

Direttore scientifico
Giuseppe Cassano

Comitato scientifico

Michele Ainis
Maria A. Astone
Alberto M. Benedetti
Giovanni Bruno
Alberto Cadoppi
Michele Caianiello
Stefano Canestrari
Giovanni Capo
Andrea Carinci
Antonio Catricalà
Sergio Chiarloni
Renato Clarizia
Alfonso Celotto
Giovanni Comandè
Claudio Consolo
Giuseppe Corasaniti
Pasquale Costanzo
Enrico Del Prato
Astolfo Di Amato
Ugo Draetta
Francesco Di Ciommo
Giovanni Duni
Valeria Falce
Francesco Fimmanò
Giusella Finocchiaro
Carlo Focarelli
Giorgio Floridia
Vincenzo Franceschelli
Massimo Franzoni
Tommaso E. Frosini
Cesare Galli
Alberto M. Gambino
Lucilla Gatt
Aurelio Gentili
Andrea Guaccero
Bruno Inzitari
Luigi Kalb
Luca Lupária
Vittorio Manes
Adelmo Manna
Arturo Maresca
Ludovico Mazarolli
Raffaella Messinetti
Pier Giuseppe Monateri
Mario Morcellini
Nicola Palazzolo
Giovanni Pascuzzi
Roberto Pessi
Lorenzo Picotti
Nicola Pisani
Francesco Pizzetti
Dianora Poletti
Giovanni Sartor
Filippo Satta
Paola Severino
Pietro Sirena
Antonello Soro
Giorgio Spangher
Paolo Stella Richter
Luigi Carlo Ubertazzi
Romano Vaccarella
Daniela Valentino
Giovanni Ziccardi
Andrea Zoppini

Diritto di **INTERNET**

Digital Copyright e Data Protection



Supplemento al fascicolo 3/2020

LE NUOVE INTERCETTAZIONI

legge 28 febbraio 2020, n. 7

a cura di **Mitja Gialuz**

con i contributi di Lorenzo Agostino e Mario Peraldo,
Luca Barontini, Andrea Cabiale, Stefano Ciampi, Ja-
copo Della Torre, Mitja Gialuz, Michela Miraglia

SOMMARIO

■ SAGGI

PREMESSA

di Mitja Gialuz

1

LA RIFORMA DELLE INTERCETTAZIONI E LA REDAZIONE DEI "BROGLIACCI DI ASCOLTO"

di Michela Miraglia

8

L'ARCHIVIO DELLE INTERCETTAZIONI TRA PRESIDIO DELLA RISERVATEZZA, TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA E SVOLTA DIGITALE

di Stefano Ciampi

21

L'ACQUISIZIONE DELLE INTERCETTAZIONI CON PROCEDURA DI CONTROLLO GIUDIZIALE: RITORNI AL PASSATO E NUOVE LACUNE

di Andrea Cabiale

32

L'ACQUISIZIONE DELLE INTERCETTAZIONI SU INIZIATIVA DEL PUBBLICO MINISTERO

di Luca Barontini

49

SEGRETO A TUTELA DELLA RISERVATEZZA E DIVIETO SPECIALE DI PUBBLICAZIONE DELLE INTERCETTAZIONI

di Mitja Gialuz

61

LE INTERCETTAZIONI CON CAPTATORE INFORMATICO: AMBITO DI APPLICAZIONE E GARANZIE PROCEDURALI

di Lorenzo Agostino - Mario Peraldo

74

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CIRCOLAZIONE DEL CAPTATO: UN NODO ARDUO DA SCIogliere

di Jacopo Della Torre

90

Premessa

di Mitja Gialuz

Sommario: 1. Una materia incandescente. – 2. Tre chiavi di lettura della riforma Bonafede. – 3. Aspettando Godot.

Dopo anni di rinvii, il legislatore ha deciso di ripensare buona parte della “riforma Orlando”, la quale è stata travolta dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. con mod., dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7. La nuova disciplina pare, nel complesso, deludente, essendo affetta da patologie sistemiche davvero preoccupanti. Qualche miglioramento c’è solo sul piano della tutela della riservatezza, mentre risulta del tutto insoddisfacente la parte dedicata al *trojan* e suscita riserve, soprattutto, il tentativo di estendere l’uso delle captazioni in procedimenti diversi da quello in cui sono autorizzate.

After years of postponements, the Parliament decided to modify a significant part of the “Orlando reform”, which was overwhelmed by the Decree-Law 30 December 2019, n. 161, converted, with modifications, into Law 28 February 2020, n. 7. The new regulation seems overall disappointing, being affected by really worrying systemic pathologies. There are only some improvements regarding the protection of privacy, while the part dedicated to the “Trojan horse” is completely unsatisfactory and, above all, the attempt to extend the use of interceptions in different procedures from that in which they are authorized provokes serious critics.

1. Una materia incandescente

Basta un dato per comprendere quanto, da decenni, quella delle intercettazioni sia davvero una “materia incandescente” (1) per tutte le maggioranze parlamentari via via succedutesi. Dalla metà degli anni Novanta, ogni legislatura ha visto un disegno di legge governativo volto a novellare tale mezzo di ricerca della prova (2). Cionondimeno, uno dopo l’altro i vari tentativi di riforma si sono, puntualmente, conclusi in un nulla di fatto.

