

CAPITOLO 1

LA LIBERTÀ E LA SEGRETEZZA DELLE COMUNICAZIONI NELLA PROSPETTIVA INTERNA ED EUROPEA

1. Le intercettazioni come mezzo di ricerca della prova

Le intercettazioni di comunicazioni rappresentano un formidabile strumento investigativo spendibile dalla autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento dei fatti di cui si occupa il processo penale.

La potenzialità di questo mezzo di ricerca della prova, disciplinato nel libro III del vigente codice di procedura penale, è riconducibile al suo carattere insidioso ed occulto, grazie al quale si può penetrare clandestinamente nella vita privata degli individui nel momento in cui queste intrecciano fra loro rapporti di comunicazione mediante l'uso dello strumento telefonico, ovvero con altri mezzi telematici o informatici. Mediante il ricorso a questi strumenti di indagine, si tende pertanto a captare elementi pertinenti un reato nell'atto stesso del loro verificarsi.

A scanso di equivoci, è opportuno però precisare che il termine "intercettazione" assume una pregnanza contenutistica mutevole a seconda del contesto in cui tale espressione viene utilizzata. Con essa si può fare riferimento a un'attività di presa di cognizione di una comunicazione all'insaputa degli interlocutori, senza apporre ostacoli di tipo materiale allo svolgimento della comunicazione stessa; viceversa, la si può intendere come un'operazione impeditiva o interruttiva di una comunicazione, quale è, ad esempio, il sequestro di corrispondenza regolato dall'art. 254 c.p.p., ovvero il blocco della corrispondenza per le persone detenute ai sensi dell'art. 18 *ter* legge n. 354/1975¹: sarà alla prime delle due accezioni proposte che si farà prevalentemente riferimento per sviluppare ed approfondire il tema oggetto della presente indagine.

Inoltre, è possibile tracciare una netta linea di demarcazione fra le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni da un lato, e gli altri mezzi di ricerca della

¹Così **P. Bruno**, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.* Utet, Torino, 1993, p. 178; **Gosso**, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971; **Pisa**, voce *Intercettazioni telegrafiche e telefoniche*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, p. 1.

prova tipizzati nel codice di rito dall'altro. Infatti, questi ultimi – vale a dire le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri – vengono sì disposti “a sorpresa” dal pubblico ministero (o in casi eccezionali ed urgenti anche dalla polizia giudiziaria), ma con la piena consapevolezza da parte del soggetto che sta subendo l'intrusione investigativa; all'opposto, le prime si denotano per essere operazioni captative di flussi comunicativi realizzate “all'insaputa” di coloro le cui utenze sono sottoposte al controllo delle autorità inquirenti².

Solo se la bipartizione sopra proposta risulta corretta, si riesce allora ad apprezzare a pieno l'evidente utilità di un'acquisizione occulta di comunicazioni, posto che i colloquanti si trovano a dialogare in un contesto apparentemente libero e segreto, scevro da condizionamenti esterni, quindi privo di quelle restrizioni e quei freni che invece potrebbero presentarsi – talvolta in forma inconscia, tal'altra in modo volontario – qualora gli stessi soggetti intercettati fossero chiamati a rilasciare dichiarazioni all'autorità giudiziaria sui medesimi fatti oggetto delle conversazioni o comunicazioni captate dagli investiganti.

Ma è bene però non enfatizzare troppo l'attendibilità delle comunicazioni captate in modo occulto. Come è noto, il vero grande problema del processo penale è costituito dalla asintotica ricerca di una corrispondenza fra la verità processuale e i fatti storici realmente accaduti; tale verifica passa attraverso l'applicazione, da parte dell'organo giudicante, di criteri legali e razionali il cui rispetto dovrebbe consentire il raggiungimento di un più rassicurante giudizio di attendibilità/inattendibilità della piattaforma empirica posta alla base del convincimento giudiziale³.

Sotto tale aspetto, ogni prova storica con funzione narrativa⁴ – testimonianza, esame delle parti, confronto – richiede al giudice uno sforzo valutativo mirato a vagliare la sincerità e la genuinità (o veridicità) della fonte dichiarativa. In altre parole, egli dovrà accertare sia l'assenza di intenti fraudatori in capo al dichiarante, sia la corrispondenza al vero, sotto il profilo strettamente oggettivo, di quanto è stato riferito dal soggetto escusso.

Diversamente, quando si tratta di valutare le dichiarazioni rese nel corso di una comunicazione occultamente intercettata, il giudizio di attendibilità risulta evidentemente semplificato sul versante subiettivo; invero, l'attenzione sarà focalizzata in misura decisamente prevalente sull'aspetto relativo alla genuinità delle conversazioni captate, relegando al margine l'ulteriore *focus* sulla sincerità

²Cfr. **P. Balducci**, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1, secondo cui, testualmente, «se la perquisizione ammette un contestuale controllo sullo svolgimento delle operazioni, mediante eventuale assistenza o rappresentanza da parte di persona di fiducia, l'intercettazione, invece, si svolge ad insaputa dei dialoganti».

³**P. Ferrua**, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in **AA.VV.**, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 347.

⁴La distinzione fra prove storiche con funzioni narrative e prove storiche con funzioni critiche risale a **Carnelutti**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, I, p. 214 ss.

delle medesime⁵. D'altronde, la circostanza che i colloquianti comunichino liberamente, all'oscuro del fatto che i loro dialoghi telefonici, informatici o telematici siano intercettati, potrebbe giustificare l'assunto per cui il rigore giudiziale nella verifica dell'attendibilità di tale mezzo di ricerca della prova possa scemare con riguardo al profilo della sincerità delle dichiarazioni, per restringersi al solo diverso aspetto della genuinità delle dichiarazioni medesime.

Senonché, anche tale assunto necessita di opportuni chiarimenti.

