



21 OTTOBRE 2020

# Quadro costituzionale e nuove forme di captazione

di Stefano Agosta

Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Messina

# Quadro costituzionale e nuove forme di captazione\*

di Stefano Agosta

Professore associato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Messina

**Abstract [It]:** Dopo un breve richiamo alla complessa vicenda politica che tra non poche polemiche ha portato all'emanazione del D.L. n. 161/2019, *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, il presente contributo si concentra sulle maggiori criticità esibite dalla novella in commento rispetto agli artt. 3, 25 e 27, 14 e 15, 24 e 111 nonché 81, comma 3, Cost. In particolare, si rileva come il bilanciamento richiesto in tali frangenti al legislatore non debba mai prescindere dall'individuazione di un difficile punto di equilibrio tra l'esigenza di reprimere i reati, per un verso, e quella, non meno pressante, di prevenire possibili lesioni al valore fondamentale della dignità della persona in nome della prima, per un altro.

**Abstract [En]:** After a first reference to the complex political affair that among many controversies led to the enactment of D.L. n. 161/2019, *Urgent changes to the discipline of the interception of conversations or communications*, this paper focuses on the major criticalities exhibited by the legislative change in question with respect to articles 3, 25 and 27, 14 and 15, 24 and 111 as well as 81, par. 3, of the Constitution. In particular, it is noted that the balancing required of the Lawgiver in such situations must never ignore the identification of a difficult balance point between the need to suppress crimes, on the one hand, and that, no less urgent, to prevent possible injury to the fundamental value of the dignity of the person in the name of the first, for another.

**Sommario:** 1. La prospettiva *politica* e quella *giuridica* (premessa). 2. I benefici attesi dalla recente novella alla disciplina delle intercettazioni (nel metodo e nel merito). 3. Una questione (solo apparentemente) nuova: talune potenziali criticità esibite con riferimento all'art. 3 nonché agli artt. 25 e 27 Cost. 4. (*Segue*): all'art. 81, comma 3, al combinato disposto degli artt. 2, 14 e 15 nonché agli artt. 24 e 111 Cost.

## 1. La prospettiva *politica* e quella *giuridica* (premessa)

Da poco convertito in legge<sup>1</sup>, il D.L. n. 161/2019, *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, ha com'è noto innovato le preesistenti disposizioni in materia *in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103* ai sensi del D.Lgs. n. 216/2017. A motivo del suo peculiare svolgimento, prima che ad una lettura precipuamente *giuridica* – come quella che nel prosieguo si sta per fare (naturalmente dalla precipua prospettiva costituzionalistica) – è ovvio che l'approvazione di tale ultimo provvedimento d'urgenza già si presti ad una più latamente *politica*. Se in questa occasione si è difatti cercato, *ex ante*, di mettere a frutto i «numerosi

\* Articolo sottoposto a referaggio. Contributo destinato ad AA.VV., *Intercettazioni e captatore informatico. La disciplina integrata dalle riforme*, in corso di stampa.

<sup>1</sup> ... con l. n. 7/2020, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, del 28 febbraio u.s.

spunti e osservazioni» offerti «dagli operatori del diritto (...) nel corso delle audizioni»<sup>2</sup> nel meritorio sforzo di pervenire ad una revisione in senso migliorativo della normativa antecedente<sup>3</sup>, è tuttavia nella fase *ex post* – rispettivamente, del compromesso raggiunto in Commissione Giustizia del Senato e, poi, della successiva approvazione da parte della Assemblea – che si sono appuntati gli strali maggiori della critica.

Così in primo luogo – con riferimento, cioè, alla più ristretta sede della Commissione – se, per un verso, si è duramente stigmatizzata l'inopportuna estensione delle intercettazioni a talune fattispecie di cui subito appresso si dirà, per un altro, si è altrettanto severamente biasimata la non meno infelice scelta di non estenderle a più gravi e diversi reati come, sopra tutti, quello di pornografia minorile<sup>4</sup>: tra i delitti ammessi all'acquisizione mediante captatore informatico in Commissione Giustizia sarebbero insomma rientrati «quelli commessi con il cosiddetto metodo mafioso o al fine di agevolare associazioni di stampo mafioso, cosa che era sfuggita nella prima stesura del decreto-legge»<sup>5</sup> ma non già quelli per esempio indicati invece dall'emendamento n. 2.41 (primo firmatario on.le S. Pillon) quali prostituzione minorile, pornografia minorile e detenzione di materiale pornografico di cui agli artt., rispettivamente, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater* cod. pen.<sup>6</sup>.

Venendo al confronto in aula ed alla successiva approvazione, pochi dubbi possono invero nutrirsi sul fatto che, seppure *in astratto* si sia sempre sbandierata la inopportunità del ricorso allo strumento della fiducia<sup>7</sup>, sulla votazione dell'emendamento governativo n. 1.900 al d.d.l. di conversione del D.L. n. 161 *supra* cit.<sup>8</sup> ed «interamente sostitutivo dell'articolo unico»<sup>9</sup> di tale proposta, l'Esecutivo abbia poi finito *in concreto* per smentire quanto in precedenza pure con vigore sostenuto ponendo la questione di fiducia. Dopo l'opinabile scelta iniziale di incidere così profondamente sul codice di procedura penale col mezzo della decretazione d'urgenza<sup>10</sup>, invero tale decisione politica non ha che ulteriormente compresso (e non

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio, P. GRASSO, *Intervento*, in *Resoconto stenografico. Allegati. Assemblea* (194<sup>a</sup> seduta pubblica, giovedì 20 febbraio 2020) in [www.senato.it](http://www.senato.it), 22.

<sup>3</sup> Cfr. F. MIRABELLI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 24.

<sup>4</sup> Cfr. E. STEFANI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 14.

<sup>5</sup> Cfr. nuovamente P. GRASSO, cit., 23.

<sup>6</sup> *Ex adverso*, tuttavia, si è fatto rilevare come tali fattispecie ad eccezione della detenzione di materiale pornografico – a motivo del fatto che «la pena edittale attualmente prevista è fino a tre anni di reclusione e, quindi, sotto soglia» (cfr. G. D'ANGELO, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 33) – in quanto sanzionate con la reclusione superiore a cinque anni già potessero rientrare nella previsione delle intercettazioni di cui all'art. 266, *Limiti di ammissibilità*, cod. proc. pen.: cfr. M. CRUCIOLI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 16.

<sup>7</sup> Cfr. D. GARNERO SANTANCHÈ, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 8.

<sup>8</sup> Cfr. A.S. n. 1659, *Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in [www.senato.it](http://www.senato.it) (7 gennaio 2020).

<sup>9</sup> Cfr. M.E. ALBERTI CASELLATI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 17.

<sup>10</sup> A parte la considerazione di *metodo* per cui «una materia così difficile [dovesse] essere affrontata con equilibrio e ponderazione, e non di certo (...) con un decreto-legge» d'altro canto, per passare al piano del *merito*, «il fatto stesso che sia [stato] previsto nello stesso provvedimento il rinvio dell'entrata in vigore della norma – [la quale] quindi non entra

poco pre-orientato) un dibattito parlamentare già evidentemente versante in grave stato di sofferenza<sup>11</sup>: inevitabilmente ricadendo non già su una materia qualsiasi bensì su una fortemente involgente i diritti fondamentali dell'uomo (quali quello alla *privacy* ed alla difesa in giudizio, sopra tutti)<sup>12</sup> è difatti ovvio che tale richiesta di fiducia abbia ulteriormente ingessato un quadro politico di contesto già ampiamente compromesso<sup>13</sup>.

