi un'affermazione difficilmente controvertibile, se non addirittura scontata²⁵. Infatti, superate le perplessità di più risalente, ancorché autorevole, dottrina²⁶, da tempo tra gli Autori ne viene riconosciuta la esistenza.

Più incerta, semmai, nel silenzio del testo, è la individuazione del suo fondamento costituzionale, indicato ora nell'art. 13 Cost., come aspetto della libertà morale²⁷, ora nell'art. 14 Cost., in cui la tutela della libertà di

ma da un certo lassismo giudiziario sul quale occorrerebbe intervenire, anziché restringere le ipotesi di uso del mezzo investigativo.

²⁵ Come condivisibilmente osserva G. M. SALERNO, *La protezione*, cit., 636.

²⁶ Per limitarci ai più noti costituzionalisti, si vedano C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 39; e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova 1969, 970.

²⁷ Si vedano, ad esempio, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2011, 292 ss.; e

domicilio viene intesa come tutela anche della *intimità* del domicilio e di quanto ivi si svolge²⁸, in combinato disposto con l'art. 15 Cost., per l'esplicito riferimento alla segretezza della corrispondenza, ed eventualmente anche con l'art. 13 nel senso poc' anzi specificato²⁹. Da altri Autori invece, il fondamento di questo diritto è individuato nella libertà di manifestazione del pensiero, di cui costituirebbe in pratica un aspetto negativo³⁰, se non nella clausola generale (qui interpretata evidentemente in senso "aperto") di cui all'art. 2 Cost.³¹. Ancora, non sono mancate tesi volte a combinare tutti questi elementi³², o che hanno visto nella tutela della riservatezza non tanto un diritto autonomo quanto piuttosto un principio generale che funge da prerequisito di singole fattispecie nelle quali la riservatezza si pone come condizione per l'effettivo godimento di diritti costituzionali³³. Infine, vi è anche chi ha attribuito un rango costituzionale al diritto in questione, *a fortiori* in base alla formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. successiva alla riforma del 2001³⁴, per il fonda-

M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli 2009, 135, che invero si riferisce in particolare al diritto all'oblio, per il quale ritiene che questa norma sia il fondamento costituzionale più sicuro, benché non esclusivo.

²⁸ Secondo una interpretazione recentemente sposata esplicitamente anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 149 del 2008, in *Giur. cost.* 2008, 1830 ss.

²⁹ In particolare, per questa ricostruzione, A. SANDULLI, A. BALDASSARRE, *Profili costituzionali della statistica in Italia*, in *Dir. soc.* 1973, 382; R. ZACCARIA, L. CAPECCHI, *La libertà*, cit., 332; e T. GROPPI, *Art. 7*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna 2001, 82.

³⁰ Così, tra gli altri, A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano 1972, spec. 32 ss.; e A. CERRI, *Tutela dell'onore, riservatezza e diritto di cronaca in alcune sentenze della Corte*, in *Giur. cost.* 1974, 1348 ss.

³¹ Si tratta di una ricostruzione piuttosto diffusa: *ex plurimis*, A. FRANCESCHELLI, *Il diritto alla riservatezza*, Napoli 1960, 38 ss., il quale invero richiama il generale principio personalista da quella norma espresso piuttosto che la lettera della stessa; più esplicitamente, F. MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza*, cit., 45 ss.; e, in tempi più recenti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 61 ss.; e G. GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.* 1989, 1243 ss. Peraltro, come è facile intuire, l'art. 2 Cost. è comunque spesso richiamato *ad abundantiam* anche dagli Autori che ritengano prevalenti altri profili circa il fondamento costituzionale di questo diritto.

³² Cfr. per esempio, pur nella inevitabile varietà di argomentazioni e di sfumature, M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., 51 ss.; G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., spec. 640 ss.; e C. MARINELLI, *Intercettazioni*, cit., 84.

³³ Come ritengono M. MAZZIOTTI, *Diritto all'immagine e Costituzione*, in *Giur. cost.* 1970, spec. 1533 ss.; e F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 20 ss.

³⁴ Sulla CEDU quale elemento di integrazione, attraverso l'art. 117, comma 1, Cost., del parametro di legittimità costituzionale, nella vasta bibliografia specie successiva alle

mento che esso riceve nel diritto internazionale (e segnatamente ad opera dell'art. 8 CEDU, che, come noto, riconosce e garantisce il diritto alla vita privata) nonché nel diritto comunitario (ovvero l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, elevata al medesimo rango dei Trattati ad opera del Trattato di Lisbona)³⁵.

Comunque sia, a prescindere dal tema più generale della esistenza e del preciso fondamento costituzionale di un onnicomprensivo diritto alla *privacy*, rispetto alla tematica che analizziamo in questa sede la soluzione ci sembra alquanto lineare. È infatti certo che, in riferimento specifico alla intercettazione di comunicazioni, la protezione della riservatezza trova già nell'art. 15 Cost. una tutela quanto mai esplicita, di modo che, senza dover prendere posizione sulle varie tesi poc'anzi succintamente ricordate, appare qui fuori di dubbio che esista una precisa garanzia costituzionale di poter comunicare in modo riservato ed evitare che il contenuto di una comunicazione, a prescindere dal mezzo utilizzato, sia conoscibile da parte di terzi³⁶. E ciò, beninteso, non solo a tutela dell'intercettato, ma anche (e, forse, soprattutto) del terzo che con esso si sia trovato a comunicare.

Questa, d'altronde, è la posizione espressa anche dal giudice delle leggi, che, chiamato ad occuparsi in più occasioni della normativa *in su-*

cd. sentenze gemelle della Consulta del 2007, cfr. per tutti, da ultimo, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista AIC*, 1/11; e A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in *Consulta On Line*, 2012.

³⁵ Così, recentemente, C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 58 ss. e, se bene interpretiamo, E. BASSOLI, *Acquisizione dei tabulati vs. privacy: la data retention al vaglio della Consulta*, in *Dir. internet* 2007, 249. Per un'analisi dettagliata delle disposizioni in questione, cfr., T. GROPPI, *Art. 7*, cit., 76 ss.; e F. DONATI, *Art. 8, ibidem*, 83 ss.

³⁶ A prescindere, quindi, dal fatto che diritto alla segretezza e diritto alla riservatezza siano due distinte situazioni soggettive o, come a noi parrebbe preferibile, il primo rappresenti solo un aspetto, soggetto a regolazione e protezione specifica e più intensa, del più ampio e generale diritto alla riservatezza. Dell'art. 15 come uno degli ambiti della riservatezza costituzionalmente protetti parla G. M. SALERNO, *La protezione*, cit., 661; più favorevoli ad una distinzione tra i due profili, E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 219, che parla della libertà di comunicazione come «una forma di "emersione" esplicita a livello costituzionale» del diritto alla riservatezza, rispetto al quale essa si caratterizza per un oggetto più circoscritto; e A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, Milano 2001, 183 ss., la quale, pur evidenziando che tra segretezza e riservatezza sussiste un rapporto di *species a genus*, afferma che si tratta di due diritti che operano su piani che devono rimanere distinti.

biecta materia, fin dalla già citata sentenza n. 34 del 1973 ha chiaramente affermato che nell'art. 15 Cost. trova disciplina il diritto alla segretezza delle comunicazioni, che rappresenta il parametro di giudizio per la normativa sulle intercettazioni, benché in tutte le decisioni la Consulta non abbia perso l'occasione per evidenziare al contempo che tale diritto deve ritenersi connaturato, più in generale, ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., così da risultare strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità³⁷. Ed è con tale richiamo alle clausole generali del testo costituzionale che la Corte finisce per intersecare il parallelo percorso giurisprudenziale che l'ha portata ad affermare appunto l'esistenza di un autonomo diritto alla riservatezza, di cui la segretezza delle comunicazioni finisce per costituire una specie³⁸. Tanto che, non a caso, con la pronuncia n. 173 del 2009 la Corte, in riferimento alle intercettazioni, ha esplicitamente affermato che esse configurano un limite non solo al «diritto inviolabile alla riservatezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione, tutelato dagli artt. 2 e 15 Cost.» ma anche ad un «uguale diritto fondamentale riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti», di cui la Corte non indica tuttavia il fondamento costituzionale³⁹.

3.2. *La pretesa punitiva dello Stato*

Anche l'interesse a prevenire e reprimere i reati è un interesse di sicuro rilievo costituzionale.

Esso, infatti, trova anzitutto riconoscimento nell'art. 112 Cost. che, se certamente ha come fine principale quello di evitare l'uso discrezionale (e potenzialmente distorto) dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, esprime anche inevitabilmente, a monte e prima di tutto, l'interesse a che, ogniquale volta vi sia una notizia di reato, l'organo statale preposto si attivi al fine di avviare un'indagine ed arrivare all'accerta-

³⁷ Si vedano, in particolare, oltre a quella citata nel testo, le sentenze nn. 366 del 1991, in *Giur. cost.* 1991, 2914 ss., 81 del 1993, in *Giur. cost.* 1993, 731 ss., 63 e 463 del 1994, in *Giur. cost.* 1994, 363 ss. e 3985 ss.

³⁸ Il percorso in parola, che sarebbe qui ultroneo ripercorrere, viene richiamato, nei suoi passaggi fondamentali, da C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 53 ss; e G. M. SALERNO, *La protezione*, cit., 649 ss.

³⁹ La sentenza può leggersi in *Giur. cost.* 2009, 1917 ss.

mento delle responsabilità penali⁴⁰. Anzi, correttamente è stato rilevato come la doverosità della repressione dei reati, affermata nella disposizione *de qua*, traduce sul piano processuale il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.: in buona sostanza, se nessuno può essere punito se non in forza di una previa disposizione di legge, chiunque viola tale disposizione dovrà poi essere necessariamente perseguito⁴¹. Non solo, ma, come ha avuto occasione di precisare il giudice delle leggi⁴², dal codice di rito si ricava il principio della completezza delle indagini preliminari, nel senso che il Pubblico Ministero ha l'obbligo di condurre indagini, appunto, non lacunose né superficiali, proprio onde evitare che possa aversi una elusione dell'art. 112 Cost. attraverso un suo rispetto solo formale ed apparente⁴³.