La progressiva diffusione ed evoluzione degli strumenti tecnologici con funzioni comunicative, impone oggi un parziale ripensamento dei rapporti fra intercettazioni e convincimento giudiziale. Il far uso, nella quotidianità di ciascun individuo, di mezzi di comunicazione sempre nuovi e sofisticati, ha avuto come risposta compensativa un incremento del ricorso, a fini di investigazione, alla captazione occulta di flussi comunicativi⁶. Ciò è stato, poi, l'inevitabile contraccolpo dell'adozione, con il codice del 1988, di un sistema processuale di tipo accusatorio, imperniato sul principio della separazione delle fasi, da cui ne è discesa la prassi investigativa di sfruttare al massimo quelle limitate ed eccezionali possibilità di formazione della prova in fase di indagini preliminari, al fine di contenere e neutralizzare i rischi fisiologicamente connaturati ad un sistema che fa del dibattimento il fulcro dell'intero arco procedimentale⁷.

Queste concause sono state la scaturigine di un generalizzato convincimento, più o meno fondato, che dietro ogni dialogo posto in essere con l'utilizzo di mezzi tecnologici, si possa celare un ascolto clandestino da parte delle autorità giudiziarie. Sotto la spinta di questo timore, chi intrattiene comunicazioni telefoniche o di altro genere si guarderà bene dall'imbastire colloqui vertenti su fatti illeciti connotati da disvalore penale, con l'effetto ulteriore di porre nel nulla le potenzialità insite in questo peculiare strumento d'indagine. Non si può nascondere che questa diffusa preoccupazione ha raggiunto livelli esacerbati anche in ragione dell'enfasi impressa dai *mass media* al contenuto delle intercettazioni, che non di rado vengono pubblicate o divulgate dai principali mezzi di comunicazione di massa⁸.

⁵Inoltre, non si possono trascurare le ulteriori considerazioni di **F. Cordero**, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 592, il quale afferma che «*pellicola, fotografia, nastro magnetico costituiscono prove "critiche", sebbene abbiano un'altissima valenza storica*»: massime sperimentali dell'acustica consentono infatti di inferire, con un grado di probabilità prossimo alla certezza, che i flussi comunicativi captati siano conformi all'originale fonico.

⁶**G. Martinotti**, *La difesa della «privacy»*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 63 s.

⁷**V. Grevi**, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in **AA.VV.**, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale (Milano 5-7 ottobre 2007), Giuffrè, Milano, 2009, p. 41; **L. Filippi**, *Limiti alla conoscibilità dei risultati delle intercettazioni: segreto investigativo, garanzie individuali, diritto di cronaca*, *ivi*, p. 366 s.

⁸Sottolinea tale aspetto, **F. Bricola**, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*,

Peraltro, le probabilità che un'operazione di captazione di comunicazioni non riesca a centrare l'obiettivo di acquisire risultati utili ai fini delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale, cresce a dismisura laddove l'utenza sottoposta a controllo si riferisca ad un parlamentare; in simili casi, infatti, il procedimento di autorizzazione preventiva della camera di appartenenza (sull'argomento v. *infra* Cap. 3) fa venir meno il carattere occulto ed insidioso che tendenzialmente connota il mezzo ricerca della prova in discorso, ingenerando così il dubbio che le conversazioni captate dal parlamentare non siano sincere, e che rappresentino invece una falsa prova liberatoria intenzionalmente preconstituita dal parlamentare per uscire indenne dal procedimento penale a suo carico. Sulla scorta delle riflessioni appena svolte, può dirsi condivisibile l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di dichiarazioni rese dagli imputati del medesimo reato ovvero dagli imputati di procedimenti connessi o collegati. Per un verso essa è giunta ad affermare che le limitazioni al libero convincimento del giudice poste dagli art. 193 comma 3 e 4 c.p.p. non trovano applicazione quando si tratta di conversazioni intercettate⁹; per altro verso, tuttavia, ha fatta salva l'ipotesi in cui emerga «l'accertato intento dei loquenti, consapevoli dell'intercettazione in corso, di far conoscere informazioni alla polizia giudiziaria al fine di accusare taluno di un reato»¹⁰, con ciò dimostrando che anche un'intercettazione può in alcuni casi essere una prova che presenta gli stessi dubbi di sincerità che tipicamente si manifestano con riguardo alle testimonianze o all'esame delle parti.

in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1080; l'A. aggiunge, poi, che «*le inchieste statistiche e le ricerche su comportamenti sociali di massa finiscono per invadere anche la sfera riservata dell'uomo comune e, per quanto spesso dettate da intenti utili, [...], non possono non far sentire l'uomo comune sempre più esposto a controlli pubblici e privati*». Ma i fenomeni di abusi nella captazione di comunicazioni sono stati talvolta il frutto di comportamenti illeciti di soggetti privati, come testimoniato da Giuliano Vassalli a commento di vicende di spionaggio telefonico: «nel nostro beato Paese chiunque controllava chiunque, comunque e dovunque gli piacesse, in barba alla giustizia, in barba alla polizia, in barba alla *privacy* dei cittadini, in barba allo Stato» (*Morte della «privacy»*, in *Il Giorno*, 15 marzo 1973); V. Fanchiotti, *Dati riservati come global commons?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 995 ss.

⁹Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 25806, in *C.E.D. Cass.* n. 259673, che ha escluso «la possibilità di equiparare il chiamante in reità o in correità al conversante, il quale è animato dalla volontà di scambiare liberamente opinioni con il proprio interlocutore»; in motivazione la Corte ha precisato anche l'inoperatività, quando si tratta di conversazioni intercettate, tanto dell'art. 195 c.p.p. in tema di testimonianza indiretta, quanto dell'art. 526 comma 1 *bis*. c.p.p. Conformemente, v. Cass., Sez. II, 3 ottobre 2013, n. 47028, *ivi*, 257519; Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 31260, *ivi*, 256739; Sez. I, 23 settembre 2010, n. 36218, *ivi*, 248290; v. anche Cass., Sez. IV, 2 luglio 2010, n. 34807, *ivi*, 248089, che ha escluso l'applicazione degli artt. 62 e 63 c.p.p. al caso delle intercettazioni di comunicazioni.