La circostanza per cui, nonostante questa catena di fallimenti, le forze politiche non abbiano mai abbandonato i loro propositi testimonia, però, un dato inequivocabile. Nel corso del tempo, si è radicata in modo trasversale tra le forze politiche la convinzione della profonda inadeguatezza delle scelte compiute dal legislatore del 1988 in quest’ambito. Non è un mistero, del resto, che quello dei mezzi di ricerca della prova tecnologici sia il terreno sul quale i riformatori hanno dimostrato in maniera lampante di non essere riusciti a porre le basi per affrontare le sfide che si sarebbero poste a cavallo del nuovo millennio.

Dove stia il vizio d’origine è peraltro chiaro: traviati dall’idea – beninteso ancora giustificata all’origine della gestazione della riforma e forse già anacronistica al momento del varo – della perdurante centralità della prova dichiarativa, gli architetti del codice Vassalli non si sono resi conto che il mondo stava mutando a una

velocità turbinosa. In pochi anni, una fitta schiera di “idrovore tecnologiche” (3) sempre più sofisticate hanno scalzato la testimonianza dal ruolo di *regina probationum*, senza che le forze politiche riuscissero a metabolizzare questo cambiamento. Per un verso, il legislatore non è riuscito nemmeno a riordinare l’istituto cardine delle intercettazioni, finendo per convalidare con l’inerzia una disciplina, che, in larga parte, era ancora figlia delle scelte fatte in materia negli anni Settanta, per altro verso, ha pure omesso di disciplinare i nuovi mezzi di ricerca della prova atipici, che sono via via emersi grazie all’evoluzione tecnologica.

Quel che è peggio, però, è che nulla è mutato dieci anni dopo, quando la crescente importanza della prova tecnologica era assai più evidente. Eppure, quando si è proceduto alla costituzionalizzazione dei principi del giusto processo, ci si è limitati a ribadire quei canoni – sia chiaro assolutamente centrali – che erano stati messi in discussione dalla Corte costituzionale, senza cogliere la straordinaria opportunità di dettare le regole fondamentali e le garanzie di un gioco che sempre più spesso si giocava su un campo diverso, con strumenti ben più insidiosi e capaci di incidere nel nucleo più intimo dei soggetti partecipanti. Il paradosso, insomma, è che, nel 1999, il legislatore costituzionale ha scolpito una serie di principi elaborati e sedimentati nel processo del passato, ma inidonei a fornire delle

(1) Di «materia calda» parla CORDERO, *Privacy viziosa*, in ID., *L’opera italiana da due soldi*, Torino, 2012, p. 44.

(2) Si vedano, in ordine cronologico, il d.d.l. C. n. 2773, presentato dal Ministro della giustizia Flick alla Camera dei Deputati il 27 novembre 1996; il d.d.l. C. n. 3612, presentato dal Ministro della giustizia Castelli alla Camera dei Deputati il 29 settembre 2005; il d.d.l. C. n. 1638, presentato dal Ministro della giustizia Mastella alla Ca-

mera dei Deputati il 14 settembre 2006; il d.d.l. C. n. 1415, presentato dal Ministro della giustizia Alfano alla Camera dei Deputati il 30 giugno 2008.

(3) Paragona le intercettazioni a “idrovore foniche”, che tutto indiscriminatamente captano, GIOSTRA, *I mali della libertà di stampa si curano solo con più libertà*, in AA.VV., *Ddl Alfano: se lo conosci lo eviti*, Roma, 2009, 102.

direttrici fondamentali per affrontare le inedite sfide poste dal progresso tecnologico.

La prassi evidentemente non è stata a guardare. Alla difficoltà del legislatore (ordinario e costituzionale) nel riuscire a intervenire in questa materia, ha fatto da contraltare il dinamismo degli operatori del diritto e, in particolare, delle Procure della Repubblica, pronte a cogliere le enormi opportunità offerte dalle nuove tecnologie in punto di accertamento dei fatti. Gli interstizi (o i veri e propri vuoti) del codice sono stati, infatti, colmati dalla prassi con un assetto naturalmente sbilanciato sulle esigenze repressive a scapito di quelle difensive, che si è via via consolidato e ramificato, grazie alla ratifica della giurisprudenza. Un tanto vale sia per l'istituto delle intercettazioni, che è stato "rimodellato" in plurimi punti chiave dalle circolari delle Procure (4) e dalle pronunce della Cassazione, sia (e in misura ancora maggiore) per altri mezzi di ricerca della prova, del tutto privi di base normativa, ma sempre più decisivi nelle aule di giustizia, come il captatore informatico, le videoriprese, il pedinamento elettronico (e così via).

Di fronte a un tale mutamento di paradigma, il legislatore ha rinunciato in partenza a percorrere la strada maestra di una rivisitazione organica dell'intero sistema dei mezzi di ricerca della prova e si è intestardito sulla sola disciplina delle intercettazioni, per ragioni non sempre nobili. Nondimeno, questa attenzione

morbosa per lo strumento ha perlomeno portato a metter a fuoco alcune carenze essenziali della normativa in materia – prontamente segnalate dalla dottrina – tra cui, *in primis*, la tematica chiave della protezione della riservatezza dei soggetti coinvolti nel processo penale, la quale era stata pressoché ignorata dal legislatore del 1988. Non è, del resto, un mistero che il vero *punctum dolens* in proposito stava nel fatto che i *conditores* avessero scelto di equiparare il regime di divulgabilità delle conversazioni captate a quello degli altri atti di indagine (5). Per trent'anni, segreto e divieto (assoluto) di pubblicazione sono stati destinati a cadere al momento del deposito delle registrazioni in favore della difesa (6), ossia in una fase antecedente a quella in cui il giudice poteva effettuare la selezione di quanto rimasto impigliato nella rete. È evidente che un tale sistema non era assolutamente idoneo a proteggere, tanto la segretezza delle comunicazioni, quanto la *privacy* dei cittadini, come ha, del resto, riconosciuto anche la Corte europea per i diritti dell'uomo, nel noto caso *Craxi c. Italia* (7).