Ma l'interesse alla repressione dei reati trova riconoscimento, secondo l'interpretazione data dalla Corte costituzionale, nello stesso comma 2 dell'art. 15 Cost., laddove viene prevista la possibilità di limitare la libertà e segretezza delle comunicazioni⁴⁴. In sostanza, secondo quanto si legge nelle pronunce della Consulta, nel rinvio alla legge per la definizione dei casi in cui l'Autorità Giudiziaria può limitare tale diritto di libertà, la Costituzione intenderebbe proprio salvaguardare le necessità legate alla repressione criminale⁴⁵, benché, in effetti, a rigore, non vi sia alcun espresso riferimento nel testo che circoscriva a tale esigenza la possibile restrizione del diritto in questione. Comunque sia, ai nostri fini ciò che rileva è che certamente la pretesa punitiva dello Stato costituisce «un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile» e «non si può dubitare ... che tale interesse primario giustifichi anche il ricorso a

⁴⁰ Sul valore costituzionale del perseguimento dei reati in forza dell'art. 112 Cost. insistono particolarmente E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano 2004, 160; e C. PARODI, *Le intercettazioni*, Torino 2002, 14.

⁴¹ Si veda, per tutti, F. BIONDI, N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2006, 135.

⁴² Nella sentenza n. 88 del 1991, in *Giur. cost.* 1991, 586 ss.

⁴³ In tema, cfr., M. MONTAGNA, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino 2007, 254 ss.

⁴⁴ In questi termini, si veda già la sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1973, cit., 326.

⁴⁵ Analogamente, in dottrina, A. PACE, *Art. 15*, cit., 108, secondo cui la garanzia per l'intercettato non può spingersi fino al punto di rendere inutile l'intercettazione, pena, appunto, l'illegittimità costituzionale ex art. 15, comma 2, Cost.

un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica»⁴⁶.

Né, infine, come ha opportunamente precisato il giudice delle leggi, ciò contrasta con il diritto di difesa dell'imputato e la correlativa facoltà di non rispondere agli interrogatori. Infatti, mentre il diritto al silenzio dell'inquisito lo tutela in una situazione in cui egli si trova di fronte all'Autorità Giudiziaria, e quindi in una posizione di soggezione psicologica, la situazione è ben diversa quando egli parla liberamente senza sapere di essere intercettato, non essendoci, in tal caso, alcuna possibilità di costrizione morale nei suoi confronti. In tal senso, semmai, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è stato sottolineato come lo strumento dell'intercettazione telefonica serva proprio, in molti casi, a superare, legittimamente, le difficoltà investigative derivanti dal fatto che l'inquisito si avvale della facoltà di non rispondere⁴⁷.

3.3. *Il bilanciamento tra questi interessi...*

Da quanto siamo venuti dicendo, a ben vedere, appare già sufficientemente chiaro che, a seguire l'impostazione del giudice delle leggi, sembra essere lo stesso testo costituzionale dell'art. 15 a prevedere la necessità di un certo contemperamento dei diversi interessi: la segretezza delle comunicazioni va tutelata, ma essa può essere limitata, con le consuete garanzie della riserva di legge e di giurisdizione, allorché si debbano prevenire e perseguire reati, fermo restando il rispetto del nucleo essenziale di questo diritto. Resta dunque da stabilire il *quomodo* ed il *quantum* di tale bilanciamento.

Ebbene, in tal senso, la Consulta ha inteso fornire, in tempi recenti, alcune indicazioni di metodo per le ipotesi in cui il proprio sindacato verta su questo punto. Infatti, con la pronuncia n. 372 del 2006, il giudice delle leggi ha ritenuto di dover restringere il proprio giudizio ad una valutazione di non manifesta irragionevolezza delle limitazioni stabilite dal legislatore a carico di uno degli interessi in gioco e di dover svolgere tale

⁴⁶ Così si legge nella sentenza n. 366 del 1991, cit., 2918. Per intendere l'importanza ai fini investigativi del mezzo di ricerca della prova in questione, si consideri che in giurisprudenza si afferma che le risultanze di questa attività possono costituire fonte diretta di prova della colpevolezza senza necessità di ulteriori riscontri esterni (cfr, da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2011, n. 3882, in *CED Cassazione*, 2012).

⁴⁷ Così Cass. pen., sez. I, 10 novembre 1997, n. 6296, in *Giust. pen.*, 1998, III, 711. In dottrina, sul punto, E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni*, cit., XVI.

valutazione in concreto sulla portata di tali limitazioni e non in astratto tra valori in sé considerati⁴⁸.

Sotto il profilo sostanziale, nell'intento di dare compiuta attuazione al diritto alla segretezza della corrispondenza, interpretando in modo alquanto estensivo tanto la richiesta di una motivazione per l'atto dell'Autorità Giudiziaria quanto la locuzione «con le garanzie stabilite dalla legge» di cui all'art. 15 Cost., la Consulta non ha poi esitato a trarre dalla norma alcuni corollari, che essa ritiene indispensabili per una corretta attuazione del disposto costituzionale⁴⁹. E così, la Corte ha affermato: 1) che spetta al giudice bilanciare i due interessi costituzionali, in modo da evitare che il sacrificio per la riservatezza sia sproporzionato rispetto alle esigenze di una efficace repressione penale; 2) che il giudice dovrà disporre le intercettazioni solo ove sussistano reali esigenze investigative per l'amministrazione della giustizia e 3) purché questo strumento si riveli effettivamente indispensabile ai fini dell'indagine; 4) che il provvedimento del giudice dovrà essere adeguatamente e specificamente motivato in relazione agli elementi di cui ai punti precedenti; 5) che il legislatore deve prevedere forme di garanzia in merito alla predisposizione di servizi, tali da assicurare il costante controllo del giudice sull'attività intercettiva; 6) che devono essere previsti limiti rispetto alla utilizzabilità del materiale acquisito, prevedendo la segretezza di ciò che non è rilevante ai fini delle indagini nonché 7) la inutilizzabilità del materiale acquisito in violazione delle norme procedurali; 8) che la durata delle intercettazioni deve essere limitata e 9) che possono essere concesse proroghe solo ove giustificate; 10) che la legittimità del provvedimento che autorizza le intercettazioni deve essere sindacabile nel corso del procedimento⁵⁰.

A questa giurisprudenza del giudice delle leggi, d'altro canto, ha fatto eco la Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a più riprese a

⁴⁸ La sentenza, che può essere letta in *Giur. cost.* 2006, spec. 3926 ss., affrontava diverse questioni riguardanti l'art. 132 del d.lgs. n. 196 del 2003 nella parte in cui disciplinava l'accesso ai dati di traffico telefonico nei ventiquattro mesi successivi alle relative comunicazioni, prevedendo la necessità di un intervento del giudice a carattere autorizzatorio affinché il pubblico ministero potesse ottenere le informazioni richieste.

⁴⁹ In senso analogo, al riguardo, si veda G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., 669, il quale parla significativamente di «una sorta di decalogo» della Corte.

⁵⁰ Si noti che i principi in questione, in gran parte già esplicitamente enunciati nella citata sent. n. 34 del 1973, hanno poi trovato una conferma nelle pronunce citate *supra*, alla nota 37.

pronunciarsi sulla base dell'art. 8 della CEDU, che, come abbiamo accennato, riconosce e tutela il diritto al rispetto della vita privata, del domicilio e della corrispondenza, consentendone limitazioni (ivi incluse le intercettazioni telefoniche, come la Corte ha precisato fin dalla sentenza *Klass* del 1978) qualora esse siano previste dalla legge e per gli scopi indicati in Convenzione (tra cui, per quanto rileva in questa sede, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei reati, ma anche la tutela dei diritti altrui) e si tratti di limitazioni necessarie in una società democratica al raggiungimento di detti scopi. Ebbene, è sulla base di tale previsione che, nella giurisprudenza della Corte europea, si è andato consolidando l'orientamento in forza del quale la legge nazionale deve indicare le categorie di persone sottoponibili ad intercettazione, i reati per cui queste sono possibili, la durata delle stesse, la necessità di un controllo da parte di un giudice terzo ed imparziale, le indicazioni precise circa l'uso e la conservazione delle registrazioni⁵¹.

Ed è proprio tentando (anche se, invero, non sempre in modo rigoroso) di dare puntuale attuazione a queste statuizioni giurisdizionali che il legislatore italiano ha in effetti disciplinato le intercettazioni di comunicazioni nelle norme del codice di procedura penale⁵².

3.4. ...e la opportunità di un suo ripensamento

Il discorso condotto dalla Corte costituzionale, suffragato dalla giurisprudenza di Strasburgo, che abbiamo testé richiamato e che è stato, almeno nelle intenzioni, recepito dal legislatore ordinario, non ci pare però del tutto convincente, ove venga portato ad estreme conseguenze.

Infatti, il bilanciamento che con esso si propone sembra avallare l'impostazione di quel «costituzionalismo ipergarantista», che una dottrina, seppure minoritaria, ha da tempo sottoposto ad alcune critiche, che rite-

⁵¹ Per un'accurata ricostruzione di questa giurisprudenza, con ampi richiami alle singole pronunce, rinviamo a A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in A. BALSAMO, R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino 2008, 426 ss., i quali ripercorrono anche il parallelo bilanciamento che il giudice di Strasburgo compie tra tutela della privacy e libertà di cronaca, pure tutelata dalla Convenzione.

⁵² Tra le quali, come evidenzia A. PACE, *Art. 15*, cit., 107, va distinto il contenuto costituzionalmente necessario da quello facoltativo, laddove al primo è riconducibile la disciplina degli scopi, della durata, dei casi e dei modi per eseguire l'intercettazione, nonché le norme sul segreto delle comunicazioni non rilevanti per il procedimento penale.

niamo completamente condivisibili⁵³. È al riguardo nostra opinione che la potestà punitiva dello Stato non debba essere vista come un'espressione di autorità che si oppone ai diritti di libertà dei consociati⁵⁴, ma, esattamente al contrario, la tutela penale (cui il diritto processuale è in qualche misura strumentale) è strettamente funzionale alla garanzia della effettività dei diritti⁵⁵, di modo che una corretta lettura delle norme costituzionali dovrebbe portare a valorizzare ed agevolare per quanto possibile l'esigenza di accertamento dei reati e di punizione dei relativi responsabili⁵⁶.

In tal senso, del resto, pur valorizzando, come si è detto poc'anzi, le garanzie poste dalla Convenzione a tutela dell'intercettato, si è espressa a più riprese anche la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale da diverse norme convenzionali discenderebbe l'obbligo posi-

⁵³ Alludiamo in particolare a G. GEMMA, *Costituzionalismo, Costituzione e criminalità organizzata*, in AA.VV., *Archivio di diritto costituzionale*, Torino 1997, 109 ss.