Che lo si sia formalmente ribattezzato “captatore informatico”<sup>14</sup>, “agente intrusore”<sup>15</sup> ovvero “*trojan horse*”<sup>16</sup> (e non pochi altri sinonimi potrebbero in tal senso ulteriormente trovarsi) sostanzialmente immutata – per passare adesso al diverso piano giuridico – è, come si sa, rimasta la peculiare funzione che è stato chiamato nel corso del tempo ad assolvere il *software* da ultimo oggetto appunto della recente novella di cui al D.L. n. 161 cit. «Installato in un dispositivo del tipo *target* (un computer, un *tablet* o uno *smartphone*), di norma a distanza e in modo occulto, per mezzo del suo invio con una mail, un sms o un'applicazione di aggiornamento» e «costituito da due moduli principali»<sup>17</sup> – «il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo che il virus usa per controllare detto dispositivo» – per le precipue caratteristiche che lo connotano è ovvio che tale *malware* informatico si sia prestato e si presti tutt'oggi, com'è intuibile immaginare, ad una infinità di impieghi investigativi (tra cui anche, se non soprattutto, quello di registrare ogni conversazione tra presenti, a tutti gli effetti integrando una vera e propria intercettazione ambientale).

Data l'intrinseca portabilità dei *devices* presi di mira – non si pensi solo al più comune esempio dei telefoni cellulari ma, più ampiamente, ad ogni dispositivo facilmente trasportabile quali, appunto, *notebook* e *tablet* – l'attivazione di tali captatori non finisce per colpire solo la persona intercettata ma pure tutti coloro che con essa siano venuti, in qualche misura, in contatto<sup>18</sup>. Dal peculiare angolo visuale del diritto costituzionale da cui adesso ci si propone di riguardarla, è perciò fin troppo evidente come la vera

---

in vigore al momento della sua pubblicazione ma qualche mese più avanti – [avrebbe dovuto far] venire meno i requisiti per emanare un decreto-legge»: cfr. E. STEFANI, *op. cit.*, 12.

<sup>11</sup> Su una sorta di «aggravante ad effetto speciale nel modo di procedere del Governo» – che non avrebbe solo «posto la fiducia in prima lettura su una questione di enorme delicatezza, quale è il tema delle intercettazioni» ma lo avrebbe pure «fatto tramite un decreto-legge» – richiama, ad esempio, l'attenzione F. DAL MAS, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 6.

<sup>12</sup> Cfr., quasi testualmente, D. GARNERO SANTANCHÈ, cit., 7.

<sup>13</sup> In tal senso, d'altronde, non vi è che non abbia iscritto tale ultima iniziativa legislativa in un unico e più esteso orizzonte ricomprendente pure la l. n. 3/2019, *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici* (c.d. spazzacorrotti): cfr., nuovamente, F. DAL MAS, *ibidem*.

<sup>14</sup> Cfr. Corte di Cass., V sez. pen., sent. 14 ottobre 2009, n. 24695 (punto 2 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>15</sup> Cfr. Corte di Cass., VI sez. pen., sent. 26 maggio 2015, n. 27100 (punto 2 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>16</sup> Cfr. Corte di Cass., S.U., sent. 28 aprile 2016, n. 26889 (punto 2 *cons. dir.*, secondo cpv).

<sup>17</sup> Cfr. Corte di Cass., S.U., cit., (punto 2 *cons. dir.*, ottavo cpv) cui si rinvia anche per la citazione testuale immediatamente seguente.

<sup>18</sup> Cfr. Corte di Cass., S.U., *ibidem*.

questione che si è sin dal principio posta non abbia tanto riguardato l'*an* dello strumento in questione quanto, piuttosto, il delicatissimo *quomodo* dei suoi limiti di utilizzabilità.

Nella parte in cui ha consentito – «limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata» – la captazione informatica di «conversazioni o comunicazioni tra presenti (...) anche nei luoghi di privata dimora *ex art.* 614 c.p., pure non singolarmente individuati e anche se *in* non si [stesse] svolgendo l'attività criminosa»<sup>19</sup> è risaputo come, fino a prima che si intendesse mettere mano alla materia a mezzo della c.d. riforma Orlando, tali limiti fossero stati delineati dalla giurisprudenza di legittimità sul c.d. caso Scurato<sup>20</sup>. Di vero e proprio «trojan di Stato»<sup>21</sup>, ad ogni modo, si è cominciato realmente a discorrere solo a partire dal primo genuino tentativo di regolazione legislativa della materia di cui al D.Lgs. n. 216 cit. il quale ha (forse troppo disinvoltamente...) ritenuto di estendere ai reati commessi in danno della P.A. uno strumento non poco invasivo come, appunto, quello di un *software* inizialmente immaginato per reati assai più gravi quali quelli di terrorismo e criminalità organizzata<sup>22</sup>.

Da taluni considerato alla stregua di una vera e propria «contro-riforma» del quadro previgente<sup>23</sup> se, da un lato, è «volto, sostanzialmente, a innovare la disciplina delle intercettazioni telefoniche in funzione della necessaria tutela della riservatezza delle persone», dall'altro il D.L. in parola ha apportato «nel contempo correttivi volti a eliminare alcuni effetti distorsivi, specialmente sul piano della tutela delle garanzie difensive e della funzionalità nello svolgersi delle indagini preliminari, che si [sarebbero potuti] produrre con l'immediata ed integrale applicazione»<sup>24</sup> del D.Lgs. n. 216 cit.

Ultimo decisivo tassello, in ordine di tempo, di un più ampio (ma non sempre chiaro ed internamente coerente) mosaico portato non poco faticosamente avanti nei tempi più recenti dalla giurisprudenza e dal legislatore, l'intervento in commento non avrebbe solo, per così dire, mirato a ripristinare lo *status quo ante* in materia di esecuzione delle intercettazioni rispetto alla normativa previgente<sup>25</sup> ma, anche, ad una

---

<sup>19</sup> Cfr. Corte di Cass., S.U., cit. (punto 11 *cons. dir.*, primo cpv).

<sup>20</sup> Cfr. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni* (GU Serie generale n. 305 del 31.12.2019), in [www.csm.it](http://www.csm.it) (13 febbraio 2020), spec. 3.

<sup>21</sup> Cfr. C. MORELLI, *Riforma penale: via libera al Trojan di Stato*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) (19 giugno 2017).

<sup>22</sup> Cfr. A. CHIRICO, *I trojan, un cortocircuito del diritto*, in [www.ilfoglio.it](http://www.ilfoglio.it) (12 giugno 2019).

<sup>23</sup> Così, ad esempio, G. SPANGHER, *Cosa prevede il dl intercettazioni, trojan ovunque e articolo 15 della Costituzione calpestato*, in [www.ilriformista.it](http://www.ilriformista.it) (19 febbraio 2020).

<sup>24</sup> Cfr. RELAZIONE AL D.D.L. N. 1659, *Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in [www.senato.it](http://www.senato.it) (19 giugno 2017), spec. 3.