Peraltro, dopo decenni di estenuanti dibattiti e interminabili polemiche, nel 2017 sembrava si fosse passati finalmente all'azione. Dapprima con la l. 23 giugno 2017, n. 103, contenente alcune direttive (non sempre puntuali e perspicue) di delega per la riforma delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (8), e, poi, con il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 (9), il quale

(4) In proposito, v., di recente, CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, 1391 ss., nonché CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, 639 ss.

(5) In proposito, v., per tutti, GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 525.

(6) A riguardo, v. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari, 2020, 170.

(7) C. edu, sez. I, 17 luglio 2003, *Craxi c. Italia* n. 2.

(8) In proposito, v. APRATI, *La delega della riforma Orlando in tema di intercettazioni*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, all'indirizzo <http://www.treccani.it/enciclopedia/la-delega-della-riforma-orlando-in-tema-di-intercettazioni_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/>; BENE, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in SCALFATI (cur.), *La riforma della giustizia penale*, Torino, 2017, 289 ss.; CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2017, 3, 78 ss.; CISTERNA, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, in *Guida dir.*, 2017, 32, 65; FILIPPI, *Molte perplessità e poche note positive nella legge delega di riforma delle intercettazioni*, all'indirizzo <<http://ilpenalista.it/articoli/focus/molte-perplessita-e-poch-note-positive-nella-legge-delega-di-riforma-delle>>; ID., *La legge delega sulle intercettazioni*, in BACCARI - BONZANO - LA REGINA - MANCUSO (cur.), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 525 ss.; GIORDANO, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in MARANDOLA - BENE (cur.), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 357 s.; LONATI, *I criteri direttivi contenuti nella delega in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in MAZZA (cur.), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018, 1 ss.

(9) Sul quale si vedano, oltre alle curatele di BENE, *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, 2018; GIOSTRA - ORLANDI, *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018 e MAZZA, *Le nuove intercettazioni*, cit., *passim*, senza pretesa di completezza, BUZZELLI, *Le nuove intercettazioni tra selettività arbitraria e ridimensionamento delle garanzie difensive*, in *La rivista di diritto dei media*, 2018, 214 ss.; CAMON, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2018, 449 ss.; CONTI, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, *Giur. it.*, 2018, 1754 ss.; FILIPPI, *Attuazione della delega sulle intercettazioni. Un'altra occasione mancata*, in <<http://ilpenalista.it/articoli/focus/attuazione-delle-delega-sulle-intercettazioni-un-altra-occasione-mancata>>; ID., *Le nuove norme su intercettazioni e tabulati*, Pisa, 2017; ID., *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, in *Arch. pen. web.*, 2019, 3, 17 ss., all'indirizzo <<http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=39ef7c1f98d048e281e2de02d99b597e&idarticolo=21743>>; ID., *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 294 ss.; GIOSTRA, *I nuovi equilibri*, cit., 521 ss.; GIUNCHEDI, *Appunti su alcune criticità della nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Arch. pen.*, 2018, 513 ss.; MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 683 ss.; PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, 2018/1, 169 ss., all'indirizzo <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/pdf-viewer/?file=%2Fpdf-fascicoli%2FDPC_1_2018.pdf#page=169>; PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, *ivi*, 189 ss., all'indirizzo <<https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/5828-prime-riflessioni-a-margine-della-nuova-disciplina-sulle-intercettazioni>>; RENZETTI, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della*

non ha solo realizzato una riforma articolata dell'istituto, ma ha anche colto l'occasione per disciplinare normativamente, per la prima volta, l'insidioso mezzo del captatore informatico, in precedenza regolato soltanto in via giurisprudenziale.

Fin da subito, il nuovo sistema non ha, però, convinto pressoché nessuno. Ben prima della sua entrata in vigore, esso è caduto sotto il fuoco incrociato della magistratura, dell'avvocatura, della dottrina e dei giornalisti (10). Due le critiche più ricorrenti nei confronti della riforma Orlando: da un lato, quella di aver dato vita a un sistema talmente farraginoso – soprattutto al fine di anticipare una selezione del materiale rilevante già a livello di documentazione – da risultare «impraticabile» (11) e, dall'altro, di non aver adeguatamente disciplinato l'utilizzo del captatore informatico, essendosi limitata a interpolare alcune norme sul punto all'interno delle previsioni concernenti le intercettazioni, senza però regolare i molteplici usi ulteriori che di questo mezzo tecnologico possono avvalersi le autorità di *law enforcement* (12).

Si è venuta, insomma, a determinare una sorta di “reazione immunitaria” generalizzata rispetto al d. lgs. 216 del 2017 – ben al di là degli effettivi demeriti – la quale ha prodotto le ben note vicissitudini della disciplina.

*legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e “soft law”, all'indirizzo <<http://www.lalegislazionepenale.eu/una-riforma-radicale-per-tornare-allo-spirito-originario-della-legge-la-nuova-disciplina-acquisitiva-delle-intercettazioni-tra-legalita-diritto-vivente-e-soft-law-silvia-renzetti/>>; VELE, Riforma delle intercettazioni, riservatezza e selezione dei dati, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 1526 ss.; VERGINE, La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata, *ivi*, 2018, 787 ss.*

(10) Si veda, in proposito, FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., 305.