⁵⁴ In termini, G. GEMMA, *Diritto costituzionale e diritto penale: un rapporto da ridefinire*, in *Dir. soc.* 1986, spec. 465 ss. e 484 ss. Simile, anche se poi difforme in alcune conclusioni, è la posizione di C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 131, la quale afferma che tra sicurezza e diritti di libertà non vi è antinomia, la prima essendo funzionale ai secondi, anche se, proprio per questo, l'A. pone in particolare l'accento sul limite alla potestà punitiva derivante dal rispetto dei diritti inviolabili. *Contra*, in modo netto, si veda T. E. FROSINI, *Privacy*, loc. cit., il quale, dopo aver affermato che «nel bilanciamento dei diritti prevale sempre e comunque il diritto fondamentale del cittadino, anche di fronte al diritto allo svolgimento dell'azione penale», conclude che «questo non è garantismo, ma piuttosto costituzionalismo».

⁵⁵ Si pensi, per fare un esempio evidente, alla funzionalità della repressione penale dell'omicidio ai fini di una reale tutela del diritto alla vita. In generale, sul tema, si vedano le argomentazioni, pienamente condivisibili, di P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Firenze 1993, 57 ss., il quale afferma che il diritto penale è posto «per rendere operativi i valori che sono oggetto a loro volta dei diritti fondamentali», così che il suo scopo «non solo non è contrastare i diritti fondamentali, bensì opera[re] a favore loro e quindi anche a favore dell'individuo», configurandosi semmai «come conseguenza stessa delle libertà costituzionali» (corsivo testuale). Peraltro, tale assunto trovava già una sua limpida affermazione nella dottrina penalistica classica; cfr., per rinviare ad un'autorevole trattazione della disciplina, F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze 1898, vol. I, 268, ove si legge che «il giure penale non è ... un moderatore della libertà umana. Esso ne è il protettore. Chi lo desicrisse come un freno di libertà, ne falsò la natura».

⁵⁶ Come scrive G. GEMMA, *Diritto*, cit., 462 ss., la Costituzione non rappresenta solo un limite ma anche un imperativo all'esercizio della potestà punitiva. Cfr. anche O. HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, Torino 2001, IX, per il quale «il diritto penale rappresenta un elemento irrinunciabile dell'organizzazione di una società ... nella funzione concreta di scudo protettivo dei diritti umani ed espressione del legame della società con le vittime della loro violazione».

tivo per il legislatore sia di tutelare penalmente determinati beni sia di rendere effettiva ed efficace la sanzione penale⁵⁷, ed in dottrina analogo ragionamento è stato svolto con riferimento alla Carta europea dei diritti fondamentali, che appunto imporrebbe il ricorso allo strumento penale per contrastare le offese a (parte dei) diritti ivi riconosciuti⁵⁸.

Inoltre, relativamente al discorso che andiamo svolgendo, non può trascurarsi che spesso il bilanciamento tra diritto alla riservatezza dell'inquisito e interesse dello Stato ad esercitare la propria potestà punitiva viene svolto trascurando l'esistenza di un terzo interesse in gioco, qual è la tutela della persona offesa dal reato⁵⁹: di modo che, se è vero che le stesse intercettazioni possono presentarsi lesive della dignità dell'inquisito, è pur vero che nel conflitto tra dignità del reo e dignità della vittima, è quest'ultima a dover tendenzialmente prevalere. Ovviamente, come è stato posto in rilievo⁶⁰, questa esigenza di protezione della vittima del reato non è mai formalmente negata né posta in discussione da alcuno, ma ci pare non meno evidente che è esattamente ciò che finisce comunque per accadere nei fatti, allorché il diritto alla riservatezza dell'inquisito vada ad assumere un valore tale da impedire od ostacolare gravemente l'esercizio di un'attività di fondamentale importanza per l'accertamento dei reati, quali sono le intercettazioni di comunicazioni. Non a caso, in dottrina si è giunti, non senza fondamento, a rilevare che, almeno in taluni casi, si è andato formando un «clima normativo che,

⁵⁷ Per una significativa disamina di questi casi, si veda E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino 2006, 255 ss., il quale evidenzia che così la giurisprudenza aderisce alla tesi secondo cui il diritto penale non è solo uno strumento statale pericoloso per i diritti ma anche uno strumento «utile, se non necessario e indispensabile, per una effettiva protezione ed affermazione degli stessi diritti». In tema, ampiamente, anche F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità*, Milano 2003, spec. 75 ss.

⁵⁸ Così, V. MILITELLO, *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale*, in *Dir. pen. XXI secolo* 2003, spec. 54 ss.

⁵⁹ Per una (rara) occasione in cui la tutela della persona danneggiata dal reato compare nella giurisprudenza della Corte costituzionale, si veda la pronuncia n. 390 del 2007, relativa, sia pure sotto un profilo assai specifico, al tema di cui ci andiamo occupando, in *Giur. cost.* 2007, 4367 ss. In generale, comunque, la giurisprudenza della Corte sembra piuttosto propensa a ribadire la posizione di inferiorità in cui, nel processo penale, versa la persona offesa rispetto al Pubblico Ministero ed all'imputato, escludendo che questa goda di un diritto alla prova: cfr., da ultimo, l'ordinanza n. 339 del 2008, in *Giur. cost.* 2008, 3788 ss.

⁶⁰ Da G. GEMMA, *Costituzionalismo*, cit., 136 ss., il quale parte appunto dalla prospettiva che «la tutela della vittima deve avere la priorità».

per eccessi di sensibilità alla *privacy*, perde di vista equilibri più complessi»⁶¹.

Né, crediamo, vale obiettare che la disciplina delle intercettazioni coinvolge anche un ulteriore interesse, ovvero quello alla riservatezza del terzo che si trovi a comunicare con il soggetto inquisito. Non che ciò non sia vero, il che anzi è un dato chiaramente innegabile⁶², ma è pur vero che il terzo, se da un lato deve essere tutelato rispetto all'uso (e specialmente alla divulgazione) di comunicazioni non rilevanti ai fini dell'indagine, dovrà tuttavia sopportare, ove l'intercettazione sia legittimamente disposta e il contenuto attinente all'indagine, una qualche compressione della segretezza delle sue comunicazioni, in quanto prevalente ci pare l'esigenza di tutelare chi sia stato vittima di un reato rispetto a chi, pur diverso dall'autore del fatto, non abbia subito un tale pregiudizio. Non solo, ma il sacrificio sofferto dal terzo intercettato, se da un lato risponde ad un adempimento degli inderogabili doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., per altro verso comporta innegabilmente un beneficio, sia pure indiretto, anche nei suoi confronti, posto che la punizione di un delinquente giova alla società nel suo complesso e la garanzia dei diritti di un singolo giova a tutti i consociati.

E allora, se applichiamo questa, a nostro avviso più corretta, lettura del costituzionalismo, dovremo ammettere che certo esiste un diritto alla riservatezza dell'inquisito e tanto più del soggetto terzo che sia parte della comunicazione, che certo la limitazione di tale diritto dovrà avvenire solo allorché e nella misura in cui essa sia necessaria e comunque proporzionata alle esigenze di accertamento criminale, ma anche che quando tali due condizioni di base siano rispettate, il diritto alla riservatezza dovrà cedere alle esigenze di repressione criminale⁶³, e ciò *in primis*

⁶¹ F. DE LEO, *Due o tre cose su dati di traffico e tutela della privacy*, in *Quest. giust.* 2004, 840.

⁶² Così come conveniamo con A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 470, sul fatto che l'attuale disciplina andrebbe migliorata a tutela del terzo, estendendo a suo favore la previsione dell'avviso del deposito in segreteria delle comunicazioni che lo riguardano e del diritto di prenderne visione, salvo diverse esigenze investigative.

⁶³ *Contra*, per citare un esempio significativo dell'atteggiamento particolarmente garantista prevalente in dottrina, cfr. la netta presa di posizione di A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionali"*, in *Cass. pen.* 1999, 1193 ss., che, sia pure riferendosi specificamente alle intercettazioni di immagini, afferma che sul piano etico ci sarebbero ottimi motivi per rifiutare lo strumento investigativo delle riprese, perché conviene riconoscere a tutti gli individui, anche

a vantaggio della persona offesa dal reato. Così che, per riprendere le parole della dottrina più volte citata, anche rispetto al tema di cui ci occupiamo, dovranno giudicarsi «illegittime costituzionalmente tutte le norme processuali che, ingiustificatamente, precludono, o rendono difficoltoso l'accertamento della verità»⁶⁴. Del resto, un primo intervento della Consulta volto a riequilibrare, sia pure in relazione ad un profilo inevitabilmente specifico, il bilanciamento tra riservatezza ed altri interessi di primario rilievo nel processo penale si è avuto con la sentenza n. 173 del 2009, ove si legge a chiare lettere che la tutela della riservatezza non giustifica «una eccessiva compressione dei diritti di difesa e di azione e del principio del giusto processo». Il che, ci pare, non solo avalla l'idea che la legislazione più recente abbia preso un indirizzo sbilanciato a favore della tutela di questo pur fondamentale diritto⁶⁵, ma conferma altresì la convinzione che ridiscutere il corretto assetto del rapporto tra gli interessi costituzionali in gioco sia una priorità, in vista di auspiccate riforme complessive.

4. *Il bilanciamento all'opera: disciplina delle intercettazioni e legittimità costituzionale*

Dopo avere illustrato quale riteniamo sia il corretto bilanciamento tra gli interessi costituzionali coinvolti nella disciplina delle intercettazioni, cercheremo ora di indicare, nelle loro linee essenziali, quali sono a nostro avviso i più rilevanti profili critici della regolazione positiva che tale attività investigativa riceve, senza ovviamente analizzare tutte le pur importanti questioni di dettaglio poste dalle singole norme vigenti⁶⁶. Non senza anticipare, in via generale, che diverse disposizioni processuali e non poche proposte di modifica *in subiecta materia* appaiono, come vedremo,

sospettati di gravi reati, uno spazio incompressibile di intimità, inaccessibile anche agli inquirenti. Ma, in senso più ampio, vedi anche M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., 126.

⁶⁴ G. GEMMA, *Costituzionalismo*, cit., 163.

⁶⁵ Si osservi, per inciso, che la Corte fin dalla più volte citata sent. 34 del 1973 aveva parlato della necessità di un contemperamento tra gli interessi costituzionali in gioco, significativamente ponendosi, però, allora, nella opposta prospettiva che la riservatezza delle comunicazioni non dovesse essere sproporzionatamente sacrificata.

⁶⁶ Un'accurata ricostruzione della normativa, con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza, può leggersi in P. BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., 91 ss.; nonché, più di recente, in A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 25 ss.

non aderenti alla lettura che crediamo preferibile del dettato costituzionale.