<sup>25</sup> ... riproponendo «sostanzialmente la formulazione antecedente la riforma del 2017, con particolare riguardo alla trasmissione dei verbali delle intercettazioni, all'immediata comunicazione ai difensori che hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni e all'apposito procedimento incidentale finalizzato alla cernita e alla selezione del materiale probatorio»: così, G. D'ANGELO, *op. cit.*, 34.

maggior responsabilizzazione del pubblico ministero, in tal modo restituito dal Parlamento al suo fisiologico ruolo di vero e proprio «*dominus*»<sup>26</sup> dell'intera fase di ricerca delle prove<sup>27</sup>.

## 2. I benefici attesi dalla recente novella alla disciplina delle intercettazioni (nel metodo e nel merito)

Trasversalmente intervenendo, tra gli altri, sugli artt. 266, 267 e 270 cod. proc. pen. l'art. 2, comma 1, *lett. c), d) e g)*, n. 1 (*Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*), D.L. n. 161 cit. ha finito profondamente per incidere non solo sui predetti limiti di ammissibilità imposti all'uso di questo genere di programmi informatici e sui presupposti e le forme del relativo provvedimento di autorizzazione ma, pure, sull'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni così ottenute in altri procedimenti.

Con riferimento innanzitutto al procedimento per il quale l'intercettazione è stata autorizzata, mentre non si è alterato l'elenco dei reati per i cui procedimenti «l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita»<sup>28</sup> – né, tanto meno, la regolazione dell'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 cod. pen.<sup>29</sup> – non altrettanto può dirsi invece, dal punto di vista *sostanziale*, per la captazione ambientale appunto eseguita inoculando il virus sul dispositivo elettronico portatile: allorquando, cioè, proprio «per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 cod. proc. pen.» – non dissimilmente dai procedimenti per i gravi delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. – tale forma di intercettazione viene infine estesa anche ai luoghi

<sup>26</sup> Cfr. P. GRASSO, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>27</sup> «Tenuto a svolgere un'accurata valutazione sui dati raccolti ai fini della loro utilizzabilità a fini probatori, sia nel procedimento in corso che nei procedimenti diversi rispetto a quello per il quale si procede e per il quale è stato emanato il decreto di autorizzazione alle predette intercettazioni telefoniche, conversazioni o comunicazioni», il P.M. dovrà difatti vigilare adesso «affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini dell'indagine»: tra le molteplici innovazioni introdotte, «la soppressione della riforma del 2017 nella parte in cui vieta alla polizia giudiziaria la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni rilevanti ai fini delle indagini, per l'oggetto, i soggetti coinvolti o la trattazione dei dati personali e sensibili» – con la contestuale attribuzione al pubblico ministero del «compito di ordinare la trascrizione delle suddette intercettazioni quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova» – costituisce, d'altro canto, «una modifica rilevante poiché attribuisce una posizione di responsabilità dell'organo inquirente» (così, nuovamente, G. D'ANGELO, *ibidem*). Si sarebbe così deciso, in altre parole, «di dare ai pubblici ministeri, non più alla Polizia, la responsabilità di distinguere le intercettazioni funzionali all'indagine per cui sono state autorizzate, quindi iscritte nel fascicolo, da quelle non rilevanti, che vanno inserite in un archivio presso le procure che deve restare segreto»: così, ad esempio, F. MIRABELLI, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>28</sup> Così, art. 266, comma 1, cit.

<sup>29</sup> Così, art. 266, comma 2, cit.

indicati dall'art. 614 cit., con la sola differenza della necessaria (quanto laconica e generica) «previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo»<sup>30</sup>.

Non diversamente sembra essere d'altro canto accaduto – per passare al diverso profilo formale – sia nel caso che l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266 cit. sia stata dal pubblico ministero richiesta al giudice per le indagini preliminari in fisiologiche condizioni, per così dire, di “normalità investigativa” che nella differente ipotesi di urgenza: allorché il P.M. sia, cioè, spinto a disporre l'intercettazione – con decreto motivato «che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore» al G.I.P. – dal «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini»<sup>31</sup>.

Richiesto nella prima eventualità del provvedimento di autorizzazione alla captazione informatica – se si procede per i delitti di cui all'art. 51 cit. ovvero per quelli dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la P.A. cit. – il giudice per le indagini preliminari potrà così limitarsi ad indicare «le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini» senza che sia più imposta l'ulteriore specificazione dei luoghi e del tempo, «anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono»<sup>32</sup>. Esclusa per ogni altro procedimento che non sia annoverabile fra quelli per i delitti di cui al solito art. 51 cit. (ovvero commessi da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio cit.) questa peculiare modalità di intercettazione potrà essere poi disposta in via d'urgenza dal pubblico ministero, con proprio decreto motivato, con la sola indicazione delle «ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice»<sup>33</sup>.

Con riferimento, infine, ai procedimenti diversi da quelli nei quali la captazione è stata originariamente disposta, la novella in epigrafe incide pure sul regime di utilizzabilità delle relative risultanze: per tali intercettazioni informatiche stabilendo, in particolare, che i corrispondenti risultati possano «essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis*», *supra* cit.<sup>34</sup>. A differenza della previsione di cui all'art. 270, comma 1<sup>35</sup> insomma – sparito il requisito della

<sup>30</sup> Così, art. 266, comma 2-*bis*, cit.

<sup>31</sup> Così, art. 267, comma 2 (primo per.), cit.

<sup>32</sup> Così, art. 267, comma 1 (terzo per.), cit. [la quale ultima specificazione continua ad essere espressamente richiesta, invece, dalla stessa disposizione ogni qualvolta si proceda «per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, e dai delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4»].

<sup>33</sup> ... «oltre a quanto previsto dal comma 1, secondo periodo» (e, cioè, allorché sussistano «gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini»): così, art. 267, comma 2-*bis*, cit.

<sup>34</sup> Così, art. 270, comma 1-*bis*, cit.

<sup>35</sup> A norma della quale l'utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti è esclusivamente subordinata alla condizione che essi «risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1».



“rilevanza” – ai fini del loro legittimo impiego in procedimenti diversi basterà che a realizzarsi sia la sola condizione della “indispensabilità”, per l’accertamento dei delitti indicati, dei risultati della citata intercettazione.

A stare alle parole del legislatore che l’ha così fortemente voluta e convintamente patrocinata, non pochi sarebbero i benefici complessivamente derivanti ai diritti fondamentali della persona dalla disciplina in commento, a partire da quelli alla *privacy*: tra le tante, sarebbe d’altro canto stata proprio l’esigenza della «necessaria tutela della riservatezza anche nella fase della verbalizzazione» ad indurre – come pure già anticipato *supra* – «a sostituire il meccanismo di selezione da parte della polizia giudiziaria delle intercettazioni non utilizzabili con un dovere di vigilanza del pubblico ministero»<sup>36</sup>. Sempre siffatto bisogno è stato dal Parlamento ritenuto evidentemente preminente, del resto, non solo con riferimento alla «ineludibile necessità di un passaggio giurisdizionale per l’acquisizione delle intercettazioni al fascicolo» del P.M.<sup>37</sup> ma, pure, laddove si sono eliminati quei «rigidi divieti di trascrizione, imposti dal decreto legislativo n. 216 del 2017, stabilendo che le registrazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti, al pari di quelle afferenti a categorie di dati sensibili come definite dalla normativa in materia, ove non necessarie alle indagini, restino custodite in archivio, a seguito del procedimento di stralcio già regolato dall’articolo 268 del codice di procedura penale, ripristinato sul punto»<sup>38</sup>.