¹⁰Cass., Sez. I, 11 aprile 2013, n. 40006, in *Mass. Cass. pen.*, 257398; cfr. anche Cass., Sez. V, 14 ottobre 2003, n. 603, *ivi*, 227815

Quanto al distinto profilo della genuinità delle dichiarazioni, poi, rimane in discussione la centralità del contraddittorio nella formazione della prova come il metodo più attendibile nell'accertamento della verità; i risultati che tale metodo è in grado di raggiungere sono migliori e di gran lunga distanti dai risultati che può fornire un'intercettazione di comunicazioni. Non può essere nascosto che con una *cross examination* il dichiarante che deponga il vero offre una ricostruzione dei fatti che risente del carattere dialettico e triadico che caratterizza l'escussione incrociata, e per questo è più completa ed esauriente di quella che si potrebbe ottenere da una captazione occulta di conversazioni. Questa, all'inverso, è in grado di fornire solo un frammento parziale di verità, poiché in tale differente contesto le dichiarazioni rese dai colloquanti sono condizionate dalle domande poste dai rispettivi ed unici interlocutori.

La parzialità delle dichiarazioni intercettate, tale da esigere un'attenzione scrupolosa sulla attendibilità del loro contenuto, risulta particolarmente evidente laddove uno dei colloquanti è interessato a ottenere dall'altro delle risposte con un precipuo contenuto. Questo è il caso dell'agente segreto «attrezzato per il suono», cioè un soggetto incaricato dalla polizia giudiziaria di avvinare una determinata persona, per indurla a rilasciare dichiarazioni utili ai fini delle indagini. In questo caso, tralasciando ora la questione della riconducibilità della registrazione in discorso nel campo delle intercettazioni, ben si comprende quanto sia necessario sottoporre le dichiarazioni captate ad un vaglio di verosimiglianza particolarmente analitico, stante il fatto che il colloquio registrato risulta inquinato dalla presenza dell'agente segreto, incaricato di carpire dichiarazioni compromettenti.

2. La tutela della vita privata dell'individuo

Lo studio della disciplina legale delle intercettazioni di comunicazioni offre lo spunto – e d'altronde non potrebbe essere altrimenti, considerata l'assoluta centralità dei valori coinvolti – per approfondire il tema della tutela della vita privata della persona umana, il cui interesse a costruire una propria sfera individuale, giustifica, sul piano morale prima, giuridico poi, l'intolleranza e la refrattarietà verso ogni forma di interferenza nella intimità dell'individuo, eventualmente posta in essere tanto da soggetti privati, quanto dalle pubbliche autorità. Si tratta di una posta elevata ed inevitabilmente contrapposta alle finalità di accertamento e repressione penale; la dialettica fra autorità e libertà si gioca, sul terreno delle intercettazioni, nella ricerca di un equilibrato temperamento fra «*due distinti e divergenti interessi: da un lato, il diritto fondamentale dell'inviolabilità dei segreti e, dall'altro, la necessità di garantire un'efficace repressione degli illeciti penali*»¹¹.

¹¹Così F. Giunchedi, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 161.

Tuttavia come è stato correttamente argomentato, l'attuazione, a livello pratico, del valore della dignità dell'individuo, proclamato come inviolabile in molteplici carte costituzionali, avviene innanzitutto con il riconoscimento in capo a ciascuno di un'area privata intangibile, al riparo dagli attacchi esterni di soggetti pubblici o privati; sarebbe infatti riduttivo far corrispondere alla nozione di libertà solo un categorico *neminem ledere*. L'assunto potrebbe infatti dirsi corretto solo in parte, giacché fotografa una soltanto delle facce di cui si compone la libertà individuale.

Infatti, la personalità di ciascuno si costruisce, in primo luogo, attraverso il riconoscimento di un diritto alla reputazione, inteso quale «*interesse del singolo alla qualificazione di sé presso il pubblico*»¹², configurandosi, pertanto, come un «*interesse della vita di relazione*»¹³: si tratta, in sostanza, di quell'accezione di libertà che è stata anche definita “libertà di”, con ciò alludendo al «*momento positivo consistente nell'indicazione delle concrete azioni [libertà nelle comunicazioni, libertà d'opinione, libertà di iniziativa economica, etc.]*»¹⁴ che consentono all'individuo di ottenere credito presso il consesso sociale di appartenenza. Al fianco di questa, si accosta poi quella libertà definita come “libertà da”¹⁵ che si concretizza nel riconoscimento alla persona del diritto ad una «tranquillità di spirito», ossia una «*pace interiore*»¹⁶ che potrebbe essere turbata da intrusioni, impedimenti ed ostacoli al libero dispiegarsi della vita privata del singolo.

Le due accezioni di libertà appena viste costituiscono il denominatore comune che tiene unite le norme di cui agli artt. 13, 14 e 15 della Costituzione italiana, ove viene consacrata l'invulnerabilità della libertà personale, della libertà domiciliare e della libertà (*rectius*: libertà e segretezza) nelle comunicazioni¹⁷.

Volendo però circoscrivere queste considerazioni generali in tema di dignità dell'individuo allo specifico campo del diritto alla corrispondenza e alla comunicazione, si intuisce come la tutela della libertà delle comunicazioni da un lato, e della segretezza delle medesime dall'altro, riflette il binomio “libertà di” – “libertà da” di cui si è dato conto sopra.

¹²Così **Are**, *Interesse alla qualificazione e tutela della personalità*, in *Studi in onore di Asquini*, V, Cedam, Padova, 1965, p. 2195.