4.1. I limiti di ammissibilità

L'art. 266 c.p.p. indica i reati per i quali è possibile procedere ad intercettazioni, ovvero i delitti non colposi e i delitti contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni ed altri delitti individuati o per la loro gravità (come quelli concernenti le armi o gli stupefacenti) o per la loro attinenza all'ambito delle comunicazioni (quali per esempio le molestie a mezzo del telefono).

La previsione, in sé, di limiti oggettivi alla ammissibilità di questo mezzo di ricerca della prova viene fondata, tanto dalla Corte costituzionale quanto dalla Corte di Strasburgo, sul presupposto che la effettiva garanzia della segretezza delle comunicazioni richieda un ricorso assolutamente eccezionale a questo mezzo investigativo⁶⁷, da limitare pertanto a quelle ipotesi che il legislatore, con sua valutazione discrezionale⁶⁸, ritenga di maggiore allarme sociale. Laddove, peraltro, la discrezionalità del legislatore si è sempre dipanata, come si è visto, di norma attraverso un criterio di tipo quantitativo, parametrato sul *quantum* di pena editale⁶⁹, e solo eccezionalmente di tipo qualitativo⁷⁰.

Ora, è nostra opinione che la previsione dei limiti contenuti nell'art. 266 citato sia, sì, conforme a Costituzione, ma per ragioni affatto diverse da quelle normalmente addotte.

⁶⁷ Cfr, ancora una volta, la sentenza n. 34 del 1973 della Consulta. In dottrina, si esprimono, almeno in forma dubitativa, per la incostituzionalità di una disciplina priva di limiti oggettivi di ammissibilità, tra gli altri, V. GREVI, *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*, in *Riv. dir. proc. pen.* 1967, 733 ss.; G. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., 74; ed A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 64 ss., il quale giustifica la maggiore severità che in tal caso si ha rispetto alla disciplina di altri mezzi di ricerca della prova, quali le perquisizioni, con la necessità di tutelare i terzi coinvolti nelle comunicazioni.

⁶⁸ La rilevante discrezionalità del legislatore sul punto, che rende difficile concludere con certezza per la incostituzionalità di qualunque scelta, è posta in luce da E. MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.* 2008, 4839.

⁶⁹ Per una critica alle modalità di calcolo della pena editale, cfr. A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 68, per il quale il criterio prescelto finisce per allargare surrettiziamente i limiti di ammissibilità.

⁷⁰ Come invece auspicato in dottrina, per esempio, da P. FERRUA, *Privacy*, cit., 121.

Da un lato, infatti, riteniamo che l'opinione secondo cui, per tutelare il diritto alla segretezza delle comunicazioni, l'intercettazione deve essere limitata a reati di particolare gravità rappresenti una forzatura interpretativa, non trovando alcun riscontro nel testo costituzionale⁷¹. Qualunque reato, in quanto tale, giustifica sia la pretesa statale alla condanna del delinquente, sia la tutela della vittima che dal reato abbia visto lesa un proprio diritto: di fronte a queste esigenze, ci sembra pertanto che la tutela della segretezza debba cedere, laddove semmai è il ricorso allo strumento della sanzione penale che dovrebbe essere attentamente utilizzato dal legislatore e quindi riservato a fattispecie di effettiva gravità ed allarme sociale. Ma, in tal caso, va da sé che il rimedio dovrebbe essere la modifica della norma incriminatrice, e non già la riduzione della sua effettività attraverso la preclusione all'utilizzo di mezzi investigativi.

Dall'altro lato, tuttavia, non va trascurato che, ove non esistessero limiti alla ammissibilità delle intercettazioni ed a queste si facesse ricorso per ogni illecito penale, date le risorse di tempo, umane ed economiche che l'intercettazione comporta⁷², vi sarebbe il rischio che l'uso di questo mezzo investigativo per reati minori finisca per andare a discapito della repressione di quelli di maggiore allarme⁷³. Senza contare che un ricorso sistematico alle intercettazioni potrebbe indurre in molti il sospetto di essere intercettati e pertanto far propendere per il silenzio o per fornire informazioni devianti, minando così la stessa utilità del mezzo investigativo⁷⁴. Ed allora, proprio per l'esigenza che l'attività intercettativa risulti

⁷¹ Non caso, come rileva E. MARZADURI, *Spunti*, cit., 4837 ss., a ben vedere né la dottrina che si era occupata del tema prima della riforma del 1974, quando non erano previsti limiti di ammissibilità dalla normativa allora vigente, né la stessa Corte costituzionale nella sent. 34 del 1973 si erano mai espresse nel senso che la delimitazione a determinate fattispecie criminose fosse costituzionalmente imposta, pur ritenendola scelta decisamente auspicabile.

⁷² Sui costi economici delle intercettazioni, si vedano le considerazioni di M. L. BINTONTO, *Lungo la strada*, cit., 10 ss.

⁷³ Come sembrano paventare in particolare E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni*, cit., XVIII. Solo in questo senso riteniamo di aderire ai rilievi di E. MARZADURI, *Spunti*, cit., 4838, secondo cui l'esigenza di reprimere i reati si manifesta in termini diversificati in relazione al disvalore del fatto rendendo opportune soluzioni parimenti differenziate nel rapporto tra libertà e autorità.

⁷⁴ È quanto sottolinea P. FERRUA, *Privacy*, cit., 127, anche se, invero, per detto Autore ciò rappresenta un argomento per restringere la disciplina del ricorso al mezzo investigativo *tout court* e non per giustificare limiti alla ammissibilità quali quelli di cui stiamo discorrendo.

davvero efficace, crediamo sia doveroso per il legislatore restringerne l'uso a casi di effettiva gravità.

In quest'ottica, pertanto, la norma processuale *de qua* rappresenta, a nostro avviso, un bilanciamento accettabile, dato che si tiene conto della pena edittale come un ragionevole criterio su cui valutare l'allarme sociale e l'antigiuridicità del fatto, laddove il massimo della pena di cinque anni può essere un valido discrimine per individuare i fatti di maggiore gravità. Né vale obiettare che tale criterio rischi di peccare tanto in eccesso quanto in difetto rispetto alla valutazione in termini di disvalore di singole fattispecie che verrebbero escluse o incluse in forza del solo dato edittale di pena⁷⁵, perché, nel complesso, esso, oltre ad apparire nella maggior parte dei casi conforme ad una adeguata valutazione di disvalore, fornisce l'ulteriore e non secondario vantaggio di includere automaticamente nuove fattispecie penali che venissero introdotte. Laddove, semmai, potrebbe essere oggetto di critica la pena edittale stabilita per determinati reati, più che la loro conseguente automatica inclusione od esclusione tra quelli per cui è ammessa l'intercettazione. Va poi da sé che una restrizione delle ipotesi di ricorso alle intercettazioni, quale era, almeno inizialmente, prevista ad esempio dal più volte citato d.d.l. 1415-B, porterebbe ad un inaccettabile squilibrio a danno della repressione penale, peraltro senza alcuna effettiva maggiore tutela della *privacy*, dato che solo la modifica delle norme sulla pubblicità del contenuto di esse potrebbe portare a questo risultato⁷⁶.

⁷⁵ Come fanno, ad esempio, L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 80 ss; e A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 72 ss. Il primo di questi Autori, peraltro (*op. cit.*, 49 ss.), annovera tra i reati non gravi per i quali sarebbe inopportuno il ricorso alle intercettazioni anche le molestie per mezzo del telefono. Sennonché, su questo punto, è facile ribattere che si tratta di una ipotesi in cui è il mezzo stesso utilizzato per commettere il reato a richiedere, per un'efficace attività repressiva, il ricorso alla intercettazione, né certo va tutelata la riservatezza di chi usa il mezzo comunicativo per minacciare o molestare altri. Semmai, come evidenzia E. MARZADURI, *Spunti*, cit., 4839, ove per tali reati fosse preclusa l'intercettazione, essi rischierebbero di rimanere impuniti, in violazione dell'art. 112 Cost.

⁷⁶ Come scrive efficacemente A. NAPPI, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.* 2009, 473, restringere l'uso delle intercettazioni ai reati più gravi impedisce di usarle per i reati minori, ma non che esca ogni genere di notizia relativa a quelli. Critiche all'iniziale disegno di legge sono state sollevate, tra gli altri, anche da V. GREVI, *Le intercettazioni*, cit., 849, che rilevava come esso rispondesse al convincimento, verosimilmente ispirato ad altre finalità, che la limitazione alla divulgazione di notizie si dovesse perseguire attraverso una drastica riduzione delle fattispecie per cui è ammessa l'intercettazione; e da V. MAFFEO, *La riforma in itinere delle intercettazioni, tra tutela della privacy ed esigenze dell'accertamento*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 512, per la quale la tutela della riservatezza si

Appare poi scontato, alla luce di quanto andiamo sostenendo, che non condividiamo l'assunto dottrinario⁷⁷ per cui dovrebbe risultare inutilizzabile l'intercettazione qualora, nel seguito del procedimento, il fatto fosse derubricato verso altra fattispecie per la quale non è ammessa l'intercettazione. Infatti, se la limitazione dei reati per cui le intercettazioni sono ammissibili si giustifica solo sulla base di un criterio di efficacia del mezzo investigativo in generale, non vi sono ragioni per non utilizzare materiale lecitamente acquisito sulla base di un giudizio formulato in un momento in cui è oggettivamente possibile che la qualificazione del fatto, pur sempre costituente reato, risulti non del tutto chiara. La non utilizzabilità, in questo caso, andrebbe solo a detrimento della potestà punitiva dello Stato, favorendo indebitamente la tutela della riservatezza di chi è responsabile di un fatto di reato, senza che a ciò possa portare alla soddisfazione di alcun interesse costituzionale.

4.2. *Le intercettazioni ambientali*

L'art. 266 del codice di rito penale si occupa anche delle intercettazioni tra presenti (meglio note come intercettazioni ambientali), ovvero di quei casi in cui l'intercettazione avvenga non a distanza ma attraverso la registrazione di una comunicazione tra persone contemporaneamente presenti in un certo luogo. Tale attività ha dato vita, da tempo, ad un ampio dibattito per ciò che concerne le intercettazioni captate in luoghi di privata dimora, in quanto ricadenti non solo nell'ambito di applicazione dell'art. 15 Cost., ma anche nella protezione che l'art. 14 Cost. assegna al domicilio. Proprio per tale motivo, la norma prevede che, ove l'intercettazione debba avvenire in un luogo di privata dimora, qui sia

deve ricercare sul piano della effettiva indispensabilità dell'intercettazione e non escludendone *in nuce* l'ammissibilità.