Ogni qualvolta, insomma, il risultato della captazione eventualmente disposta si riveli irrilevante in ogni fase dell’intera attività svolta dalle indagini preliminari fino al vero e proprio processo non si avrà «più la vita privata morbosamente messa in prima pagina»<sup>39</sup> grazie alla estensione legislativa del divieto di

---

<sup>36</sup> Cfr. RELAZIONE AL D.D.L. N. 1659, cit., *op. et loc. ult. cit.*

<sup>37</sup> ... laddove si è, in particolare, «inteso ripristinare il testo del codice di procedura penale, nella versione anteriore all’intervento normativo, conservando tuttavia le norme in materia di utilizzazione del cosiddetto *trojan* e la destinazione all’archivio digitale, istituito presso ciascuna procura della Repubblica, del materiale intercettato»: così, ancora, RELAZIONE AL D.D.L. N. 1659, *ibidem*. «Le procedure di acquisizione e conservazione dei dati» sarebbero state, così, snellite «attraverso modalità informatiche che consentano di migliorare l’esecuzione delle attività di intercettazione, compresa la custodia e gestione dei dati intercettati e trascritti e l’effettiva tutela delle garanzie difensive»: così, G. D’ANGELO, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>38</sup> Cfr., nuovamente, RELAZIONE AL D.D.L. N. 1659, *ibidem*.

<sup>39</sup> Cfr. M. CIRINNÀ, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 9. Nella consapevolezza «di quale danno sia stato fatto in diverse circostanze quando è stato pubblicato materiale oggetto di intercettazioni che, pur privo di rilevanza nell’ambito del procedimento penale nel quale era stato acquisito, è stato divulgato con gravissimo pregiudizio al diritto alla *privacy* e al diritto alla riservatezza delle persone, talvolta messe pubblicamente alla berlina», in altre parole, col «provvedimento che ci occupa si è finalmente posto rimedio e di fatto si è prevista la segretezza di tutto ciò che risulti irrilevante, che quindi non potrà essere pubblicato e dovrà essere conservato in un archivio la cui responsabilità ricade sul pubblico ministero»: così, ad esempio, G. CUCCA, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 19. Creando, d’altro canto, «le condizioni per impedire che intercettazioni che non hanno nulla a che vedere con le indagini diventino pubbliche – in questi anni purtroppo è accaduto spesso – con una violazione della *privacy* delle persone e delle loro famiglie» ci si è sforzati, in conclusione, di contrastare «un malcostume che già l’ex ministro Orlando aveva cominciato ad affrontare»: così, F. MIRABELLI, *op. et loc. ult. cit.*



«pubblicazione, anche parziale o riassunto, con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto»<sup>40</sup>.

Venendo, più nello specifico, al diritto costituzionale di difesa – oltre che esplicita e lineare nell'imporre i limiti e stabilire i necessari criteri-guida per l'impiego delle suddette captazioni – quella in esame rappresenterebbe una regolazione mirata ad esaltare proprio il precipuo compito affidato al difensore, allo scopo di esaltarne il protagonismo «in momenti» non poco «delicati come quello dell'esecuzione della misura cautelare e del giudizio immediato»<sup>41</sup>. A rendere espressa testimonianza di questa sorta di benefico pre-orientamento di metodo, d'altro canto, non si è solo distinto a seconda del «contenuto rilevante e irrilevante delle comunicazioni intercettate»<sup>42</sup> bensì si sono anche introdotte «maggiori garanzie per i difensori» e «miglior definizione dei casi in cui le intercettazioni possono essere usate, come si dice in gergo, a strascico»<sup>43</sup>; senza contare il *pendant* rispettivamente rappresentato da quelle disposizioni che rafforzando «la segretezza delle intercettazioni non rilevanti» consentono «in questo contesto la possibilità per gli avvocati di accedervi» – «garantendo la possibilità di richiedere di inserire nel fascicolo altri materiali, quindi garantendo il pieno diritto alla difesa»<sup>44</sup> – nonché, quale «forma di garanzia», ripristinano «la possibilità che all'udienza di stralcio partecipino anche i difensori, che potranno estrarre copia delle intercettazioni»<sup>45</sup>.

### **3. Una questione (solo apparentemente) nuova: talune potenziali criticità esibite con riferimento all'art. 3 nonché agli artt. 25 e 27 Cost.**

Nonostante i pur apprezzabili sforzi sin qui brevemente illustrati – senz'altro ispirati, come pure si è cercato di dimostrare col frequente (e, perciò, non casuale) richiamo testuale ai lavori d'aula, dalle migliori intenzioni – non può ad ogni modo dirsi che la disciplina ora in epigrafe, almeno se riguardata dal precipuo angolo visuale del diritto costituzionale, non vada esente da più d'una perplessità, anzi. Sul fatto che l'*hard core*, per così dire, della questione adesso all'esame assurga ormai ad uno tra i più classici e noti degli ultimi anni non possono invero nutrirsi molti dubbi<sup>46</sup>: il bilanciamento richiesto in tali frangenti al

---

<sup>40</sup> Così, ancora, G. D'ANGELO, *ibidem*.

<sup>41</sup> Cfr. F. MIRABELLI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 25.

<sup>42</sup> Cfr. G. CUCCA, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>43</sup> Cfr. M. CIRINNÀ, *ibidem*.

<sup>44</sup> Cfr. F. MIRABELLI, *ibidem*.

<sup>45</sup> Cfr. P. GRASSO, cit., 23.

<sup>46</sup> ... con riferimento, in altri termini, all'esigenza di «valutare compiutamente l'impatto che questo mezzo di ricerca della prova ha sulla persona: modulando conseguentemente il bilanciamento tra esigenze investigative, diritto di difesa e, appunto, *privacy*» [così, ad esempio, A. SORO, *Audizione informale del Presidente del Garante per la protezione dei dati personali sul disegno di legge AS 1659 (conversione in legge del d.l. 161/2019, in materia di intercettazioni)*, Seconda Commissione del Senato della Repubblica (Giustizia), in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it) (4 febbraio 2020), 1].

legislatore dovendo necessariamente sottintendere l'individuazione di un delicato (eppure irrinunciabile) punto di equilibrio tra l'esigenza di reprimere i reati, per un verso, e quella, non meno pressante, di prevenire possibili lesioni al valore supercostituzionale della dignità umana<sup>47</sup> in nome della prima, per un altro<sup>48</sup>.

Se, per talune tipologie di ben determinati reati destanti maggiore allarme sociale (come, sopra tutti, quelli di stampo mafioso e, oggi, di origine corruttiva), quello dell'intercettazione si è da tempo rivelato per gli inquirenti un insostituibile mezzo tecnico di ricerca della prova<sup>49</sup>, è pur vero che – per non discostarsi troppo dalla tavola dei valori costituzionali fino al punto (di rottura) di vulnerarli – la sua regolazione normativa non può fare a meno di dimostrarsi «rigorosa e dettagliata» a «tutela della riservatezza» così come, pure, a «garanzia del diritto di difesa» e del «contraddittorio nella formazione della prova»<sup>50</sup>. Se l'an della questione si rivela, in altre parole, abbastanza noto e più che consolidato nei suoi lineamenti essenziali, ad essere precipuamente nuovo sarebbe piuttosto il *quomodo* delle nuove tecnologie informatiche ad oggi interessate, come tale imponendo al Parlamento uno sforzo di sintesi (se possibile maggiore che in passato) tra tutti gli interessi costituzionalmente coinvolti.