(11) Così, GIOSTRA, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole 24 Ore*, 20 dicembre 2017, 33, nonché, più ampiamente, ID., *Il segreto estende i suoi confini e la sua durata*, in GIOSTRA - ORLANDI, *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 115 ss.

(12) A riguardo, v. PARLATO, *Problemi insoluti: le perquisizioni on-line*, in GIOSTRA - ORLANDI, *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., 290.

(13) Il 22 giugno 2018, intervenendo a un convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura il Ministro della Giustizia, aveva dichiarato: «il mio impegno prioritario è capire le linee della riscrittura del provvedimento e su questo avvierò un confronto già la prossima settimana con procure e avvocati» (così, CACCIA, *Bonafede all'Anm: intercettazioni, bloccherò la riforma*, in *Corriere della Sera*, 2018, 23 giugno 2018, 11).

(14) Sulla quale, oltre ai vari commenti di AMATO, pubblicati in *Guida dir.*, 2020, 6, 64 ss., cfr., tra i tanti, GITTARDI, *La riforma delle intercettazioni, dopo due anni, alla stretta finale con molte novità*, all'indirizzo <<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/865-la-riforma-delle-intercettazioni-dopo-due-anni-alla-stretta-finale-con-molte-novita>>; LARINNI, *La (contro)riforma delle intercettazioni*, all'indirizzo <<https://discrimen.it/la-controriforma-delle-intercettazioni-d-l-n-161-del-2019/>>; NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge in materia di intercettazioni*, in *Sist. pen.*, 2020/1, 63 ss. <<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/nocerino-prime-riflessioni-decreto-legge-161-del-2019-intercettazioni>>;

Sin dalla vigilia dell'entrata in vigore della riforma Orlando – fissata per il 26 luglio 2018 – il Ministro della giustizia ha, infatti, espresso pubblicamente l'intendimento di avviare una novella della novella in tempi brevi (13). In realtà, la gestazione di una nuova riforma non è mai realmente partita, tanto da aver costretto il Governo a intervenire alle successive scadenze con diversi rinvii dell'entrata in vigore: la data del 31 marzo 2019, prevista dall'art. 2 del d.l. 25 luglio 2018, n. 91 è stata prorogata al 31 luglio 2019 (art. 1, comma 1139, lett. a della l. 30 dicembre 2018, n. 145) e poi rinviata al 31 dicembre 2019 (art. 9, comma 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53). Con il cambio di maggioranza dell'estate 2019, all'ultima scadenza, il Governo ha deciso – sia pur con molte tensioni – di non limitarsi più a buttare la palla in tribuna in attesa di migliore ispirazione, ma di intervenire con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 (14), intitolato (in modo un po' surreale) «Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni». Evidentemente, dopo un anno e mezzo di riflessione, in spregio a qualsiasi logica costituzionale, si è valutato che permanesse la necessità e l'urgenza di intervenire con lo strumento legislativo d'urgenza (15).

PARODI, *Il nuovo decreto intercettazioni: le indicazioni sulla riservatezza*, all'indirizzo <<http://ilpenalista.it/articoli/focus/il-nuovo-decreto-intercettazioni-le-indicazioni-sulla-riservatezza>>; PARODI, *La riforma dimezzata: prime osservazioni sul decreto in tema di intercettazioni*, all'indirizzo <<http://ilpenalista.it/articoli/focus/la-riforma-dimezzata-prime-osservazioni-sul-decreto-tema-di-intercettazioni>>; PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161: una nuova occasione persa, tra discutibili modifiche, timide innovazioni e persistenti dubbi di costituzionalità*, *ivi*, 2020/2, 109 ss., all'indirizzo <https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1581977415_pestelli-2020a-controriforma-intercettazioni-decreto-legge-161-2019.pdf>; PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, *ivi*, 2020/2, 71 ss., all'indirizzo <https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1581632895_pretti-2020a-intercettazioni-controriforma-boanfede-decreto-legge-161-2019.pdf>; SANTALUCIA, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, *ivi*, 2020/1, 47 ss.; SPANGHER, *Cosa prevede il dl intercettazioni, trojan ovunque e articolo 15 della Costituzione calpestato*, in <<https://www.il-riformista.it/cosa-prevede-il-dl-intercettazioni-trojan-ovunque-e-articolo-15-della-costituzione-calpestato-50553/2/>>; ID., *Dl intercettazioni, cosa prevede il decreto che calpesta la libertà*, in <<https://www.il-riformista.it/dl-intercettazioni-cosa-prevede-il-decreto-che-calpesta-la-liberta-51973/>>; ID., *Dl intercettazioni: una controriforma dall'avviso incerto*, in *Guida dir.*, 2020, 10, 14 ss.; ID., *La controriforma delle intercettazioni telefoniche*, all'indirizzo <<http://ilpenalista.it/articoli/news/la-controriforma-delle-intercettazioni-telefoniche>>;

SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen. web*, 2020, 1, 2, all'indirizzo <<http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=fcefd00a-c2ad-4d73-ae73-098cc589cac6&idarticolo=21774>>.

(15) In termini giustamente critici sull'uso dello strumento del decreto-legge, NOCERINO, *Prime riflessioni a margine del nuovo decreto legge*, cit. 64; SCALFATI, *Intercettazioni*, cit., 1.