⁷⁷ Si vedano, per esempio, G. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., 77; e L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 198. La giurisprudenza, peraltro, è orientata in senso opposto, per la considerazione che il giudizio sulla ammissibilità è frutto di una valutazione *rebus sic stantibus* e non sulla base di elementi emersi successivamente: cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. I, 19 maggio 2010, n. 24163, in *Cass. pen.* 2011, 3941. Una soluzione intermedia, astrattamente condivisibile ma di realizzabilità pratica quanto meno dubbia, è quella proposta da C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.* 2011, 3656, che propone di dichiarare inutilizzabili le (sole) intercettazioni per le quali appaia manifesto che la qualificazione iniziale tra i reati di cui all'art. 266 c.p.p. era meramente strumentale allo scopo di poter fare ricorso, in modo elusivo, a questo mezzo di ricerca della prova.

possibile procedere solo nel caso in cui vi sia il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, così restringendo la possibilità di utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova.

Al riguardo, è nostra opinione che il bilanciamento appena descritto risulti eccessivamente restrittivo rispetto all'obbligo di esercizio dell'azione penale. Infatti, se certo in questi casi si ha una limitazione contestuale della libertà e segretezza delle comunicazioni e della libertà di domicilio, è parimenti innegabile che anche per quest'ultima debbano valere le considerazioni già svolte in generale, per cui tali limitazioni possano ritenersi ammissibili quando rappresentino l'unico mezzo efficace per lo Stato per esercitare la propria pretesa punitiva, e questo, ancora una volta, a difesa dei diritti costituzionalmente riconosciuti, e non già per sminuirne l'importanza o la effettività. Sicché limitare la possibilità di intercettazione al caso di fondato motivo che vi si svolga l'attività criminosa ci sembra una limitazione eccessiva⁷⁸, che non risponde ad un corretto bilanciamento tra gli interessi costituzionali in gioco. Il quale, semmai, richiederebbe che l'attività intercettiva fosse ammessa anche laddove questa fosse finalizzata alla individuazione dell'autore del reato o all'acquisizione di elementi di indagine, ancorché in quel luogo non si stia attualmente consumando alcun reato.

4.3. *Le intercettazioni di immagini*

L'intercettazione di immagini appare un profilo assai problematico nella disciplina complessiva di questo mezzo di ricerca della prova, per la possibilità che esso involga, come visto per le intercettazioni ambientali, anche un ulteriore diritto costituzionalmente tutelato quale la libertà di domicilio. Problema, peraltro, aggravato dalla mancanza di una disciplina legislativa sul punto, che ha costretto la giurisprudenza a colmare il vuoto, cercando di elaborare soluzioni adeguate per consentire il ricorso a questo mezzo investigativo.

In particolare, non senza travaglio, sulla base di decisioni rese tanto dalla Consulta quanto dalla Cassazione, può ora dirsi che si ha una disciplina distinta a seconda a) del fatto che le immagini abbiano ad oggetto

⁷⁸ Di «garantismo iperbolico» parla anche F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2006, 855. Si osservi, tra l'altro, che proprio in molte ipotesi di flagranza di reato sarebbe probabilmente più opportuno disporre l'intervento diretto degli organi di polizia per porre termine all'attività criminosa piuttosto che la sola intercettazione.

attività di valore comunicativo, ovvero volte a trasmettere messaggi, anche se non verbalmente, o al contrario comportamenti che non hanno un simile valore e b) del luogo, pubblico o privato, in cui si svolge l'attività intercettata⁷⁹.

Per stabilire se una determinata intercettazione, nel silenzio del legislatore, sia ammissibile, occorre perciò, *in primis*, verificare se le immagini oggetto di ripresa riguardino comportamenti a valore comunicativo oppure no (criterio *sub a*)⁸⁰.

Nel primo caso, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 135 del 2002⁸¹, l'intercettazione di immagini viene considerata nulla più che una normale intercettazione ambientale, pertanto soggetta alle regole procedurali per essa previste. In questo caso, infatti, benché sia innegabile che attraverso l'immagine l'invasione nella sfera privata sia maggiore rispetto alla sola intercettazione di una comunicazione verbale⁸², si verte pur sempre nell'ambito di una captazione di comunicazioni e quindi nell'ambito di operatività dell'art. 15 Cost. Di modo che il bilanciamento tra esigenze investigative e tutela della riservatezza operato dal legislatore negli artt. 266 e ss. c.p.p. può ritenersi pienamente applicabile, stante la sostanziale identità di *ratio* ed analogia nel modo di operare dei due mezzi investigativi. Parimenti, anche una auspicabile disciplina legislativa *ad hoc* potrebbe sul punto, a nostro avviso, equiparare *tout court* le intercettazioni di immagini a quelle ambientali, come del resto faceva, ad esempio, da ultimo, il d.d.l. 1415-B⁸³.

La verifica del valore comunicativo rende superfluo stabilire se l'attività intercettata attraverso la videoripresa si sia svolta in luogo pubblico o di privata dimora, dato che, anche nel secondo caso, secondo la Consulta, non sarebbe ostativo il fatto che l'art. 14, comma 2, Cost. ammetta

⁷⁹ Per un chiaro ed accurato approfondimento di queste distinzioni e dei loro possibili intrecci, cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.* 2008, 1832 ss.

⁸⁰ Prescindiamo qui interamente da ogni considerazione sulla difficoltà concreta, poi, di determinare quando un comportamento abbia contenuto comunicativo o meno, essendo piuttosto numerosi i casi limite in cui è ben difficile compiere questa valutazione. Per questi profili, ci limitiamo a rinviare, *ex plurimis*, alle note di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, 222.

⁸¹ In *Giur. cost.* 2002, 1062 ss.

⁸² Come rileva, tra l'altro, A. CAMON, *Le riprese*, cit., 1203, che proprio per questo afferma che filmare una comunicazione produrrebbe una lesione della *privacy* sproporzionata rispetto al fine.

⁸³ Concorda sul punto A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 103.

limitazioni alla libertà domiciliare solo attraverso ispezioni, perquisizioni e sequestri. Infatti, ad avviso del giudice delle leggi, l'elenco di cui alla norma in questione avrebbe carattere aperto e non tassativo, non potendosi immaginare che esso debba intendersi cristallizzato all'epoca della scrittura del testo costituzionale, quando i mezzi investigativi in questione non erano nemmeno prevedibili⁸⁴.

Qualora, invece, l'intercettazione non abbia ad oggetto comportamenti comunicativi (ma, per esempio, direttamente la consumazione di un reato o altri eventi rilevanti ai fini dell'indagine) occorre distinguere se le immagini vengano carpite in luoghi pubblici o privati (criterio *sub b*).

Quanto ai primi, l'intercettazione è ritenuta ammissibile come prova innominata *ex art.* 189 c.p.p., perché, pur avendo ad oggetto comportamenti non comunicativi, lo svolgimento delle riprese in luogo pubblico non pone, evidentemente, il problema del rispetto delle garanzie previste dall'art. 14 Cost.⁸⁵.

Quanto ai secondi, invece, il fatto che entri in gioco la libertà di domicilio fa sì che, in assenza di una espressa previsione legislativa come stabilito dalla norma costituzionale, che pone al riguardo una riserva assoluta, debbano ritenersi inammissibili, in quanto prove incostituzionali⁸⁶, le intercettazioni di immagini avvenute all'interno di un domicilio⁸⁷. Benché anche tale conclusione non sia esente da critiche in dot-

⁸⁴ Per una critica a tale profilo della decisione, cfr. C. CONTI, *Accertamento*, cit., 201 ss. nonché, tra i costituzionalisti, A. PACE, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, e F.S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, entrambi in *Giur. cost.* 2002, 1070 ss. e 1076 ss., i quali, pur condividendo sostanzialmente le conclusioni della Consulta, criticano l'affermazione che per ammettere una intercettazione occulta sia necessario considerare aperto l'elenco di cui all'art. 14, comma 2, ritenendo invece sufficiente una interpretazione evolutiva del *dictum* della norma.

⁸⁵ Se questo era già l'orientamento più recente della Cassazione, nel medesimo senso si veda la pronuncia n. 149 del 2008 della Corte costituzionale, cit., 1831. L'assunto è pacifico anche nella dottrina più garantista; cfr., ad esempio, A. CAMON, *Le riprese*, cit., 1213.

⁸⁶ Ricordiamo qui solo per inciso che tale concetto è tutt'altro che universalmente accolto dalla dottrina processualpenalistica, anche se pacifica è comunque l'esclusione in tal caso dell'utilizzabilità delle prove così acquisite. Per una ricostruzione del dibattito dottrinario su punto, rinviamo per tutti a C. MARINELLI, *Intercettazioni*, cit., 140 ss., ove l'A. riporta anche alcune critiche a detta ricostruzione.

⁸⁷ Ancora una volta, sul punto, si registra la convergenza della giurisprudenza di legittimità rispetto alle pronunce del giudice delle leggi citate nelle note precedenti.

trina⁸⁸, ci pare che in effetti, *rebus sic stantibus*, la posizione espressa dalla Consulta sia difficilmente controvertibile, per l'evidente sussistenza di una riserva assoluta di legge, che la Corte ha espressamente rifiutato di colmare, nella citata sentenza n. 135 del 2002, attraverso una propria pronuncia additiva che estendesse alla intercettazioni di immagini prive di contenuto comunicativo la normativa vigente sulle intercettazioni. Il che pure ci pare corretto, data la diversità degli interessi costituzionali in gioco, che impedisce di sovrapporre alla valutazione del legislatore quella del giudice delle leggi, benché vi sia una analogia, ma non una identità, nel modo di operare dei due mezzi investigativi e nelle finalità con essi conseguite⁸⁹. Semmai, quello che si rende pressante è un intervento del legislatore che disciplini esplicitamente le intercettazioni di immagini nel domicilio, ciò che a nostro avviso, secondo quanto già suggerito in relazione alla intercettazione di comunicazioni, dovrebbe tenere conto di quanto si è venuti dicendo circa la necessità di favorire l'accertamento delle responsabilità penali ogniqualvolta ciò non comporti una sproporzionata limitazione della riservatezza dell'inquisito⁹⁰.