Per scongiurare il drammatico rischio che per i valori costituzionali può essere rappresentato dalla straordinaria aggressività dei *malware* in parola – laddove potrebbero facilmente (ancorché indebitamente...) convertirsi da irrinunciabile *subsidium* per gli investigatori a veri e propri strumenti di

---

<sup>47</sup> Così, per tutti, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. [più di recente, v. almeno C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss., L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bologna 2017, 125 ss. (part. 157 ss.) nonché lo stesso A. RUGGERI, che ne ha più volte discorso, ad esempio, in *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) (3 giugno 2018), 392 ss.].

<sup>48</sup> Se si muove difatti dall'assunto che «la Costituzione resta il nostro faro (...) quel luogo virtuale nel quale ogni composizione di disuguaglianze, garanzie e diritti trova una risposta», è dunque ineludibile che qualsivoglia regolazione della materia debba tenere «insieme la necessità di garantire la sicurezza dei cittadini mediante i più adeguati strumenti di indagine con l'altrettanto doverosa garanzia dei diritti fondamentali degli indagati e degli imputati», sforzandosi di ricercare l'*optimum* del migliore «punto di equilibrio» tra «legalità e garanzia dei diritti»: così, M. CIRINNÀ, *op. cit.*, 9. Dalla recente «sentenza della Cassazione Sezioni unite penali n. 51 del 2020, che richiama una sentenza della Corte costituzionale», due sarebbero, d'altro canto, i «distinti interessi che vengono in rilievo in materia di intercettazioni»: «vi è quello inerente la libertà e la segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili; e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati; anch'esso un interesse di rilievo costituzionale» (così, E. STEFANI, *op. cit.*, 12).

<sup>49</sup> Così, ad esempio, P. GRASSO, *cit.*, 22 a parere del quale – in quanto «principale, se non l'unico, strumento attraverso il quale possono essere acquisite prove e riscontri» – per talune categorie di delitti, è «innegabile che le intercettazioni telefoniche e ambientali siano una formidabile risorsa per gli investigatori»: al punto che «la necessità di affinarne e perfezionarne l'uso corrisponde all'esigenza dello Stato di essere più efficace nel perseguimento di delitti che hanno un grande impatto sulla società, come quelli di natura mafiosa e corruttiva».

<sup>50</sup> Cfr. M. CIRINNÀ, *op. cit.*, 10. È, in altre parole, «doveroso assicurare ai soggetti del processo penale, compresi i difensori, ogni più ampio mezzo ai fini efficaci delle indagini sulla commissione dei reati e di una formazione della prova efficiente» contestualmente impedendo che «la tutela delle esigenze delle indagini» possa «spingersi fino alla compressione di alcuni diritti inviolabili come quelli alla difesa e alla riservatezza e, anzi, a essi deve rimanere strettamente funzionale»: così, G. D'ANGELO, *op. cit.*, 33 s.

controllo di massa<sup>51</sup> – diventa allora indispensabile stabilire più forti e certe garanzie per i diritti nelle loro concrete modalità di esercizio, nonostante le non poche difficoltà che tale operazione inevitabilmente comporta<sup>52</sup>.

A parte gli endemici problemi di *drafting* normativo<sup>53</sup> che sul versante formale purtroppo affliggono il presente come invero tanti altri articolati legislativi non solo della materia di cui oggi si discute, a destare ad ogni modo maggiore preoccupazione è lo stato di grave sofferenza cui l'attuale riforma sembrerebbe sottoporre sul piano sostanziale una sfilza, non secondaria né tantomeno irrilevante, di previsioni costituzionali. Oltre al latente pericolo di una sempre incombente “ipersoggettivizzazione” dello stesso ruolo del P.M.<sup>54</sup> sotto il profilo *soggettivo*, difatti, su quello *oggettivo* in misura più o meno profonda incisi rischierebbero di essere non solo gli artt. 3 (sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza ed eguaglianza), 25 e 27, 2, 14 e 15, ma, pure, 24 e 111 nonché 81, comma 3, Cost.

Non avendo limitato il ricorso al captatore informatico alle sole, ed eccezionalmente gravi, ipotesi dei delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* sopra citati<sup>55</sup> – per prendere innanzitutto le mosse dalla potenziale lesione all'art. 3 cit. – con la piena equiparazione tra le fattispecie di criminalità organizzata o

---

<sup>51</sup> «Le straordinarie potenzialità intrusive» attualmente offerte dai captatori informatici «impongono, infatti, garanzie adeguate per impedire che essi, da preziosi ausiliari degli inquirenti, degenerino invece in mezzi di sorveglianza massiva o, per converso, in fattori di moltiplicazione esponenziale delle vulnerabilità del compendio probatorio» («rendendolo», ad esempio, «estremamente permeabile se allocato in *server* non sicuri o, peggio, delocalizzati anche al di fuori dei confini nazionali»): così, A. SORO, *op. cit.*, 3 (ma, sul punto, si sta per tornare, *infra*).

<sup>52</sup> Premesso che «quella delle intercettazioni e del loro utilizzo è infatti materia delicatissima sia per gli interessi in ballo – tra l'altro, spesso, anche confliggenti tra loro – sia e soprattutto a causa del processo tecnologico che investe, che talvolta rende anche difficoltoso il contemperamento degli interessi» (così, tra gli altri, G. CUCCA, *op. cit.*, 18) è, perciò, ovvio che se «già le intercettazioni telefoniche pongono problemi vertiginosi di bilanciamento, per l'indagato e per i terzi coinvolti, con libertà costituzionali (espressamente previste dall'art. 15 della Costituzione, a norma del quale libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione sono inviolabili)» tali problemi risultano tutti «amplificati oggi dalla moltiplicazione degli strumenti di comunicazione (messaggistica, scritta e vocale, etc.)» e delle tecnologie per captarli: in tal senso, V. Manes in A. CHIRICO, *op. cit.*

<sup>53</sup> ... che poi finirebbero non di rado per costituire «il primo *vulnus*»: «complice un testo molto lungo (un articolo di 95 commi), disomogeneo nei riferimenti normativi e denso e vario quanto ad interventi, l'evidenza non era chiara. ‘Sembra una tecnica normativa utilizzata appositamente per sviare’: così, ad esempio, M. SENOR in C. MORELLI, *op. cit.* andando «a decrittare quel riferimento agli articoli 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e soprattutto all'articolo 266, comma 1, c.p.p.».

<sup>54</sup> Seppure la presente disciplina disponga «che per iniziare le indagini e utilizzare il captatore, questi debba chiedere l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari», «va detto però, senza falsare la realtà (...), che il GIP, nel concedere allo stesso pubblico ministero l'autorizzazione a svolgere le indagini, ha un ruolo essenzialmente notarile, limitandosi a firmare l'autorizzazione dopo una verifica formale dei presupposti giuridici» (così come, pure, «è sempre e soltanto il pubblico ministero, poi, che può decidere se utilizzare i risultati delle captazioni anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato autorizzato»): con la conseguenza che la recente novella legislativa finirebbe per integrare un vero e proprio «anno all'egocentrismo e all'onnipotenza dell'ufficio del pubblico ministero», ogni qualvolta è il P.M. «che decide se invadere vita, casa, auto, ufficio o garage del sospettato, è lui che decide chi e cosa ascoltare, è lui che decide quali risultati utilizzare» (senza dire che sempre costui sarebbe «che decide se utilizzare le conversazioni anche per reati dei quali, inizialmente, non aveva avuto notizia e per i quali non era stato neppure autorizzato alla registrazione») [così, A. GIOVANNINI, *Il trojan e lo stupro della libertà*, in <http://opinione.it> (27 febbraio 2020)].