¹³**F. Bricola**, *Prospettive e limiti*, cit., p. 1083

¹⁴**N. Bobbio**, voce *Libertà*, in *Enc. giur. Treccani*; l'A., richiamando la contrapposizione fra “libertà da” – intesa come assenza di impedimenti – e “libertà di” – il cui significato è stato specificato nel testo – sostiene che entrambe queste forme di libertà concorrono a formare la “libertà negativa”, la quale va tenuta distinta dalla libertà positiva, vale a dire l'autodeterminazione nelle azioni umane. Sull'argomento, v. **Berlin**, *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford UP, Oxford 1982, testo tradotto in italiano in *Quattro saggi sulla libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989, p. 1 ss.

¹⁵Si vedano i riferimenti e le annotazioni contenuti alla nota che precede.

¹⁶Le espressioni riportate sono di **F. Bricola**, *Prospettive e limiti*, loc. ult. cit.

¹⁷**G. Illuminati**, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 4.

La libertà di comunicare è infatti una “libertà di”, in quanto con il suo esercizio l’individuo quale *homo socialis* intrattiene relazioni con i propri simili, contribuendo allo sviluppo e alla realizzazione di sé in una dimensione proiettata verso l’esterno.

All’opposto, la segretezza nelle comunicazioni può anche annoverarsi fra le “libertà da”, poiché preserva il singolo dalla possibile presa di conoscenza, da parte di terzi, di informazioni su cui colloquianti avevano un interesse al segreto; in tal caso, quindi, la tutela della sfera individuale assume una dimensione ermetica, in quanto proiettata verso l’interno. Allo stesso tempo, però, l’esigenza di privacy nelle comunicazioni presenta al suo interno articolazioni diversificate di cui è opportuno dare conto.

Innanzitutto, essa si può manifestare nell’interesse, di cui si fa portatore l’autore di una comunicazione, ad impedire che soggetti diversi dal destinatario prendano parte alla comunicazione stessa. La compressione di siffatto interesse, pacificamente definito come interesse alla segretezza¹⁸, si realizza tipicamente mediante un’intercettazione (lecita o meno), tramite la quale un terzo che capta il flusso comunicativo riesce ad acquisire in modo immediato e diretto le informazioni oggetto della comunicazione in corso.

Diversamente, si parla di interesse alla riservatezza con riguardo alla aspirazione che una data notizia non fuoriesca dal perimetro conoscitivo segnato dal soggetto interessato al mantenimento del segreto su una certa informazione. In questa seconda eventualità, la lesione della riservatezza non avviene, come accade invece nell’ipotesi precedente, nel momento stesso in cui ha luogo la comunicazione, che rimane invece segreta e sottratta alla conoscenza dei terzi; piuttosto, l’orientamento dottrinale decisamente prevalente è nel senso di ritenere che l’attentato al rispetto della vita privata si realizza in un momento successivo, cioè quando il destinatario della comunicazione riveli illecitamente a terzi il contenuto di un’informazione segreta, oltrepassando i limiti posti da chi ha rivelato quella notizia¹⁹. Pertanto, seguendo questa ricostruzione, la lesione dell’uno interesse

¹⁸**P. Barile, E. Cheli**, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 743 ss.

¹⁹*Ex multis*, **A. Bargi**, *Sulla distinzione tra «registrazione» di un colloquio ad opera di uno dei partecipanti ed «intercettazione» di una conversazione da parte di estranei*, in *Cass. pen., Mass. ann.*, 1982, p. 2028; **G. Illuminati**, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 3; **F. Bricola**, *Prospettive e limiti*, cit., p. 1088; **G. Ubertis, V. Paltrinieri**, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privacy nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 593 ss.; tuttavia, se è vero che la ricostruzione dei rapporti fra la tutela della riservatezza e la tutela della segretezza si può considerare consolidata, non v’è chi non abbia proposto una lettura alternativa della tematica su cui si discorre. Nella specie, mentre l’opinione maggiormente condivisa affronta il tema della tutela della vita privata dell’individuo nell’ambito delle comunicazioni proponendo, come si è visto, la bipartizione fra segretezza e riservatezza, autorevole dottrina (**F. Caprioli**, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 12

esclude che possa prodursi contestualmente una lesione anche dell'altro; invero, la violazione della riservatezza mediante la divulgazione a terzi di notizie segrete, presuppone la segretezza della comunicazioni fra mittente e destinatario, e richiede che sia quest'ultimo a diffondere illecitamente informazioni che il mittente intendeva mantenere segrete, così rompendo quel vincolo di fiducia posto alla base del rapporto comunicativo intercorso fra i due soggetti; viceversa, se si è verificata una lesione della segretezza nelle comunicazioni, dovuta ad un'illecita interferenza dell'*extraneus*, risulta irrilevante una successiva divulgazione a terzi della notizia illecitamente carpita, giacché l'offesa alla vita privata dell'individuo è già avvenuta nell'atto stesso della captazione occulta della comunicazione.

Eppure, si ritiene decisamente più convincente l'opinione, sostenuta da autorevole dottrina, secondo cui non avrebbe senso costruire le categorie dommatiche della segretezza e della riservatezza informativa alla stregua di un rapporto di una reciproca esclusione nel caso in cui si verifichi una lesione di uno dei due interessi. Con ciò si vuole sostenere l'idea che possa esserci un attentato alla riservatezza nelle comunicazioni, nonostante un pregresso attentato alla loro segretezza; di talché, l'*extraneus* che abbia occultamente captato una comunicazione che voleva essere segreta, oltre ad avere determinato una lesione della segretezza, potrà cagionare altresì una lesione della riservatezza qualora ne divulghi il contenuto ad ulteriori soggetti²⁰. Se così è, la rottura del legame fiduciario da parte del destinatario di una comunicazione segreta non costituisce più – diversamente da quanto sostiene la dottrina prevalente – il requisito indispensabile affinché si possa configurare una lesione della riservatezza.