Da ultimo, va osservato che attualmente, a complicare il quadro – sia pur nel lodevole intento di salvaguardare le esigenze della repressione criminale in assenza di un adeguato sforzo in tal senso da parte del legislatore – la giurisprudenza di legittimità⁹¹ ha introdotto anche una categoria intermedia assai discussa, i cd. luoghi riservati, nei quali la *privacy*

⁸⁸ Come quelle di F. CORDERO, *Diritti, malaffare, suoni, immagini*, in ID., *Aspettando la cometa*, Torino 2008, 160 ss., per il quale «intrusi, spioni, divulgatori vanno puniti, ma non guastiamo i processi mandando al diavolo materiali utili finché non vigono divieti espressi; e sarebbe giorno triste quello in cui fossero istituiti, suadenti le lobbies del malaffare».

⁸⁹ *Contra*, A. LONGO, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, in *Giur. cost.* 2002, 2208 ss. il quale invece proprio sulla base di questi elementi ritiene che la Corte sarebbe dovuta intervenire per rimuovere una irragionevole disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe.

⁹⁰ Di diversa opinione è G. PAGANETTO, *Le riprese visive nei luoghi di privata dimora. Spunti per una riflessione sui contenuti e i limiti della libertà di domicilio*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. II, Napoli 2012, 1687 ss., secondo la quale, poiché l'invasività di tali mezzi investigativi può portare ad una notevole violazione della dignità umana, essi andrebbero limitati a casi eccezionali per specifici e gravi reati. Sennonché, così facendo, come già si è rilevato, si rischia di porre un ostacolo insormontabile all'accertamento delle responsabilità penali conseguenti a reati che una lesione della dignità (della vittima di quel reato) hanno già prodotto.

⁹¹ Il riferimento è a Cass. Sez. Un. 28 marzo 2006, n. 26795, in *Cass. pen.* 2006, 3937 ss.

troverebbe tutela non nell'art. 14, comma 2, Cost. non trattandosi di veri e propri luoghi rientranti nel concetto di domicilio (nel quale, secondo la Cassazione, rientrerebbero solo i luoghi da cui si vogliono e possano escludere gli altri stabilmente, e quindi anche in propria assenza⁹²), bensì nelle più generali clausole di cui agli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, ciò che consente di escludere la garanzia della riserva di legge assoluta prevista per la libertà di domicilio⁹³. Con l'importante effetto, perciò, di rendere sufficiente un provvedimento motivato dell'Autorità Giudiziaria per poter disporre tali intercettazioni, anche in assenza di un'esplicita previsione normativa⁹⁴.

Ora, pur apprezzando il tentativo ispirato a innegabile buon senso, ci pare che l'assunto della giurisprudenza non sia sostenibile, in quanto destinato a dimostrare più di quanto voluto. Infatti, se è di per sé ammissibile che la *privacy*, come diritto costituzionale implicito, riceva una tutela maggiore solo in relazione a specifiche ipotesi, come nel caso in cui si tratti di offrire protezione in ambito domiciliare, ciò che non convince è che, una volta esclusa la riserva di legge in quanto non prevista, si introduca poi una riserva di giurisdizione, che tuttavia è allo stesso modo mancante. Allora delle due l'una: o si ammette che la *privacy* trova sempre e comunque il suo referente costituzionale nell'art. 14 Cost., e se ne applica *in toto* la relativa disciplina, oppure si ammette che questa norma costituzionale regola solo una ipotesi specifica non suscettibile di estensione analogica. Il che comporta che i luoghi cd. riservati possono trovare protezione nella riserva di legge e di giurisdizione (congiuntamente) solo nel caso in cui possano qualificarsi in termini di domicilio; laddove ciò non sia possibile, come ritiene a nostro avviso correttamente la Cassazione, non potrà che concludersi che, fino ad una limitazione introdotta dal legislatore, per essi non sarà necessario nemmeno l'atto dell'Autorità Giudiziaria.

⁹² Così, luogo riservato e non privato è stata ritenuta la *toilette* di un pubblico esercizio (in cui era stato ripreso uno spaccio di stupefacenti). In tema cfr., tra i tanti, C. MARINELLI, *Intercettazioni*, cit., spec. 197 ss.; e M.C. MARZO, *Il concetto di "privata dimora" relativamente alle intercettazioni ambientali in ospedale*, in *Giur. it.* 2010, 427, la quale, criticando l'esclusione dalla tutela costituzionale per la stanza del nosocomio, rileva in generale come, a suo avviso, la Suprema Corte tenda ad estendere la possibilità di ricorrere alle intercettazioni oltre il disposto legislativo, privilegiando la ricerca della verità ad ogni costo a danno dei diritti fondamentali dell'individuo.

⁹³ Per un'ampia ricostruzione della vicenda, cfr. C. CONTI, *Accertamento*, cit., 208 ss.

⁹⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamente*, cit., 1841.

4.4. *L'acquisizione dei tabulati telefonici*

La disciplina della acquisizione dei tabulati telefonici è contenuta nell'art. 132 del Codice della *privacy* (d. lgs. 196 del 2003, nel testo più volte novellato), il quale prevede che per i primi 24 mesi i dati di traffico possano essere acquisiti per le esigenze di accertamento dei reati⁹⁵, e che siano conservati per ulteriori 24 mesi soltanto i dati riferibili a reati di criminalità organizzata. Per il primo periodo i dati sono acquisiti a richiesta del Pubblico Ministero, mentre per il periodo ulteriore occorre l'autorizzazione del giudice, salvo casi di urgenza, in presenza di sufficienti indizi di reato⁹⁶. Peraltro, tale impianto è stato giudicato non contrario a Costituzione nella sentenza n. 372 del 2006, ove il giudice delle leggi ha ritenuto che, ferma restando la limitazione che per via della conservazione dei dati di traffico riceve il diritto alla riservatezza, è giustificabile il protrarsi del termine di conservazione soltanto per reati di maggiore gravità perché verrebbe mantenuta una proporzione tra lesività del reato e ampiezza della limitazione della riservatezza⁹⁷.

In effetti, la soluzione cui è giunta la Corte ci pare condivisibile. Semmai, andrebbe invece contestata l'equiparazione, sostenuta da parte della dottrina⁹⁸ e fatta propria, ad esempio, dal testo del d.d.l. 1415-B, tra intercettazione vera e propria di una comunicazione e mera acquisizione dei tabulati. Infatti, se è vero che, per quest'ultima attività, già da tempo si afferma, tanto in dottrina⁹⁹ quanto nella giurisprudenza della Corte¹⁰⁰,

⁹⁵ Critici su tale punto A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 466 ss., i quali, pur ammettendo che sarebbe eccessiva l'assimilazione dei tabulati al contenuto delle comunicazioni, pensano che, in mancanza di un filtro idoneo del giudice, si renda sufficiente anche un blando collegamento con un reato per limitare la riservatezza, ciò che ne farebbe un mezzo sproporzionato rispetto al fine.

⁹⁶ Su questa disciplina, cfr. C. CONTI, *Accertamento*, cit., 180 ss.

⁹⁷ Cfr. la sentenza n. 372 del 2006, loc. cit. La decisione è commentata, con un'ampia ricostruzione della evoluzione normativa, da E. BASSOLI, *Acquisizione*, cit., 2450 ss.

⁹⁸ Come E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 237, nt. 71.

⁹⁹ A titolo esemplificativo, si veda, da ultimo, E. GIANFRANCESCO, *Profili*, cit., 236 ss., il quale però precisa che per le chiamate già avvenute, ove non vi sia l'attualità della comunicazione, viene in rilievo non già l'art. 15 quanto piuttosto il generale diritto alla riservatezza. Tale tesi, tuttavia, pur essendo prevalente, non è unanime in dottrina; in senso contrario, per tutti, A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.* 1993, 742 ss.

¹⁰⁰ Cfr. la sentenza n. 81 del 1993, cit., confermata dalla pronuncia n. 281 del 1998, in *Giur. cost.* 1998, 2167 ss., con le quali la Consulta, in assenza di una norma di legge sull'acquisizione dei tabulati, riteneva applicabili le garanzie stabilite nell'art. 256 c.p.p.

che per i dati esterni, idonei solo a rivelare l'esistenza ma non il contenuto di una conversazione, si verte pur sempre nell'ambito della segretezza garantita dall'art. 15 Cost.¹⁰¹, ciò non porta necessariamente a concludere che risulti costituzionalmente necessario applicare *sic et simpliciter* tutte le garanzie previste per le intercettazioni, perché, in tal caso, si finirebbe per limitare di molto il ricorso a questo strumento, favorendo in modo eccessivo il diritto alla riservatezza¹⁰². Il quale – non va dimenticato – viene qui in rilievo soltanto nella sua forma più blanda, assai esigua essendo l'intromissione nella sfera privata dell'inquisito data dalla semplice conoscenza del fatto storico della comunicazione, mentre viene però circoscritta in modo rilevante la potenzialità ai fini investigativi dello strumento. Un tale bilanciamento non sarebbe dunque conforme alle norme costituzionali.

4.5. La durata delle intercettazioni

L'art. 267 c.p.p., al comma 3, dispone che il decreto autorizzativo dell'attività intercettativa ne stabilisca la durata, nel termine massimo di 15 giorni (40 per i reati di criminalità organizzata), prorogabili anche più volte per ulteriori 15 giorni, subordinatamente alla verifica, al termine di ciascun periodo, della effettiva necessità della proroga.

Questa previsione, in dottrina¹⁰³, è stata criticata per non rappresentare un serio limite, laddove sarebbe più aderente alle norme costituzionali una soluzione più garantista, come quella del precedente codice di rito, ma anche – si potrebbe aggiungere – come quella proposta dal d.d.l. 1415-B più volte citato, volta a individuare una durata massima predeterminata e un numero contenuto di proroghe¹⁰⁴.

per il sequestro di documenti protetti da segreto. A tale giurisprudenza si è poi adeguata la Corte di Cassazione, fin dal 2000, secondo quanto riferisce M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., 261.

¹⁰¹ Ma anche dall'art. 8 della CEDU, secondo A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 464 ss., i quali condividono l'assunto sulla base del fatto che in diversi casi il tabulato possa «parlare da sé» e fornire già informazioni sufficienti, tali da rendere persino superfluo conoscere il contenuto della chiamata.

¹⁰² Dello stesso avviso è A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., 67.

¹⁰³ Cfr., per esempio, L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 51.