<sup>55</sup> ... riguardanti «i ‘reati gravi’ di criminalità organizzata: dall'associazione a delinquere, anche di stampo mafioso, a quelli odiosi come la riduzione in schiavitù, tratta di persone, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale nei confronti di minorenni, sequestro a scopo di estorsione etc.»: così, nuovamente, M. SENOR in C. MORELLI, *op. cit.*

terrorismo e quelle in danno alla P.A. integrate dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di pubblico servizio<sup>56</sup>, rispetto ai pregressi assunti giurisprudenziali il legislatore parrebbe oggi avere intrapreso una sorta di pericolosa *slippery slope*: in fondo alla quale, cioè, la differente disapprovazione sociale suscitata da delitti ben più gravi di quelli adesso presi normativamente di mira è progressivamente sfumata fino a non cogliersi più<sup>57</sup>. Se riguardata allora sotto il precipuo profilo della ragionevolezza, esibendo «la propria tendenza a far diventare regola quello che dovrebbe essere emergenza» tale opzione regolativa non sembrerebbe, in altre parole, aver pienamente rispettato la «proporzionalità tra questi reati e l'utilizzo di uno strumento gravemente invasivo», al punto da far discorrere qualcuno persino di vera e propria «tortura digitale»<sup>58</sup>.

Non diversamente poi, sul diverso crinale dell'eguaglianza, decidere di convertire l'uso in casi eccezionali (e, proprio per ciò, derogatorio rispetto alla disciplina comune)<sup>59</sup> di una misura dalla notevole pervasività investigativa come quella in commento in uno, per così dire, lineare e “normalizzato”<sup>60</sup>, finirebbe alla lunga per equiparare il trattamento di situazioni tra di loro anche assai differenti ed introdurre «una contraddizione nel sistema normativo (...) un elemento di irrazionalità che ne pregiudica la coerenza interna»: col pericolo che ad essere insomma vulnerato risulti proprio quel canone costituzionale di uguaglianza di cui adesso si discorre<sup>61</sup>.

Non meno esposto al pericolo di lesione di quanto non sembri l'art. 3 Cost. potrebbe, d'altro canto, risultare il combinato degli artt. 25 e 27 Cost. dal punto di vista, per così dire, *quantitativo* così come, pure, da quello *qualitativo*: sotto il primo, a motivo di una sorta di endemico “eccesso di tipizzazione penale” che potrebbe aversene dalla crescente mole di fattispecie codicistiche debordante al punto tale da rendere «impossibile la vita di ciascuno di noi», in quanto pressoché sempre a rischio «di commettere reati senza averne contezza»<sup>62</sup>. Relativamente al secondo profilo, legislativamente equiparare poi «dal punto di vista

---

<sup>56</sup> ... «sia con riferimento ai presupposti sia in relazione alla captazione tra presenti sia in relazione ai provvedimenti d'urgenza sia in relazione con i luoghi dove è consentito l'uso del captatore informatico»: così, ad esempio, G. SPANGHER, *op. cit.*

<sup>57</sup> Cfr. F. Pinelli in A. CHIRICO, *op. cit.* (cui si rinvia anche per la citazione immediatamente successiva).

<sup>58</sup> Così, F.P. Micozzi in C. MORELLI, *op. cit.*

<sup>59</sup> ... per tutte quelle «situazioni di vera emergenza criminale e investigativa», cioè, «rispetto alle quali qualsiasi altro strumento risulti inidoneo»: così, F. Pinelli, in A. CHIRICO, *op. cit.*

<sup>60</sup> Così, V. Manes in A. CHIRICO, *op. cit.*

<sup>61</sup> ... laddove, com'è noto, sempre «impone di trattare situazioni eguali in modo eguale e situazioni diseguali in modo diseguale»: così, M. Ainis sempre in A. CHIRICO, *op. cit.*, a parere del quale – premesso che «ogni reato è odioso ma non tutti i reati sono odiosi in ugual misura», esistendo «infatti pene minime e massime che distinguono le diverse fattispecie» – il primo profilo di irragionevolezza «riguarda l'assimilazione, per quanto concerne l'impiego del *trojan*, tra reati contro la PA e reati di mafia e terrorismo», «puniti con pene completamente diverse perché sono fenotipi criminosi completamente diversi».

<sup>62</sup> In tal senso, ancora, M. Ainis, *cit.*, il quale – dopo aver evidenziato come la stessa giurisprudenza costituzionale abbia già «stabilito che ignorare che una certa condotta costituisca reato vale come esimente nel caso dei delitti di pura creazione legislativa, da distinguere da quelli cosiddetti ‘naturali’ per i quali invece si applica la locuzione latina *ignorantia*

dell'offensività penale» fattispecie tra di loro molto diverse nella percezione sociale quali quelle di terrorismo e in danno della P.A.<sup>63</sup> – se non spingersi fino al punto di determinare quella sorta di paventata (e, talora, assai drammatizzata) «gogna moderna»<sup>64</sup> – potrebbe comunque favorire un lento (ma progressivo ed inarrestabile) «rovesciamento del modello liberale del diritto penale» che vede talune «libertà fondamentali dei cittadini» immolate (o, come che sia, comunque rimpiazzate) sull'altare del mero «calcolo cinico dell'utilità investigativa»<sup>65</sup>.

#### **4. (Segue): all'art. 81, comma 3, al combinato disposto degli artt. 2, 14 e 15 nonché agli artt. 24 e 111 Cost.**

In disparte il riferimento – adesso solo di sfuggita possibile – alla clausola di invarianza finanziaria di cui all'art. 81, comma 3, cit.<sup>66</sup>, se sono ad ogni modo da ricercarsi talune previsioni costituzionali che, sopra e ben più delle altre, potrebbero essere gravemente stressate dalle innovazioni in parola, come già anticipato esse sarebbero in conclusione da rinvenire, rispettivamente, negli artt. 2, 14 e 15 nonché 24 e 111 *supra* cit. Muovendo dall'irrinunciabile assunto – ancora di recente autorevolmente ricordato – della «stretta attinenza del diritto alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione al nucleo essenziale dei valori di personalità»<sup>67</sup> (in quanto agevolmente qualificabile «come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»<sup>68</sup>) sarebbe, così, più che fisiologica

---

*ius in excusat*» – non manca peraltro, realisticamente, di evidenziare come «spesso poi queste nuove fattispecie penali veng[a]no introdotte sull'onda emotiva di un caso di cronaca, a puro scopo propagandistico».

<sup>63</sup> ... al punto che «l'uso improprio di un fotocopiatore è uguale come gravità di fatto al terrorismo, alla mafia e a questi reati»: cfr. F. DAL MAS, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>64</sup> Per riprendere l'enfasi di D. GARNERO SANTANCHÈ, *op. et loc. ult. cit.*, laddove accoratamente evidenzia il rischio che la normativa in esame possa «impattare infatti anche sulle persone, che magari per una semplice delazione, per un'ipotesi o un sospetto di reato amministrativo, potranno trovare la loro vita sbattuta in prima pagina».