Peraltro, anche la conversione in legge del d.l. 161 del 2019 si è realizzata con un percorso parlamentare che non ha consentito un dibattito sereno e approfondito sulle novità introdotte alla fine dell'anno. Il testo approvato dall'esecutivo ha provocato accese critiche non solo dalle opposizioni, ma anche da una parte della maggioranza. Con il risultato che il Governo, dopo aver consentito l'approvazione di alcune modifiche dinnanzi alla Commissione giustizia del Senato, ha serrato le fila e quindi ha bloccato ogni ulteriore ritocco tramite lo strumento della fiducia, posta tanto al Senato, quanto alla Camera. È evidente che in questo modo si è riusciti effettivamente ad arrivare all'adozione della l. 28 febbraio 2020, n. 7 (16), ma si è determinato un ulteriore – criticabile – *vulnus* alle prerogative parlamentari. L'impressione è, in definitiva, quella di una riforma approvata, con un metodo e una tempestività palesemente inadeguati alla delicatezza dei beni giuridici in gioco.

2. Tre chiavi di lettura della riforma Bonafede

Naturalmente il metodo di elaborazione ha inciso sul risultato. A leggere l'articolato normativo viene in mente il proposito di Ugo Foscolo che, incaricato di redigere il codice penale militare della Repubblica Cisalpina, aveva dichiarato l'intenzione di voler utilizzare «uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole, osservando che assai giureconsulti grandi anni e assai tomi spesero per commentare leggi confusamente scritte. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana» (17). Ecco, nell'articolato della riforma Bonafede si fa fatica a riscontrare questa “religiosa esattezza”. Si dirà che, di questi tempi, è forse eccessivo richiamare il Poeta. Andiamo allora a ripescare le raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi elaborate dal Senato nel 2001, che pongono (certo assai più prosaicamente) auspici analoghi: secondo questo documento «ogni precetto normativo contenuto nell'atto è formulato evitando qualsiasi ambiguità semantica e sintattica

(16) Tra i primi commenti a tale provvedimento, oltre ai plurimi contributi contenuti in *Guida dir.*, 2020, 13, 34-58, si vedano, CAPRIOLI, *La procedura di filtro delle comunicazioni rilevanti nella legge*, cit., 1384 ss.; FILIPPI, *Intercettazioni: habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 453 ss.; ID., *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, all'indirizzo <<https://penaledp.it/intercettazioni-finalmente-una-legge-ma-in-vigore-a-settembre/>>; PARODI, *Convertito il d.l. 161/2019 in materia di intercettazioni: le correzioni di rotta*, in <<http://ilpenalista.it/articoli/focus/convertito-il-dl-1612019-materia-di-intercettazioni-le-correzioni-di-rotta>>; PRETTI, *La metamorfosi delle intercettazioni, ultimo atto? La legge n. 7/2020 di conversione del d.l. n. 161/2019*, in *Sist. pen.*, 2 marzo 2020, all'indirizzo <<https://sistemapenale.it/it/scheda/pretti-metamorfosi-intercettazioni-legge-conversione-7-del-2020>>; NAPPI, *Appunti sulla nuova disciplina delle*

e rispettando, per quanto possibile, sia il principio della semplicità che quello della precisione» (18).

Ebbene, ciascuna di queste regole è stata puntualmente disattesa. E la ragione non attiene – come spesso si usa dire – alla tecnica di redazione del testo, ma all'elaborazione della volontà politica. La verità è che, nella maggioranza che ha varato la manovra, vi erano una pluralità di indirizzi politici tra loro inconciliabili: da un lato, chi voleva recuperare le novità più rilevanti introdotte dalla riforma Orlando; dall'altro, chi voleva rimarcare una marcata discontinuità rispetto alla riforma del 2017; da una parte, chi aveva come obiettivo quello di raccogliere le istanze di una parte della magistratura preoccupata dei paletti posti dalla Cassazione sull'uso obliquo delle intercettazioni; dall'altra, chi voleva riaffermare gli equilibri posti in materia dal testo originario del codice; da un canto, chi era favorevole a una maggiore tutela della riservatezza e, dall'altro, chi spingeva per ampliare l'ambito di applicazione dello strumento captatorio. Insomma, proposizioni politiche difficilmente riconducibili a una sintesi. Da qui nasce un articolato per molti versi contraddittorio e ambiguo, la cui attuazione lascerà – come sempre più spesso accade – grandi margini esecutivi agli operatori e, in ultima istanza, alla Corte di cassazione.

A fronte di questa confusa volontà politica è semplicistico parlare – come pure si è fatto – di una “controriforma” ed è anche sterile, sul piano metodologico, andare alla ricerca di ciò che è rimasto e di ciò che si è perduto della riforma del 2017.

Sulla scorta di questa consapevolezza, nelle pagine che seguono si cercherà di analizzare le novità introdotte dal decreto-legge n. 161 e dalla legge di conversione e di offrire delle chiavi di lettura per gli interpreti. Fin da subito se ne possono segnalare tre.

La prima coincide con il tentativo di rimediare alla scarsa attenzione prestata dal legislatore del 1988 rispetto alla tutela della riservatezza. L'obiettivo è alla base di diverse innovazioni che interessano tutte le fasi della vicenda captatoria: per un verso, si abbandona l'idea portante della riforma del 2017 di un vaglio preventivo affidato alla polizia giudiziaria in fase di documentazione, per affidare al pubblico ministero un

intercettazioni, all'indirizzo <<https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-processo-penale/1013-appunti-sulla-nuova-disciplina-delle-intercettazioni-di-aniello-nappi>>. Cfr. anche la *Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo* n. 35 del 23 marzo 2020, all'indirizzo <<http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Rel3520.pdf>>.