¹⁰⁴ Per la precisione, il previgente codice stabiliva una durata di 15 giorni prorogabili per un massimo di due volte per una pari durata. Il d.d.l. 1415-B, invece, introduceva, nell'ultima versione, una durata massima di 30 giorni, eventualmente prorogabili di 15 giorni, una prima volta a semplice richiesta del PM, una seconda volta, qualora fossero

In realtà, riteniamo che a tali obiezioni si possa replicare (e ad un eventuale novella legislativa ci si debba opporre) osservando come l'indicazione di un termine fisso, stabilito in generale ed in astratto, prescindendo dalle reali necessità investigative del singolo caso, non solo finirebbe per impedire l'esercizio effettivo dell'azione penale¹⁰⁵, ma la previsione di una durata limitata delle intercettazioni potrebbe far sì che, qualora il Pubblico Ministero non abbia la fortuna di riuscire a ricavare prove durante questo periodo ristretto, anche le intercettazioni fino ad allora effettuate si rivelino inutili, così rendendo vano il sacrificio subito dalla riservatezza del soggetto interessato e determinando uno spreco evidente di risorse. Allora, conviene concludere che certo, in base a quanto abbiamo detto in precedenza, il giudice dovrà ridurre al minimo indispensabile la durata dell'intercettazione, ma qualora l'esigenza investigativa persista¹⁰⁶, un corretto bilanciamento vuole che l'attività possa protrarsi, sia pure per proroghe successive di durata determinata, senza un termine fisso astrattamente determinato. La disciplina vigente, pertanto, realizza un bilanciamento corretto ed appare pienamente conforme a Costituzione, poiché permette, da un lato, di proteggere il diritto alla riservatezza, dato che sono vietate intercettazioni a tempo indeterminato e le proroghe subordinate ad una verifica di indispensabilità¹⁰⁷, ma al contempo consente anche di salvaguardare le esigenze investigative,

emersi nuovi elementi, ed un'ultima volta quando si fosse trattato di impedire che l'attività delittuosa venisse portata a ulteriori conseguenze ovvero che fossero commessi altri reati. In riferimento alla disciplina vigente, rileva A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 143, come, in realtà, *de facto* il limite massimo sussiste nella misura pari alla durata delle indagini preliminari, giacché la eventuale richiesta di proroga di esse deve essere notificata all'inquisito, così rendendo praticamente inutile ogni successiva intercettazione.

¹⁰⁵ Dato che, come rileva D. IACOBACCI, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. pen.* 2011, III, 371, un comportamento umano non è incasellabile in limiti temporali stringenti, per cui sarebbe complicato e pericoloso stabilire una durata fissa per le intercettazioni. In termini di compatibilità di una durata non predeterminata nel massimo con l'art. 15 Cost. a condizione di una adeguata motivazione si esprimeva già V. GREVI, *La nuova disciplina*, cit., 5 ss.

¹⁰⁶ Come spesso accade nei reati in divenire, quali l'usura o l'associazione per delinquere, come evidenzia C. PARODI, *L'intercettazione*, cit., 129 ss.

¹⁰⁷ Diverso discorso è che in giurisprudenza la motivazione della proroga sia, di fatto, tralaticciamente volta a replicare il decreto di autorizzazione (come osservato da A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 144), perché, ancora una volta, si tratta di una questione che richiede di essere risolta evitando degenerazioni della prassi applicativa e non modificando le norme in senso indebitamente restrittivo dello strumento di indagine, laddove correttamente utilizzato.

garantendosi la possibilità di proseguire nella ricerca della prova qualora vi siano adeguati presupposti.

4.6. I casi di inutilizzabilità

Gli articoli 270 e 271 c.p.p. dispongono alcuni limiti all'utilizzabilità dei risultati dell'attività intercettiva, vuoi in relazione al procedimento per il quale la stessa è stata disposta, vuoi in altri e diversi procedimenti. Poiché i due casi sono difformi, riteniamo opportuno trattarne distintamente.

Per quanto concerne l'inutilizzabilità nel procedimento dei risultati acquisiti a seguito d'intercettazioni illecite (ovvero disposte fuori dai casi in cui esse sono consentite) od illegittime (e cioè disposte in violazione delle procedure e dei requisiti legislativamente prescritti), essa trova il suo fondamento nella stessa più risalente giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui vige un «principio secondo il quale 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»¹⁰⁸. In sostanza, il diritto alla riservatezza sarebbe gravemente menomato, e in fatto negato, qualora esso potesse essere limitato senza rispettare le norme che la legge pone per contemperare gli interessi costituzionali in rilievo¹⁰⁹. Eccessiva, pertanto, ci pare la critica di chi, invece, ritiene che il generale divieto di utilizzazione delle prove illecitamente acquisite debba ritenersi non conforme a Costituzione in quanto preclude l'acquisizione di elementi probatori, pur in assenza di una giustificazione fondata su interessi costituzionalmente rilevanti¹¹⁰. Analogamente, giustificata dall'esigenza di assicurare effettività ad un interesse di primario ri-

¹⁰⁸ Cfr. sentenza n. 34 del 1973, cit., 338. Nello stesso senso, afferma A. PACE, *Art. 15*, cit., 111, che l'inutilizzabilità processuale delle prove illecitamente acquisite non deriva da singole norme costituzionali ma dai principi stessi dello Stato di diritto.

¹⁰⁹ Analogamente, P. BALDUCCI, *Le garanzie*, cit., 185 ss., secondo cui la regola costituisce l'attuazione del principio di riserva di legge di cui all'art. 15 Cost.

¹¹⁰ Come G. GEMMA, *Costituzionalismo*, cit., 164 ss., ma già V. GIANTURCO, *La registrazione magnetofonica come mezzo di prova e di documentazione nel processo penale*, in *Riv. it. proc. pen.* 1967, 509, secondo cui «l'esigenza di accertamento del vero ... si impone nel processo, anche al di sopra delle sanzioni di nullità». Tuttavia non ci sembra neppure condivisibile l'affermazione, all'estremo opposto, secondo cui la prova illecitamente acquisita sia pur sempre utilizzabile *pro reo*, come argomentano G. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., 147; e L. FILIPPI, *L'intercettazione*, cit., 240 ss.

lievo costituzionale, quale il diritto di difesa, ci pare ad esempio l'esclusione dell'utilizzabilità d'intercettazioni di comunicazioni tra l'inquisito e il suo avvocato.

Discorso diverso ci sembra debba invece valere per l'utilizzabilità in altri processi, ovvero per il caso in cui dalla intercettazione si vengano a conoscere fatti rilevanti in procedimenti penali differenti da quello durante il quale l'intercettazione è stata disposta¹¹¹. Fattispecie per la quale la utilizzabilità dell'intercettazione è esclusa salvo che sia indispensabile per l'accertamento dei soli reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, che, per inciso, rappresentano ipotesi criminose più gravi (e quindi un insieme nel complesso più ristretto) rispetto ai reati per i quali è ammessa l'intercettazione *ex art. 266 c.p.p.*¹¹². È pur vero che la Consulta, nella più volte citata sentenza n. 366 del 1991, con una decisione su cui si registra un sostanziale accordo della dottrina e seguito anche nella giurisprudenza comune¹¹³, ha riconosciuto che in ogni caso il risultato dell'intercettazione sia utilizzabile come *notitia criminis*, consentendo, pertanto, al PM di dare avvio ad un nuovo procedimento penale, ma ciò non è sufficiente, a parere di chi scrive, per salvare la norma da censure d'illegittimità.

Infatti, a nostro modo di vedere, nessun interesse costituzionale giustifica la impossibilità di usare dati emersi attraverso un mezzo di indagine debitamente autorizzato, dai quali si ricavano elementi utili a far valere una responsabilità penale, solo perché disposto nell'ambito di altro procedimento¹¹⁴. Né vale opporre, come invece argomenta il giudice

¹¹¹ Prescindiamo qui dalla difficoltà di stabilire cosa debba intendersi per procedimento diverso, se cioè vada preso a riferimento il dato formale della diversa *notitia criminis* e del differente numero di iscrizione nel relativo registro, ovvero se, come è orientata la giurisprudenza, non costituiscano procedimenti diversi quelli per reati connessi o collegati. In dottrina, anche per possibili opzioni interpretative intermedie, cfr. C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte costituzionale riequilibra un bilanciamento "claudicante"*, in *Dir. pen. proc.* 2010, spec. 3657.

¹¹² Seppure non manchino anche talune (invero marginali) ipotesi in cui al contrario diverrebbero utilizzabili le intercettazioni in procedimenti per reati per cui esse sarebbero escluse (sul punto A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 287 ss.).

¹¹³ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2006, n. 2596, in *Cass. pen.* 2008, 284.

¹¹⁴ In questa linea di pensiero già A. PACE, *Art. 15*, cit., 111, nt. 9, secondo il quale in tale ipotesi «il "costo sociale" dell'inutilizzabilità non "compensa" alcuna violazione giuridica; ma anzi consegue ad una acquisizione probatoria legittima, prevista dalla stessa Costituzione». L'A. tuttavia non conclude per la illegittimità costituzionale ma solo per la non necessarietà, a livello costituzionale, di questa ulteriore garanzia.

delle leggi, che in difetto l'autorizzazione all'intercettazione rilasciata dal giudice in ottemperanza all'art. 15 Cost. equivarrebbe ad «un'inammissibile autorizzazione in bianco», perché è ben evidente – e così dispone il legislatore in ossequio alla raccomandazione espressa dalla stessa Consulta – che quanto sia stato acquisito in questo modo non entrerà mai *ipso iure* nel nuovo procedimento, ma ciò potrà avvenire solo attraverso il filtro del giudice, che ne dovrà valutare la pertinenza, con provvedimento pur sempre motivato in relazione a questo secondo processo, anche stralciando le parti non rilevanti. E tutto ciò, peraltro, nel rispetto del principio del contraddittorio, come garantito dall'art. 268 c.p.p. Una volta assicurate queste condizioni, dunque, la pretesa inutilizzabilità non trova alcuna giustificazione¹¹⁵, finendo esclusivamente per ostacolare l'accertamento della verità e la punizione di chi pure, in ipotesi, si abbia la certezza abbia commesso qualche reato. Ne consegue che, a nostro avviso, l'art. 270 c.p.p., restringendo l'utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti ad alcune tipologie di reato, non può dirsi conforme a Costituzione.

5. Per concludere, allargando lo sguardo

Volendo trarre una conclusione da quanto siamo venuti sinora dicendo circa alcuni profili problematici della disciplina delle intercettazioni, è a nostro avviso evidente che tale parte del codice di rito penale meriterebbe certo una profonda revisione, ma in un senso piuttosto diverso rispetto a quanto, in relazione ai temi affrontati, costituisce oggetto della riflessioni dottrinarie prevalenti e delle linee tendenziali dei più recenti tentativi di riforma.