D'altronde, da una ricognizione delle linee di fondo della disciplina delle intercettazioni, si può scorgere una conferma della tesi qui caldeggiata. In particolare, va posta l'attenzione alla procedura di stralcio delle intercettazioni irrilevanti ai fini processuali *ex art. 268 comma 6 c.p.p.*²¹, nonché alla previsione di cui all'art. 269 comma 2 c.p.p., secondo cui «*gli interessati, quando la documentazione [delle registrazioni] non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza*». Ora, tali riferimenti normativi – che per come si vedrà non sembrano pienamente appaganti dal punto di vista della tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti (*infra* Cap. 2) – risulterebbero di ardua giustificazione logica se fosse vero l'argomento che la lesione alla segre-

ss.) è dell'avviso che all'interesse alla segretezza vada contrapposto l'interesse al segreto, rispetto al quale l'interesse alla riservatezza rappresenta solo una *species*: se la notizia illecitamente rivelata a terzi attiene alla sfera personale del mittente si avrà un pregiudizio della riservatezza; negli altri casi, invece, si produrrà solo un pregiudizio dell'interesse al segreto.

²⁰F. Caprioli, *Colloqui riservati*, cit., p. 26.

²¹Cfr. P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni*, cit., p. 76.

tezza delle comunicazioni, provocata mediante intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria a fini processuali, escluda la possibilità di una eventuale lesione alla riservatezza tramite la pubblicazione del loro contenuto su carta stampata o su altro mezzo di informazione: come se la «*propalazione di tali brandelli di vita privata, e talvolta intima*»²² rappresenti nient'altro che un *post factum* non punibile, mutuando un gergo caro ai penalisti.

Al contrario, i cennati istituti processuali, chiaramente finalizzati ad apprestare tutela alla riservatezza delle persone intercettate, sono la riprova che l'attenzione legislativa verso questa forma di interesse, sia sussistente malgrado il pregresso attentato alla segretezza delle comunicazioni.

Ciò detto, non può però che convenirsi sul fatto che segretezza e riservatezza sono valori meritevoli di tutela – tanto piano sostanziale, quanto, per quel che interessa in questa sede, sul piano processuale – in una prospettiva non finalistica, ma strumentale al perseguimento di diversi ed ulteriori interessi. La percezione di ciò si avverte dalla ovvia constatazione che la segretezza di una comunicazione, così come l'esigenza di impedire un'indebita diffusione di notizie confidenziali a terzi estranei, non sono quasi mai interessi fini a sé stessi, poiché dalla loro salvaguardia dipende il perseguimento di altre finalità (es: interessi personali, economici, familiari, lavorativi, etc..).

Di questa distinzione fra beni-mezzo e beni-fine risente, naturalmente, anche la tecnica legislativa adottata nella disciplina processuale delle intercettazioni; come si vedrà, infatti, il legislatore del 1988 ha dato vita ad un reticolo normativo in tema di intercettazioni di comunicazioni, dal quale risulta che la sanzione dell'inutilizzabilità, prevista dall'art. 271 c.p.p.²³, va a colpire qualsiasi captazione di flussi comunicativi disposta senza il rispetto delle procedure e dei limiti stabiliti dalla legge. In tal modo, emerge con chiarezza che la tutela processuale viene anticipata alla mera lesione dell'interesse alla segretezza, essendo superflua, a fini della dichiarazione di inutilizzabilità della intercettazione *contra legem* – la verifica, da effettuarsi in relazione alle peculiarità del caso concreto, dell'ulteriore attentato ai beni – fine di cui si è detto.

Similmente, anche i limiti legali alla divulgazione del contenuto delle intercettazioni operano in quanto giustificati dalla finalità di tutela della riservatezza (oltre che del segreto investigativo), a prescindere dall'accertamento, caso per caso, di eventuali ulteriori interessi alla cui salvaguardia potrebbero aspirare i soggetti intercettati, desiderosi che i propri dialoghi non siano resi di pubblico dominio²⁴.

²²Cfr. **G. Giostra**, *Intercettazioni e informazione*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2753.

²³Tale sanzione, prevista nello specifico per le intercettazioni acquisite in difformità dalle prescrizioni di legge, riecheggia la disposizione, di portata generale, di cui all'art. 191 comma 1 c.p.p., a mente della quale «*Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*».

²⁴Eloquente, a tal proposito, l'esempio riportato da **F. Caprioli**, *Colloqui riservati*, cit., p. 55-

3. La libertà e la segretezza delle comunicazioni nella Costituzione italiana

La libertà e la segretezza nella corrispondenza e nelle comunicazioni sono oggetto di protezione e tutela all'art. 15 Cost., che ne sancisce il carattere inviolabile, e consente una loro limitazione solo mediante un provvedimento dell'autorità giudiziaria nel rispetto delle garanzie stabilite dalla legge.

Dalla proclamazione del carattere inviolabile di questi supremi valori individuali, la Corte Costituzionale ha tratto la conseguenza che tale disposizione «non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente»²⁵.

Come già si è detto, con tale disposizione si è inteso offrire una copertura costituzionale alla libertà spirituale dell'individuo in una dimensione spaziale, contribuendo al rafforzamento della personalità del singolo in una prospettiva complementare alle differenti ma attigue garanzie degli artt. 13 e 14 Cost., poste a presidio della libertà personale e domiciliare²⁶.

La scelta di assicurare una tutela congiunta della libertà delle comunicazioni da un lato, e della loro segretezza dall'altro, prende spunto dalla constatazione di una connessione indissolubile che lega i due interessi costituzionali, giacché «la libertà [di comunicare] trova la sua ragione d'essere nella segretezza, e la segretezza rinviene la sua giustificazione nella libertà»²⁷. Nei regimi totalitari, storicamente connotati da una privazione della libertà di comunicare, si è assistito

56: «nessuno potrebbe pensare, ad esempio che un billetdoux meriti di essere sottratto alla curiosità dei terzi solo quando la relazione tra mittente e destinatario sia una relazione clandestina, o quando vi siano descritte circostanze di fatto in ordine alle quali sussista un interesse delle persone coinvolte alla non divulgazione».