<sup>65</sup> ... il quale preoccupante slittamento – anziché «destare allarme» – parrebbe, piuttosto, incomprensibilmente «accolto con diffusa rassegnazione» da parte degli specialisti del settore come, pure, di larghe sacche della stessa cittadinanza: così, V. Manes in A. CHIRICO, *op. cit.*

<sup>66</sup> Se è vero che dovranno necessariamente esservi «server nuovi, appalti per incrementare le intercettazioni a causa dell'aumento dei reati per i quali potranno essere previste, la custodia e l'archiviazione dei file, il trasferimento dei dati», del resto, ben difficile sarebbe immaginare «che tutto questo [possa essere] a costo zero» come, invece, imporrebbe la suddetta disposizione costituzionale: così, S. PILLON, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 27.

<sup>67</sup> Cfr. Corte di Cass., S.U. pen., sent. 2 gennaio 2020, n. 51 (punto 2 *cons. dir.*, primo cpv, terzo per.) su cui, *ex plurimis*, A. MONTAGNA, *Il necessario "punto" delle Sezioni unite sulle intercettazioni a strascico*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it) (13 gennaio 2020); M. MANNUCCI, *Intercettazioni a strascico, il punto delle Sezioni Unite*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) (27 gennaio 2020); A. COMETTO, *Le intercettazioni a strascico e la nozione di "altro procedimento"*, in [www.salvisjuribus.it](http://www.salvisjuribus.it) (11 febbraio 2020); G. DE AMICIS, *Il regime della "circolazione" delle intercettazioni dopo la riforma*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) (22 febbraio 2020); C. SANTORIELLO, *Esistono vincoli all'interpretazione delle norme processuali penali? Brevi riflessioni sollecitate da una decisione delle Sezioni unite in tema di intercettazioni*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 1 ss.

<sup>68</sup> Così, significativamente, già Corte cost., sent. n. 366/1991 (punto 3 *cons. dir.*, quarto cpv) (cui si rinvia anche per la citazione testuale immediatamente seguente), richiamata ad esempio da A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia*



l'imposizione costituzionale di quella «duplice caratterizzazione della sua inviolabilità» ai sensi degli artt. 2 e 15 Cost.<sup>69</sup>.

Se, più in particolare, l'art. 15 cit. esprime la necessità del bilanciamento tra l'esigenza *individuale* di tutela della libertà di comunicazione e quella *statale* di prevenzione/repressione dei comportamenti delittuosi<sup>70</sup>, potrebbe allora legittimamente dubitarsi che a fronte della riconosciuta (e sempre più prepotente) aggressività esibita dai c.d. *trojan horses* sia stato adeguatamente valorizzato – come pure da tempo auspicato – tanto quel canone di indispensabile proporzionalità tra strumento tecnico di ricerca della prova ed incisione dei diritti fondamentali<sup>71</sup> quanto la medesima libertà costituzionale di domicilio nella sua più moderna declinazione, per dir così, “digitale”<sup>72</sup>.

Esposto a non diverso rischio – ma il punto inevitabilmente meriterebbe uno spazio ben maggiore di quanto adesso non sia possibile dedicare – sembrerebbe infine il diritto costituzionale di difesa *ex* artt. 24 e 111 Cost. tanto nella fase della materiale archiviazione delle intercettazioni mediante impiego dei *software* in esame quanto in quella della successiva utilizzabilità in giudizio delle relative risultanze<sup>73</sup>. Prendendo innanzitutto le mosse dalla prima, è già stato autorevolmente segnalato, difatti, come la conservazione dei

---

*costituzionale*, Torino, 2014, spec. 155 a proposito delle condizioni necessarie affinché sia consentito reintrodurre una normativa già dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

<sup>69</sup> «In base all'art. 2 della Costituzione», d'altro canto, «il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale 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». «In base», poi, «all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante»: ciò al verificarsi naturalmente della duplice condizione per cui «l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria [così, nuovamente, Corte cost., sent. n. 366 cit. (*ibidem*)].

<sup>70</sup> Di «due distinti interessi», cioè, quali «quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale» (Corte cost., sent. n. 34 del 1973): così, nuovamente, Corte di Cass., S.U. pen., cit. (punto 2 *cons. dir.*, primo cpv, secondo per.).

<sup>71</sup> ... sul quale «principio di proporzionalità tra *privacy* e mezzi investigativi» la stessa «Corte di giustizia ha fondato la sua più lungimirante giurisprudenza, nonché le indicazioni rese dalla CEDU, in particolare rispetto all'utilizzo di intercettazioni irrilevanti (vds. la sentenza Craxi del 2003)»: cfr. A. SORO, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>72</sup> Pur volendo prescindere da un impiego dei captatori informatici «non abusivo e illecito, che ci introdurrebbe nell'ambito della patologia», «una grave invasione del domicilio digitale dei cittadini», difatti, non potrebbe in astratto escludersi ogniqualvolta «quello che non è possibile, per norma e per giurisprudenza, fare nella mia casa in teoria è possibile farlo sul mio cellulare»: al punto che – in relazione alla «proporzionalità dello strumento investigativo specifico e il reato per il quale si procede» – «alla luce dei principi costituzionali (...) una eccezione di incostituzionalità forse sarebbe possibile» (così, M. SENOR in C. MORELLI, *op. cit.*).

<sup>73</sup> Non si tralasci, d'altro canto, come sia pur «sempre la Costituzione che, all'articolo 111, parla di equo processo: ma come ci può essere equo processo quando lo Stato possiede informazioni su tutto ciò che tu hai detto e hai fatto e, magari, anche su qualcosa che non hai né detto, né fatto – non c'è infatti alcuna garanzia sulla genuinità dei dati, com'è stato detto durante le audizioni in Commissione giustizia – e che è stato introdotto falsamente sul telefonino? Come ci può essere la parità tra un avvocato e lo Stato che sa tutto di tutto e ha accesso a tutto?»: così, L. MALAN, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 31.



*files* contenenti le conversazioni intercettate in reti di tipo *cloud computing* – non infrequentemente dislocati in paesi esterni all’UE e, in quanto tali, «non soggetti alla giurisdizione nazionale» – possa determinare «un evidente *vulnus* non soltanto per la tutela dei diritti degli interessati, ma anche per la stessa efficacia e segretezza dell’azione investigativa»<sup>74</sup>.

Venendo all’altro dei due profili ora considerati, di ben diverso segno apparirebbe la potenziale minaccia a seconda che il programma informatico sia stato iniettato direttamente nel singolo *device* elettronico, per così dire, “bersaglio” ovvero su una piattaforma *open access*. Con riferimento alla prima eventualità, la duplice considerazione che *in astratto* il virus possa tecnicamente sfruttare il privato dispositivo tanto da trasmettere in *download* quanto da ricevente in *upload* – e che la gestione *in concreto* di esso venga poi affidata non già al pubblico ministero, né agli agenti di polizia, bensì esternalizzata a terze società di tipo privato (non di rado proprietarie di *server* situati fuori dall’Italia) – non può, in altre parole, escludere il pericolo che si possano facilmente «inoculare nel cellulare di ciascuno di noi file, finte conversazioni, finte immagini, finte fotografie»<sup>75</sup>, «per ricattare, per distruggere le persone e per fare addirittura *porn revenge*»<sup>76</sup>. Non essendovi, allo stato, alcun affidabile mezzo di tracciamento delle attività eventualmente svolte sul singolo *device* da parte del privato gestore<sup>77</sup>, opportunamente audite in Commissione le singole società specializzate hanno già dovuto a chiare lettere ammettere come – ogni qualvolta i supporti informatici contenenti i dialoghi intercettati vengano consegnati al P.M. – non possa essere pienamente garantita la totale genuinità delle prove in tal modo raccolte<sup>78</sup> a fronte di *trojan horses* perfettamente abilitati a non lasciare alcun segno visibile del proprio passaggio sui dispositivi portatili, per così dire, “infettati”.