(17) Il passo è riportato da CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, in Id., *Opere giuridiche*, X, Roma, 2019, 480.

(18) SENATO DELLA REPUBBLICA, *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*, Roma, 2001, 8, all'indirizzo <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/senato/file/repository/istituzione/regole_testi_legislativi.pdf>.

ruolo di direzione e vigilanza (peraltro, non sempre chiaro) a protezione della *privacy* (19). Per altro verso, viene ristrutturato il meccanismo della selezione/acquisizione e, anche qui, viene abrogato il farraginoso sistema di cui agli artt. 268-bis, 268-ter, 268-quater. Non vi è un semplice ritorno al passato ma – riprendendo in parte l’esperienza codificata nella circolare Spataro – vengono tracciati due congegni strutturalmente diversi: da un canto, una procedura che contempla l’intervento necessario del giudice al quale le parti si rivolgono secondo una logica dialettica (*procedimento acquisitivo in contraddittorio* dell’art. 268, commi 5 e 6, c.p.p.) (20) oppure a un meccanismo che vede come protagoniste le parti e il giudice come mero arbitro delle divergenze tra di esse (*procedimento acquisitivo consensuale* di cui agli artt. 415-bis, comma 2-bis e 454, comma 2-bis, c.p.p.) (21). Certamente, si può prevedere che quest’ultimo finisca per affermarsi come la regola a livello di prassi, confermando un ruolo chiave del pubblico ministero, che appare come il vero protagonista della selezione del materiale rilevante. Quanto alla conservazione, si conferma l’istituzione di un archivio delle intercettazioni che, pur perdendo l’etichetta di “riservato”, conserva i tratti della segretezza e acquista natura digitale; ma viene il dubbio che si debba usare il condizionale a quest’ultimo riguardo perché serviranno investimenti che non sono previsti (22). Infine, si prevede una garanzia di chiusura rappresentata da un divieto di pubblicazione speciale, destinato ad assumere rilievo soprattutto nelle indagini preliminari, quando viene meno il segreto a tutela della riservatezza (23). Nel complesso, si tratta forse della parte più riuscita della manovra del 2020. Pur tra mille difficoltà esegetiche, lacune normative e inaccettabili compressioni dei diritti difensivi, sembra infatti introdurre un “sistema graduato” di tutela della riservatezza meno cervelotico di quello introdotto con la riforma Orlando. La seconda linea di intervento è rappresentata dall’introduzione di una disciplina del captatore informatico. Su questo versante, il testo è assai deludente perché il legislatore ha sostanzialmente confermato l’impostazione della riforma Orlando, con modifiche tutto sommato marginali (24). Per un verso, Governo e Parlamento non hanno saputo far tesoro delle unanime critiche all’approccio limitato a una disciplina che continua ad affrontare solo l’utilizzo del *trojan* come modalità esecutiva delle intercettazioni ambientali e lascia

invece prive di base giuridica le perquisizioni *online*. Per altro verso, viene confermato un ambito di applicazione estremamente ampio dello strumento in parola, che viene ammesso per tutti i reati dell’art. 266. Il che fa sorgere più di qualche dubbio rispetto al canone di proporzionalità, che è parametro essenziale anche in chiave europea (25). L’impressione è che si sia concesso troppo: vista l’estrema invasività dello strumento, si sarebbe dovuto effettuare un vaglio più rigido di proporzionalità in astratto e non accontentarsi di delegare agli operatori – e, in particolare, all’organo dell’accusa, perché il giudice sembra dotato di informazioni troppo scarse – un sindacato sulla proporzionalità in concreto: il legislatore del 2020 ha puntato soprattutto su quest’ultima, imponendo specifici oneri motivazionali, che appaiono però come dei “gusci vuoti” di tutela.

La terza linea di intervento è, se possibile, ancora più preoccupante perché segna una sensibile estensione dell’ambito di applicazione del mezzo, anche per quanto concerne l’uso obliquo. Anzitutto, il nuovo comma 1, *f-quinquies*, inserito nell’art. 266, comma 1, c.p.p. estende l’elenco dei reati per i quali è ammessa l’intercettazione ricomprendendo i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». È un’apertura ampia perché si consente di derogare ai limiti edittali ordinari nell’ottica di lotta alla mafia; in tal modo, si consolida la logica del doppio binario, con un via libera all’impiego delle intercettazioni, non solo per il reato di cui all’art. 416-bis c.p., ma anche per tutti quelli in qualche modo ricollegati allo stesso.

Il problema più rilevante sta però nell’art. 270 c.p.p., che è una norma generale che rischia di ampliare sensibilmente l’utilizzo “obliquo” delle intercettazioni in procedimenti diversi: già di per sé complessa, la disposizione di nuovo conio solleva diverse criticità sul piano esegetico, che richiederanno intensi sforzi da parte della giurisprudenza per essere risolte (26). L’auspicio è che la Cassazione accolga un’interpretazione costituzionalmente orientata, ma è difficile essere ottimisti, visto il tenore letterale della statuizione. È più probabile che si segua la strada alternativa e che la nuova norma finisca per autorizzare un atteggiamento – prima di tutto culturale – che porta a valorizzare lo

(19) Cfr. *infra* il contributo di MIRAGLIA.