²⁵Corte Cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Foro it.*, 1992, I, p. 3260. Ma si veda anche Corte Cost., 24 aprile 1970, n. 122, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1529, in cui si sottolinea che la qualificazione dei diritti di libertà come inviolabili serve a sancirne la loro pluridirezionalità, da cui ne discende che il loro rispetto sia imposto non solo nei rapporti fra Stato e individui, ma anche nei rapporti inter-privati. V. però **A. Pace**, *sub art. 15 Cost.*, in **G. Branca** (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili. (Artt.13-20)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, p. 96, secondo cui l'invio di libertà non fissa un limite implicito alla revisione costituzionale, ma deve intendersi invece nel senso di accordare preferenza a tali diritti qualora collidano con altre libertà o poteri costituzionalmente rilevanti.

²⁶La comunanza e l'unicità dell'intento garantista che pervade le menzionate disposizioni costituzionali trova una conferma in seno ai lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, dai quali si evince che l'originario disegno costituzionale prevedeva una disciplina unitaria dei tre profili di inviolabilità dell'individuo (libertà personale, domicilio, comunicazioni). Ciò è quello che si evince dai lavori della Commissione per la Costituzione, 24 gennaio 1947, in *Costituzione italiana*, vol. VI, p. 168.

²⁷Cfr. **A. Pace**, *Sub art. 15 Cost.*, cit., p. 85; v. anche **G. Ubertis**, **V. Paltrinieri**, *Intercettazioni*

infatti ad una contestuale negazione delle segretezza delle comunicazioni, spesso sottoposte al controllo del potere costituito. *Mutatismutandis*, in un ordinamento in cui non fosse garantita la segretezza delle comunicazioni, anche la libertà di comunicare subirebbe un'indiretta compromissione, dato che «nessuno parlerebbe più liberamente se sapesse che quanto riferito riservatamente ai suoi interlocutori risulta destinato ad una divulgazione indiscriminata»²⁸.

L'intimo collegamento fra il diritto alla libertà e quello alla segretezza nelle comunicazioni getta luce sui rapporti fra l'art. 15 Cost. e il diritto alla manifestazione del pensiero, che è invece garantito dall'art. 21 Cost. A questo riguardo, è stato autorevolmente affermato in una risalente pronuncia della Corte Costituzionale che «l'essenziale distinzione tra i diritti di libertà garantiti dagli artt. 15 e 21 Cost. si incentra [...] sull'essere la comunicazione, nella prima ipotesi, diretta a destinatari predeterminati e tendente alla segretezza e, nell'altra, rivolta invece ad una pluralità indeterminata di soggetti»²⁹. Con l'autorevole pronunciamento del giudice delle leggi, è stato così chiarito che la disposizione costituzionale in esame intende tutelare una speciale forma di espressione del pensiero, nella specie il diritto di comunicare riservatamente; la caratteristica della segretezza della comunicazione, infatti, connota e differenzia l'ambito di tutela dell'art. 15 Cost. dal diritto alla *manifestazione* del pensiero, che è invece oggetto di protezione all'art. 21 Cost.: nel primo caso viene garantito il diritto, di cui è titolare l'autore dell'atto comunicativo, a trasmettere il proprio pensiero a soggetti determinati o determinabili con sufficiente grado di precisione, sottraendo l'informazione riservata alla conoscenza dell'*extraneus*; nel secondo caso, al contrario, è assicurata la libera espressione del pensiero in quanto tale, cioè apprezzata in senso assoluto, essendo irrilevante quale sia la platea dei destinatari dell'informazione, i quali potranno rimanere imprecisati e non determinabili con esattezza³⁰.

Il diverso raggio d'azione dei due diritti rappresenta pertanto la ragione della loro separata collocazione sistematica, e quindi della differente tutela costituzionale apprestata. Dove venga in gioco la sola libertà di espressione del pensiero, manifestata con il mezzo della stampa (art. 21 Cost.), un'eventuale limitazione di tale diritto – attuata mediante il sequestro – è consentita nelle ipotesi previste dalla legge, tanto per «atto motivato dell'autorità giudiziaria», quanto, nei casi di assoluta urgenza, con intervento provvisorio dell'ufficiale di polizia giudiziaria; ma quando al diritto alla libera espressione del pensiero si associa anche l'interesse alla segretezza (art. 15 Cost.), opera un *surplus* di garanzie, posto che diventa ineludibile l'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria, rimanendo

telefoniche, cit., p. 593.

²⁸Così **M.L. Di Bitonto**, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 18.

²⁹Corte Cost., 15 novembre 1988, n. 1030, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4984.

³⁰**P. Barile, E. Cheli**, voce *Corrispondenza (Libertà di)*, cit., p. 745.

esclusa l'eventualità di un intervento limitativo della libertà e della segretezza nelle comunicazioni da parte degli organi di polizia, neppure in via d'urgenza.