Alla luce di tali considerazioni, deve insomma ammettersi che i potenziali pericoli connessi a questo stato di cose potrebbero comunque rivelarsi inaccettabili per uno Stato che aspiri a dirsi autenticamente costituzionale: dovendosi mettere in conto persino il rischio di processare incolpevoli cittadini ovvero frustrare mesi e mesi di processi per terrorismo o associazione mafiosa<sup>79</sup>; così come, pure, rassegnarsi alla

<sup>74</sup> Così, nuovamente, A. SORO, *ibidem* (cui si rinvia anche per la citazione testuale successiva).

<sup>75</sup> Così, ad esempio, A. BALBONI, *Intervento*, in *Resoconto stenografico*, cit., 21.

<sup>76</sup> Così, nuovamente, L. MALAN, *ibidem*.

<sup>77</sup> ... se non «quello di concentrarle in un dvd e poi di consegnarlo, materialmente e manualmente, al procuratore della Repubblica, senza però che ci sia un sistema che certifichi come si sia arrivati a quel dvd» (venendo, così, «conferito un file finale senza che ci sia stato il modo di certificare tutte le operazioni intermedie, che ad esso hanno portato»): così, ancora, A. BALBONI, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>78</sup> Né può essere, d’altro canto, detto che l’espedito di «registrare contemporaneamente in un’unica schermata sia le attività svolte da chi “pilota” il trojan, sia gli effetti provocati nel sistema bersaglio» ad esempio – al fine appunto di «consentire alle parti processuali di avere un reale (e non meramente di facciata) contraddittorio tra le parti in tema di prova acquisita mediante il captatore» – possa dirsi effettivamente conducente: così, F.P. Micozzi in C. MORELLI, *op. cit.*, il quale in alternativa, almeno per «garantire una difesa effettiva», astrattamente prospetta la possibilità di accedere direttamente «al codice sorgente del malware», nonostante tale eventualità appaia in concreto difficile (se non «impossibile») «da realizzare anche perché il trojan diventerebbe ‘usa e getta’ posto che diventerebbe identificabile da qualsiasi antivirus».

<sup>79</sup> Così, quasi testualmente, S. PILLON, *op. cit.*, 27.

non meno irricevibile idea di una drammatica «difesa senza difese» – vale a dire «senza prova contraria all'accusa di una qualche colpevolezza» – ogni volta che l'impiego del virus fisiologicamente manometta «immediatamente, sin dal momento della sua installazione, il *device target*, e alterandolo irrimediabilmente rend[er]lo carente (dal punto di vista della 'genuinità') qualsiasi operazione successiva»<sup>80</sup>.

Ogni qualvolta l'estrazione ed il conferimento dei dati presenti nel dispositivo nella loro versione originale risulti non poco difficile (o, diciamo pure, impossibile) da realizzare<sup>81</sup>, più di uno sarebbero, d'altro canto, i rimedi astrattamente pensabili allo scopo di non lasciare del tutto sguarnito di garanzie proprio il diritto costituzionale di difesa dell'imputato di cui si sta adesso discorrendo. Così, accanto alla proposta di affidare la realizzazione del trojan ad una sorta di preliminare capitolato tecnico<sup>82</sup>, potrebbe ad esempio stabilirsi di dare preferenza solo all'impiego di «software idonei a ricostruire nel dettaglio ogni attività svolta sul sistema ospite e sui dati *ivi* presenti, senza alterarne il contenuto»<sup>83</sup>.

A completamento di un quadro già *ex se* abbastanza incerto e fluido – quando non ormai gravemente compromesso – per il corretto esercizio del diritto di difesa di cui agli artt. 24 e 111 cit., non andrebbero infine sottovalutati i rischi inevitabilmente connessi alla alternativa modalità, appena *supra* richiamata, di ricorrere a *malware* collocati su piattaforme il cui libero accesso è consentito a tutti e non già inviati direttamente nel singolo *device* della persona indagata<sup>84</sup>.

Alla fine di questa sia pur succinta e stringata disamina (come la presente occasione, d'altro canto, impone) non può non restare – e, anzi, vieppiù consolidarsi – insomma il fermo convincimento che, seppure chiamato a «conservare la sua potestà di contrastare reati di criminalità e altri reati gravi con ogni tecnica investigativa utile ed efficace», uno Stato che possa realmente dirsi di diritto (prima che costituzionale...) non possa, nemmeno in questi delicati frangenti, abdicare al proprio ruolo di assicurare

---

<sup>80</sup> ... con l'inesorabile effetto che «per la difesa non sarà possibile far valere la inutilizzabilità delle prove acquisite con il *trojan* a meno che non riesca a dimostrare la specifica alterazione prodotta»: così, F.P. Micozzi in C. MORELLI, *op. cit.* ad opinione del quale – innanzi ad uno «strumento infido» come tale *software* (nato e pensato, cioè, «proprio per consentire all'«attaccante» di compiere qualsiasi attività sul device “bersaglio”, ovviamente, in modalità completamente nascosta al titolare di quel device») – nessuna ragionevole difesa sarebbe, d'altro canto, «in grado di contestare» pressoché mai, ad esempio, che durante le indagini esso sia «stato utilizzato per la mera registrazione audio» ovvero «che qualcosa sia andato storto anche per un semplice difetto di programmazione del *malware* in questione» (non potendo «mai avere neppure una certezza tecnica che sia stato utilizzato proprio “quel” captatore informatico»), ben difficile sarà in altre parole per la difesa «dimostrare se e come, il malware in questione, abbia agito all'interno del device “ospite”».

<sup>81</sup> Cfr., quasi letteralmente, E. STEFANI, *op. cit.*, 13.

<sup>82</sup> ... contro il rischio che i captatori vengano sfruttati «per introdurre elementi incriminanti (per esempio, foto pedopornografiche) su un dispositivo all'insaputa del suo utilizzatore»: così, relazione alla proposta di legge presentata da S. Quintarelli (gruppo parlamentare “Civici ed innovatori”) in C. MORELLI, *op. cit.*

<sup>83</sup> Così, ancora, A. SORO, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>84</sup> Così, quasi testualmente, A. SORO, *op. cit.*, part. 3, laddove in particolare mette in guardia dal pericolo che «ove rese disponibili sul mercato, anche solo per errore in assenza dei filtri necessari a limitarne l'acquisizione da parte dei terzi – come parrebbe avvenuto nei casi noti alle cronache – queste app-spia rischierebbero, infatti, di trasformarsi in pericolosi strumenti di sorveglianza massiva».



«la proporzionalità dello strumento di indagine rispetto al reato indagato» così come, anche, la tutela delle «garanzie dell'indagato»<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Così, C. MORELLI, *op. cit.*