(20) V. *infra* il contributo di CABIALE.

(21) Cfr. *infra* il contributo di BARONTINI.

(22) V. *infra* il contributo di CIAMPI.

(23) Cfr. *infra* il contributo di GIALUZ.

(24) V. *infra* il contributo di AGOSTINO-PERALDO.

(25) V., per tutti, CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 3-4/2014, 143,

all’indirizzo <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=149&view=Fit>; NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell’era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018, all’indirizzo <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/9279-nicolicchia2018a.pdf>>.

(26) Cfr. *infra* il contributo di DELLA TORRE.

strumento captativo come vera e propria rete a strascico. Con buona pace per quello che è «uno dei diritti più forti dell'intero ordinamento» riconosciuto dall'art. 15 Cost., ossia la libertà e segretezza della comunicazione (27).

3. Aspettando Godot

Dopo più di vent'anni di attesa, l'impellenza di rendere finalmente operativa la riforma era tale che il Governo aveva previsto il via già per la fine di febbraio: essa avrebbe dovuto trovare applicazione ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020 (art. 1). Naturalmente, era un termine irrealistico, tanto da far sorgere il dubbio che fosse stato inserito solo per asseverare l'urgenza dell'intervento e giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza; puntualmente, in sede di conversione, il Parlamento aveva prospettato tempi ragionevolmente più lunghi, facendo slittare l'entrata in vigore tra il 30 aprile e il 1 maggio (28). Già l'ultimo scorcio dei lavori parlamentari aveva visto il diffondersi dell'epidemia di coronavirus, tanto che le opposizioni avevano richiesto di far decadere il provvedimento d'urgenza rimandando l'approvazione della riforma a tempi migliori.

Ciò non è accaduto e, nelle settimane seguenti alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della manovra Bonafede, l'epidemia si è aggravata, il che ha impedito evidentemente di completare quelle «complesse misure organizzative in atto, anche relativamente alla predisposizione di apparati elettronici e digitali» e di effettuare «le attività di collaudo dei sistemi presso i singoli uffici giudiziari delle Procure della Repubblica», in modo da «giungere all'entrata in vigore della disciplina con le misure organizzative completamente dispiegate e funzionanti» (29). Da qui la scelta dell'esecutivo di allungare ancora i tempi effettivi di entrata in vigore della novella, con il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (30), che ha spostato per l'ennesima volta in avanti le lancette dell'orologio e ha stabilito che la nuova normativa si applicherà nell'ambito dei procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020; mentre la disciplina della pubblicabilità dell'ordinanza cautelare sarà operativa a partire dal 1° settembre 2020.

(27) Testualmente, CAMON, *La disciplina costituzionale*, in Aa.Vv., *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2019, 100.

(28) V. SPANGHER, *La riforma sconta due mesi di proroga, in vigore dal 1° maggio*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, 34.

(29) Con queste motivazioni era stato giustificato lo slittamento dell'entrata in vigore alla fine di febbraio: v. *Relazione tecnica al d.d.l. n. 1659 di conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, p. 7. V. al riguardo AMATO, *Un differimento per ragioni tecniche e organizzative*, in *Guida dir.*, 2020, 6, 65.

(30) Sul quale, si v. SANTALUCIA, *Un altro decreto legge – n. 28 del 30 aprile 2020 – in materia di giustizia penale per l'emergenza sanitaria e non solo*, all'indirizzo <[https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1053-decreto-legge-30-aprile-2020-n-](https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1053-decreto-legge-30-aprile-2020-n-29?hitcount=0)

La vicenda presenta i tratti del grottesco. Anche se, certamente, di tutti i rinvii degli ultimi anni, quello previsto dall'ultimo decreto-legge è l'unico dotato di una giustificazione oggettiva e non riconducibile a valutazioni di ordine politico. Resta l'amara impressione di una vicenda che evoca il capolavoro del teatro dell'assurdo di Samuel Beckett, *Aspettando Godot*. Chissà se arriverà mai.

E, per di più, anche laddove arrivasse, c'è da vedere se i contenuti saranno proprio quelli che presentiamo in queste pagine. Magari a qualcuno potrebbe venire in mente di inserire qualche modifica al tessuto normativo in uno dei tanti convogli normativi che passeranno per il Parlamento nei prossimi mesi; magari approfittando della distrazione dell'opinione pubblica, concentrata su ben altri problemi. La speranza è che, se si decidesse di aggiungere l'ennesimo episodio normativo alla telenovela delle intercettazioni, si possa almeno sfruttarlo per rimediare *in extremis* alle lacune, alle imperfezioni e alle contraddizioni che verranno segnalate in questa serie di contributi.

Quel che è certo è che la manovra non risolverà tante delle questioni ancora in piedi. Ne migliora alcune. Ne complica altre. Ma non ne affronta troppe. Lo si è anticipato: il legislatore non ha in alcun modo disciplinato svariati mezzi di ricerca della prova tecnologici oggi essenziali, quali le videoriprese (compiute con o senza riconoscimento facciale), il pedinamento elettronico, l'acquisizione di dati custoditi nei *cloud*, le perquisizioni *online*, l'*IMSI catcher* (31), l'utilizzo dei droni ai fini di *law enforcement*, il *criminal profiling*, nonché le frontiere strettamente connesse allo sviluppo dell'intelligenza artificiale (*machine-evidence* e prove algoritmiche), i quali continueranno a essere regolati soltanto dal diritto pretorio.