Muovendo dalla considerazione ora svolta, vale a dire che la libertà e la segretezza nella corrispondenza e in ogni altra forma di comunicazione sono garantite sul piano costituzionale in quanto epifenomeno della libertà di espressione del pensiero, allora è corretto dedurre che potranno rientrare nell'ambito di tutela dell'art. 15 Cost. solo quelle comunicazioni segrete aventi forma espressiva, in grado cioè di «*trasmettere riservatamente il pensiero di un soggetto mittente ad uno destinatario*» tali sono, ad esempio, la corrispondenza telefonica o epistolare, nonché le comunicazioni che avvengono attraverso nuove forme di comunicazione, «*come i messaggi di posta elettronica inviati a una mailing list, le comunicazioni scambiate in chat e videoconferenze one to one, i servizi di audio-text*»³¹. All'opposto, dovranno essere escluse dalla sfera operativa dell'art. 15 Cost. quelle comunicazioni prive del carattere espressivo che consentirebbe invece, se esistente, di poter affermare che dette comunicazioni sono state lo strumento attuativo del diritto alla libera espressione del pensiero. È ovvio, malgrado un'isolata voce di segno contrario, che la forma espressiva deve potersi desumere da elementi estrinseci della comunicazione, che dovranno essere riconoscibili da chiunque, sulla base di comuni regole d'esperienza; non appare invero convincente la tesi di chi fa rientrare nella tutela costituzionale anche quelle comunicazioni il cui carattere espressivo abbia una base meramente convenzionale (cioè impresso dalla volontà degli autori della comunicazione), ma non sia invece riconoscibile dal *quisque de populo*³². A voler seguire questo ragionamento, si incorrerebbe in una troppo ampia estensione della garanzia posta dall'art. 15 Cost.; senza trascurare, poi, il fatto che, non essendo prevedibile *a priori* il carattere espressivo impresso dal mittente e dal destinatario a una comunicazione priva di segni esteriori in tal senso, si finirebbe per avallare la prassi di un mero controllo *ex post* circa il rispetto o meno del precetto costituzionale³³.

A delimitare poi il perimetro applicativo della tutela costituzionale concorre il requisito della segretezza dell'atto comunicativo. Solo l'intento di dialogare in forma riservata può consentire di far ricadere la comunicazione nell'alveo dell'art. 15 Cost., da cui pertanto esulano i casi di ascolto *proprio aures* di conversazioni verbali effettuate tra persone presenti con tono elevato di voce, mentre

³¹Le espressioni riportate nel testo sono di **A. Diddi**, *L'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni*, in **R. Dinacci** (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 269.

³²**P. Barile**, **E. Cheli**, voce *Corrispondenza*, cit., p. 744.

³³Sviluppando l'esempio proposto da **A. Pace**, *Sub art. 15 Cost.*, cit., p. 83, l'invio di un pacco non presenta tipicamente un carattere espressivo, ma «*potrebbe assumer[lo] nel linguaggio convenzionale del mittente e del destinatario*»; **Id.**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Cedam, Padova, 1983, p. 242.

saranno incluse quelle conversazioni in cui gli interlocutori adottino adeguati accorgimenti e cautele, come il parlare a bassa voce e in un posto isolato, al fine di sottrarre il contenuto del loro dialogo all'eventuale "origliamento" di soggetti estranei³⁴. Provverebbe troppo l'argomento secondo cui il mancato ricorso a mezzi di comunicazione meccanici o telematici comporta l'assunzione del rischio, in capo ai colloquanti, di essere ascoltati da terzi, malgrado le cautele adottate per evitare di essere sentiti³⁵; all'inverso, proprio l'adozione di cautele – ancorché non siano strumenti tecnici – crea una «aspettativa di segretezza» che non può non implicare l'applicazione della garanzia costituzionale.

In una prospettiva speculare al caso appena analizzato, viene allora da domandarsi se la consapevolezza dei colloquanti di conversare con mezzi comunicativi non sicuri in termini di segretezza, valga ad escludere l'operatività dell'art. 15 Cost. Casi del genere si possono verificare tutte le volte in cui la trasmissione di notizie avvenga mediante apparecchi ricetrasmittenti che si avvalgono di onde radio. In questi casi è sufficiente un radio-scanner per sintonizzarsi sulle frequenze utilizzate da chi (come la polizia, i vigili del fuoco, o altre forze dell'ordine) fa uso di tali apparecchi per comunicare; questi strumenti, pur idoneo a realizzare comunicazioni interpersonali, è esposto al rischio di possibili intercettazioni, attuabili con estrema facilità sia da soggetti pubblici sia da privati³⁶.

Ma richiamando sul punto la già citata decisione della Corte Costituzionale, «il fatto che questi [cioè gli apparecchi che utilizzano onde radio] siano, per ragioni tecniche, captabili da terzi e che la legge non assicuri la protezione da interferenze [...] non giova a mutarne l'essenziale destinazione»³⁷. Pertanto, in linea l'insegnamento di autorevole dottrina³⁸ e della giurisprudenza di legittimità, la sola idoneità astratta, del mezzo comunicativo utilizzato, ad assicurare

³⁴Così **L. Filippi**, voce *Intercettazioni telefoniche* (dir. proc. pen.), in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, p. 566; **F. Caprioli**, *Colloqui riservati*, cit., p. 148; cfr. anche **P. Bruno**, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 179, secondo il quale «le conversazioni orali si propagano, viceversa, nel fluido aereo, ossia in un abito strutturalmente libero e accessibile a chiunque, per cui l'insorgere di una situazione protetta dipende in gran parte dal contegno concretamente assunto dai colloquanti».

³⁵**G. Illuminati**, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, cit., p. 49, secondo il quale l'ascolto di conversazioni, da parte dell'*extraneus*, senza l'ausilio di strumenti meccanici, determina l'inoperatività della garanzia dell'art. 15 Cost., giacché i colloquanti, se avessero avuto interesse ad evitare interferenze altrui, avrebbero potuto far uso di strumenti tecnici (telefono, chat etc.), idonei a schermarli dalle intrusioni di terzi; sull'argomento, v. anche **G. Conso**, *Ascolto elettronico e conversazioni tra presenti*, in *Temi*, 1975, p. 314.

³⁶È sufficiente un radio-scanner per sintonizzarsi sulle frequenze utilizzate da chi (come la polizia, i vigili del fuoco, o altre forze dell'ordine) fa uso, per le comunicazioni, di apparecchi che funzionano mediante onde radio.

³⁷Corte Cost., 15 novembre 1988, n. 1030, cit.