Siamo naturalmente ben consapevoli che assai difficilmente un contributo pienamente indirizzato nel senso da noi auspicato potrà venire dalla Corte costituzionale, posto che l'impianto di fondo risponde in più parti a direttive provenienti dalla Consulta stessa, se non anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Pur tuttavia, crediamo che, almeno

¹¹⁵ Così sembra orientato anche A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 275 ss., il quale, convenendo sulla necessità (e sufficienza) della garanzia del contraddittorio, ritiene che la norma si giustifichi solo come «resa» nei confronti di una prassi giurisprudenziale propensa a motivazioni insussistenti che legittimano intercettazioni «al buio», in assenza di presupposti.

rispetto a previsioni quali quelle contenute nelle ultime proposte di modifica, il giudice delle leggi potrebbe pervenire, come del resto sembra essersi orientato nel 2009 con l'ultima pronuncia in materia¹¹⁶, a caducare gli eccessi nello sbilanciamento di interessi verso la tutela della riservatezza e a danno della necessaria repressione penale. Analogo discorso può valere per la Corte di Strasburgo, che potrebbe valorizzare il comma 2 dell'art. 8 della Convenzione, se è vero che depotenziare oltre quanto necessario per la tutela della vita privata lo strumento investigativo in parola potrebbe addirittura contrastare con le previsioni della Convenzione, la quale impone una effettività dell'azione penale contro la violazione dei diritti fondamentali, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza¹¹⁷.

Crediamo, inoltre, che l'analisi del rapporto tra diritto alla riservatezza e potestà punitiva dello Stato, condotta in relazione al dibattito quanto mai attuale in tema di intercettazioni, solleciti in realtà una riflessione più generale.

Infatti, a ben vedere, la disciplina delle intercettazioni (e vieppiù i progetti di riforma degli ultimi anni, e specialmente il d.d.l. 1415-B di cui si è detto più volte) è ben esemplificativa di un atteggiamento di fondo, a nostro giudizio prevalente nella cultura (non solo) giuridica contemporanea, volto a evidenziare con estrema nettezza i rischi per la riservatezza, in particolare derivanti dalla evoluzione tecnologica e dalle esigenze di sicurezza in generale, paventando gravi pericoli per la tutela della dignità delle persone¹¹⁸. Ciò che, se certo coglie nel vero individuando un problema realmente esistente, laddove questo venga eccessivamente e insistentemente proposto come un rischio unidirezionale, finisce però per alimentare una cultura che spinge a valorizzare il diritto individuale alla riservatezza anche oltre i ragionevoli limiti che la irrinunciabile necessità di tutelare la società rispetto a fattispecie criminose pone.

In questo senso, ci sembra che sia pienamente condivisibile la considerazione che già alcuni anni or sono svolgeva un autorevole studioso, nell'evidenziare che, se il cittadino gode indubbiamente di un diritto alla

¹¹⁶ Ci si riferisce alla più volte citata sent. 173 del 2009.

¹¹⁷ Per la precisione, *supra*, par. 3.4.

¹¹⁸ Per limitarci solo ad alcuni significativi esempi di questa copiosa letteratura, senza pretesa di esaustività e con esclusivo riferimento al nostro Paese, ci permettiamo segnalare, oltre agli scritti già citati di S. RODOTÀ e C. SARTORETTI, almeno il recente (e pur molto equilibrato) M. PAISSAN, *La privacy è morta, viva la privacy*, Milano 2009, spec. 87 ss. in riferimento al tema *de quo*.

privacy, esso ha nondimeno doveri verso la comunità in cui vive, laddove, invece, si assiste oggi ad una sovrarappresentazione della *privacy* nei media e nell'opinione pubblica che va a discapito di altri beni pur degni di protezione¹¹⁹. E così, «la normativa sulla *privacy* ... ha reso simbolicamente e legislativamente visibili dei cambi di prospettiva che sono avvenuti nella società, nella politica e nella cultura; e in Italia con più nettezza perché più netto era stato lo sbilanciamento verso il pendolo dell'autorità e radici più superficiali aveva il rispetto della vita privata», di modo che «nei rapporti tra individuo e Stato sembra che il parametro sia diventato il primo e non più il secondo»¹²⁰. Né, si badi, queste possono essere interpretate come osservazioni contro la riservatezza, ma semmai contro un errato bilanciamento con i doveri di ciascuno verso la comunità¹²¹, di cui molte disposizioni della più volte citata riforma *in itinere*, specie nella sua originaria versione, sembrano essere un chiaro esempio.

Certamente, si potrebbe sostenere con buone ragioni che le ultime proposte di riforma hanno poco a che vedere con la tutela della *privacy*, rappresentandone soltanto un'attuazione distorta fondata su un concetto malinteso di tale diritto, quando addirittura non si preferisca ritenere che, in tal caso, la *privacy* non rappresenti che un alibi strumentale a raggiungere il risultato realmente perseguito di rendere più difficili le indagini penali e ostacolare l'esercizio del diritto di cronaca¹²². Ma il fatto si è che questo concetto distorto di *privacy* trova una sua base, e rischia di attecchire nella opinione pubblica, proprio grazie all'atteggiamento culturale di chi esalta tale diritto rilevando con eccessiva marcatura le sue potenzialità ed i rischi di una sua compressione, senza correlativamente

¹¹⁹ Cfr. M.G. LOSANO, *Dei diritti e dei doveri: anche nella tutela della privacy*, in ID. (a cura di), *La legge italiana sulla privacy*, Roma-Bari 2001, V ss. Parimenti condivisibile è l'affermazione dell'Autore (*ivi*, XIII) secondo cui il diritto individuale alla *privacy*, inteso come libertà negativa nei confronti dello Stato, è legato ad un contesto storico in cui vi era una predominanza dello Stato nei confronti dell'individuo, mentre oggi, essendosi invertito tale rapporto, occorre un riequilibrio a favore della comunità.

¹²⁰ F. DE LEO, *Due o tre cose*, cit., 843.

¹²¹ In questo senso, si vedano le interessanti argomentazioni poste, nel contesto statunitense, dalla corrente sociologica dei *Communitarians* e, tra questi, per tutti da A. ETZIONI, *The limits of privacy*, New York 1999, spec. 184 ss., secondo cui le buone società bilanciano con cura diritti individuali e responsabilità sociali, laddove invece la *privacy* nella società attuale è un bene che gode di una tutela privilegiata rispetto all'interesse comune.

¹²² Così, ad esempio, l'autorevole intervento dello stesso S. RODOTÀ, *Il cittadino mortificato*, in *La Repubblica*, 12 giugno 2009.

tenere sufficientemente conto dei pur necessari limiti e bilanciamenti cui lo stesso non può non andare incontro.

Il vero rischio, in questo contesto, è a nostro avviso che, nel pur lo-devole intento di vigilare sull'effettivo continuo rispetto del diritto alla riservatezza, si finisca per favorire una sua, più o meno volontaria, ipervalutazione a danno di altri interessi costituzionali. Ad esempio: perché sostenere che l'uso della videosorveglianza limita la spontaneità e la libertà dei cittadini¹²³, quando in realtà ciò corrisponderebbe al vero solo se chiunque e per qualunque finalità potesse visionare le registrazioni¹²⁴, mentre tale rischio è escluso se queste possono essere utilizzate, esclusivamente nei casi previsti dalla legge, come (utilissimo) mezzo per prevenire fenomeni delinquenziali ovvero individuarne i colpevoli, garantendo così proprio quella libertà che si assume negata? Il problema, semmai, è quello di prevedere adeguate sanzioni (e darvi effettiva e concreta attuazione) contro eventuali abusi¹²⁵, ma rinunciare a tale mezzo di lotta alla criminalità non può che finire per rendere questa volta, sì, più difficoltoso l'esercizio dei propri diritti. Che poi la lotta alla criminalità non possa limitarsi all'apposizione generalizzata di videocamere ma debba puntare ad eliminare i fattori che portano alla delinquenza¹²⁶ è senz'altro condivisibile, ma ciò non diminuisce in alcun modo l'efficacia del sistema di sorveglianza come disincentivo alla attuale commissione di illeciti o almeno alla individuazione, *ex post*, dei responsabili.

¹²³ Secondo quanto scrive S. RODOTÀ, *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004, 174.

¹²⁴ Rammentiamo che, in base al Provvedimento in materia di videosorveglianza – 8 aprile 2010 del Garante per la protezione dei dati personali (consultabile in *www.garanteprivacy.it*, doc. web n. 1712680) il titolare del trattamento, anche ove si tratti di soggetto pubblico ed anche ove il trattamento avvenga per finalità di prevenzione dei reati, deve designare per iscritto tutte le persone fisiche autorizzate sia ad accedere ai locali dove sono situate le postazioni di controllo, sia ad utilizzare gli impianti e, nei soli casi in cui sia indispensabile per gli scopi perseguiti, a visionare le immagini. Peraltro, il Provvedimento stabilisce altresì che il numero dei soggetti deve essere limitato e che devono essere individuati diversi livelli di accesso, distinguendo tra coloro che sono abilitati solo a visionare le immagini ed altri che possono svolgere operazioni ulteriori.

¹²⁵ Sul punto insistono A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni*, cit., 446 ss., i quali riferiscono di una indagine conoscitiva svolta nel 2006 dalla Commissione giustizia del Senato in cui si evidenzia che il sistema normativo assicurerebbe, se correttamente attuato, un livello di garanzie che non ha eguali in altre democrazie. Cfr. anche quanto rilevato *supra*, alla nota 24.

¹²⁶ Come rileva S. RODOTÀ, *Tecnopolitica*, cit., 179 (ma anche ID., *Intervista*, cit., 72), secondo il quale la videosorveglianza sarebbe un modo cui il legislatore farebbe ricorso per assolversi dall'obbligo di eliminare i fattori di disagio che portano a delinquere.

Da quanto siamo venuti dicendo, allora, consegue che, se è vero che il rispetto del diritto alla *privacy* rappresenta la cartina di tornasole per misurare il *quantum* di libertà e democrazia di un Paese¹²⁷, tant'è che l'art. 15 Cost. sancisce l'inviolabilità del segreto delle comunicazioni proprio in risposta al ricorso massiccio che vi si fa nei regimi autoritari¹²⁸ (e vi si era fatto durante il fascismo in particolare), è parimenti vero, a nostro avviso, che anche l'esistenza di limiti ad esso e l'equilibrato bilanciamento con altri interessi costituzionali devono ritenersi indicatori di non minore rilievo di una corretta conciliazione tra autorità e libertà.

¹²⁷ Così C. SARTORETTI, *Contributo*, cit., 67.

¹²⁸ Il richiamo al valore pregnante che in questo senso assume l'aggettivo «inviolabili» nella norma costituzionale si legge in G.M. SALERNO, *La protezione*, cit., 663.