Si tratta – è evidente – di una situazione non più sostenibile: non è pensabile che in un ordinamento fondato sul principio di legalità processuale (art. 111, comma 1, Cost.) venga delegato completamente alla fonte giurisprudenziale – con la copertura del *passepourtout* dell'art. 189 c.p.p. (32) – il delicatissimo compito di bilanciare le esigenze di repressione dei reati e la tutela

29?hitcount=0>, nonché, volendo a GIALUZ, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sist. pen.*, 1° maggio 2020, all'indirizzo <<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/proroga-intercettazioni-processo-penale-da-re-moto-41-bis-decreto-legge-28-aprile-2020-n-28-covid-19-gialuz>>.

(31) In merito a tale strumento cfr. CAMON, *Il cacciatore di IMSI*, in *Arch. pen. web*, 2020, 1, all'indirizzo <<http://www.archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=918219d1-d765-43fa-992b-bf1047105942&idarticolo=21804>>.

(32) Una norma inservibile (perché richiede un contraddittorio impossibile) e inutile (perché non pone limiti effettivi): così CAMON,

dei diritti fondamentali pregiudicati dalle prove tecnologiche.

Il punto non è – come accaduto ancora con la riforma che si esamina – indicare le singole tecnologie utilizzabili, ma di mettere a fuoco le garanzie fondamentali che devono sempre essere riconosciute all’indagato e ai soggetti terzi dinanzi alle idrovore tecnologiche (33). Come noto, queste sono estremamente insidiose e capaci di comprimere in modo radicale tutta una serie di garanzie fondamentali dell’individuo, che vanno ben oltre i classici diritti di libertà. Si è ragionato tanto – negli ultimi anni – del diritto alla protezione del domicilio digitale, che trova già un riconoscimento in ambito penale proprio sulla base della consapevolezza che i sistemi informatici o telematici «costituiscono un’espansione ideale dell’area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantito dall’art. 14 Cost.» (34). Considerato però che nei dispositivi tecnologici di uso comune – e, in particolare, in quello «strumento degli strumenti» che, per i filosofi antichi era la mano e per i contemporanei è lo *smartphone* – c’è l’intera nostra vita e che essi rappresentano una vera estensione della nostra mente, occorre rivolgersi alla matrice di tutte le libertà, ossia all’art. 13 Cost. Si deve insomma valorizzare quel diritto all’*habeas data* (35), indispensabile sviluppo contemporaneo del classico *habeas corpus*, ri-

prendendo l’ammonimento di Stefano Rodotà, secondo il quale «senza una forte tutela del “corpo elettronico”, dell’insieme delle informazioni raccolte sul nostro conto, la stessa libertà personale è in pericolo» (36).

Un monito che assume in questo momento un’attualità sinistra, perché la pandemia da COVID-19 sta svelando scenari assai inquietanti per il prossimo futuro. Nello stato di eccezione si fa strada a grandi passi l’idea che si debba «rinunciare ad importanti libertà personali, come prezzo da pagare al nuovo feticismo della sicurezza. Di fronte allo shock del virus, con l’idea che ogni altra persona – un vicino di casa, un collega, un amico, un parente – è un potenziale portatore di infezione, ci viene prospettato il futuro scenario di un regime di sorveglianza digitale. Come prima cosa, dovremo pagare la libertà di uscire di casa con la sorveglianza telematica sui nostri spostamenti e contatti» (37).

Oggi più che ieri urge dunque aprire un ambizioso cantiere dedicato alla prova tecnologica e ai diritti fondamentali nel processo penale (38). Il modello può essere quello degli stati generali dell’esecuzione penale, che hanno fornito un contributo assai importante anzitutto sul piano culturale. Non c’è più tempo da perdere.

La fase che “non conta e non pesa”: indagini governate dalla legge?, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 433.

(33) Cfr. LASAGNI, *l’uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni “fra presenti”*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016, 13, all’indirizzo <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/LASAGNI_2016b.pdf>. Per una puntuale ricostruzione dei possibili presidi costituzionali, CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, 1263 ss.; PARLATO, *Problemi insoliti*, cit., 301 ss., ove si trovano anche ulteriori indicazioni bibliografiche.

(34) Così la relazione al disegno di legge presentato dal ministro di grazia e giustizia Conso al Senato il 26 marzo 1993 e successivamente trasferito alla Camera dei deputati l’11 giugno 1993: atto camera C-2773, p. 8 (XI Legislatura), poi tradotto nella l. 23 dicembre 1993 n. 547: il passo è riportato da CAMON, *Cavalli di Troia in Casazione*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 95 e PINELLI, *Sull’ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite “virus di stato”*, in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2017, 81, all’indirizzo

<<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/2925-pinelli417.pdf>>.

(35) Sul quale cfr. GALGANI, *Habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen. web.*, 2019, 1, all’indirizzo <<http://www.archiviopenale.it/giudizio-penale-habeas-data-e-garanzie-fondamentali/articoli/18565>> e LUPÀRIA, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1464 s.

(36) RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, all’indirizzo <<https://www.privacy.it/archivio/rodo20040916.html>>.

(37) Testualmente, BORGNA, *25 Aprile e stato d’eccezione*, in *Quest. Giust.*, all’indirizzo <http://www.questionegiustizia.it/articolo/25-aprile-e-stato-d-eccezione_25-04-2020.php>.

(38) Cfr. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1153.