³⁸**L. Filippi**, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 11; si veda però **A.**

una sufficiente segretezza alla comunicazione, giustifica la tutela costituzionale dell'art. 15 Cost., nonostante l'incapacità, in concreto, dello stesso mezzo di comunicazione, di impedire eventuali illecite captazioni disposte in modo occulto.

Un tema sinora non affrontato ruota attorno al rilievo costituzionale che assume il differente profilo del diritto alla riservatezza nella comunicazioni, che già si è avuto modo di definire come la pretesa del singolo alla non divulgazione a terzi di notizie segrete³⁹. Di esso non v'è traccia espressa nel dettato dell'art. 15 Cost., né in altra disposizione costituzionale; rimane pertanto da stabilire se lo si possa far rientrare comunque nel prisma della garanzia costituzionale in discorso, o se da esso vada espunto, con l'effetto, in questo secondo caso, di rendere superfluo il rispetto delle riserve di legge e di giurisdizione, sancite *expressi verbis* solo con riguardo alla libertà e alla segretezza.

In particolare, sono sostanzialmente due i casi in cui è emerso il problema circa l'applicabilità delle garanzie costituzionali anche all'ipotesi di lesione della riservatezza.

Il primo di essi riguarda l'acquisizione dei c.d. dati esterni di una comunicazione (nominativi delle utenze intercettate, ora, giorno e durata della comunicazione); tale condotta, spesso posta in essere dalla autorità inquirenti nel corso di un procedimento penale, non può non incidere sulla riservatezza delle comunicazioni medesime, giacché consiste in una presa di conoscenza di informazioni – cioè i c.d. tabulati telefonici, informatici o telematici – cronologicamente susseguente al verificarsi della comunicazione, che era invece intercorsa fra gli interlocutori nel pieno rispetto della loro segretezza (*infra* Cap. 4).

Sollecitata a pronunciarsi sull'argomento, la Corte Costituzionale, consapevole che un'esegesi strettamente letterale dell'art. 15 Cost. avrebbe determinato la conclusione che la riservatezza nelle comunicazioni sia qualcosa di diverso tanto dalla libertà quanto dalla loro segretezza, è allora giunta ad affermare che «*la stretta attinenza della libertà e della segretezza nelle comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo*»⁴⁰. Di tal ché, con questo arresto la Corte, evocando quel principio personalistico che connota il disegno costituzionale, ha inglobato anche il

Gaito, *In tema di indebito inserimento su onde radio a frequenza riservata*, in *Giur. it.*, 1975, II, p. 410.

³⁹In argomento cfr. **P. Moscarini**, *Tutela della privacy e intercettazioni telefoniche. Note conclusive di un seminario*, in *Giust. pen.*, 2011, III, p. 238 ss.

⁴⁰Così, Corte Cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 740, con commento di **A. Pace**, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, il quale sottolinea l'influenza esercitata dal giudice redattore, che è riuscito «a far recepire alla Corte una tesi dottrinale da lui sostenuta molti anni fa con riferimento alla tutela della *privacy* nell'esperienza giuridica statunitense»: **A. Baldassarre**, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma, 1974, p. 420 ss.; **R. Gambini**, *Perquisizioni, sequestri ed intercettazioni nella giurisprudenza della Corte suprema Americana*, in *Giur. it.*, 1981, IV, c. 134.

diritto alla riservatezza nelle comunicazioni nell'orbita della disposizione normativa in esame.

Sulla scorta di tali premesse, risulta agevole affrontare e risolvere l'altra (la seconda) problematica legata ai rapporti fra art. 15 Cost. e diritto alla riservatezza. Nella specie, sviluppando le argomentazioni della pronuncia della Corte Costituzionale appena citata, è possibile affermare che il rispetto delle garanzie dell'art. 15 Cost. sia imposto anche quando occorre acquisire i "dati interni" di una comunicazione (cioè il suo contenuto vero e proprio), ancorché tale atto acquisitivo sia stato disposto in un momento successivo allo storico verificarsi della comunicazione stessa. Anche in questo caso, infatti, analogamente all'ipotesi di apprensione dei "dati esterni", si verificherà solo una lesione della riservatezza, ma sarà comunque doveroso, in virtù dell'interpretazione estensiva fornita dalla decisione della Corte, il rispetto dei principi costituzionali previsti a garanzia della segretezza delle comunicazioni.

Nondimeno, la concreta fattibilità di questa incisione sulla riservatezza degli interlocutori verrà a dipendere dalla circostanza che il contenuto della conversazione o comunicazione non rimanga un mero *flatus vocis*, ma sia stato invece tracciato dal sistema di comunicazione utilizzato. Pertanto, con riferimento al contenuto di una conversazione telefonica, al di fuori del caso in cui sia stata disposta una captazione del flusso comunicativo, incidente sulla segretezza dei colloquianti, non sarà possibile disporre un'acquisizione *ex post* del contenuto delle telefonate, posto che, fra gli obblighi ricadenti sui gestori telefonici vi è la conservazione dei tabulati telefonici, ma non anche la registrazione delle telefonate. All'opposto, quando si tratta di acquisire il contenuto di comunicazioni avvenute tramite l'uso di sistemi di messaggistica (come *email*, SMS o MMS), ben si potrà disporre una successiva apprensione delle apparecchiature di telefonia mobile di inoltro e di ricezione delle comunicazioni che si intende carpire.

4. (segue) La riserva di legge ...

La riserva di legge e quella di giurisdizione rappresentano le fondamentali garanzie individuate dall'art. 15 comma 2 Cost. a presidio della libertà e della segretezza nelle comunicazioni.

Sono questi precetti di rango ultra primario ad aver segnato le tappe che poi hanno permesso un'evoluzione in senso progressivamente più garantista della normativa in tema di intercettazioni telefoniche.

Partendo dal principio della riserva di legge, è indubbio che non può non essere inteso nel suo significato sostanziale, in linea con il consolidato principio