

PROFILI DI INUTILIZZABILITÀ DELLE INTERCETTAZIONI ANCHE ALLA LUCE DELLA NUOVA DISCIPLINA^(*)

di Novella Galantini

SOMMARIO: 1. La disciplina della inutilizzabilità tra requisiti sostanziali e formali. – 2. I requisiti di ammissibilità inerenti le categorie dei reati. – 3. Le condizioni applicative ex art. 267 c.p.p. – 4. Le diverse metodologie. – 5. I requisiti di esecuzione. – 6. Epilogo.

1. La disciplina della inutilizzabilità tra requisiti sostanziali e formali.

La disposizione che regola in modo specifico l'inutilizzabilità delle intercettazioni è l'art. 271 c.p.p. che sanziona le violazioni sia dei presupposti di ammissibilità che delle regole di esecuzione dello strumento captativo. È infatti censurata la captazione eseguita 'fuori dei casi consentiti dalla legge' o inosservante delle regole autorizzative ed operative (art. 271 comma 1 c.p.p.), nonché delle nuove prescrizioni relative all'uso del captatore informatico (art. 271 comma 1 bis c.p.p.).

Essendo fattispecie di inutilizzabilità speciale che non necessita quindi di verifica circa la sussistenza di un divieto probatorio a suo fondamento, essendone immanente la presenza, l'art. 271 c.p.p. non esaurisce le ipotesi che si possono rinvenire in altre disposizioni a tutela ad esempio di situazioni soggettive, quali la posizione del difensore (art. 103 comma 7 c.p.p.) o a disciplina di ipotesi oggettive particolari, quali l'intercettazione preventiva (art. 226 norme coord. c.p.p.) o l'intercettazione per agevolare la ricerca del latitante (art. 295 commi 3 e 3 bis c.p.p.). Già al suo interno è in ogni caso rinvenibile la previsione della inutilizzabilità rafforzata - presente già nel contesto della disciplina sul dossieraggio illegale (art. 240 commi 2-6 c.p.p.) - costituita dalla distruzione della documentazione inerente le intercettazioni irritualmente ammesse o eseguite, salvo che costituiscano corpo del reato (art. 271 comma 3 c.p.p.)¹.

* Il presente contributo è destinato al volume di T. Bene (a cura di), *Le intercettazioni di comunicazioni*, Cacucci Editore, in corso di pubblicazione; si ringraziano il Curatore e l'Editore per avere consentito ad anticiparne la pubblicazione in *questa Rivista*. Trattandosi di un contributo già accettato per la pubblicazione in quella sede, il lavoro non è stato sottoposto alla procedura di *peer review* prevista da *questa Rivista*.

¹ Sulla questione della utilizzabilità *in utilibus* della prova illegittima, che può scaturire dalla distruzione della documentazione, si era già espressa C. cost. 6 aprile 1973 n. 74. In dottrina, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012, p. 630. Il tema è emerso in Corte cost. 15 gennaio 2013 n.1, su cui, volendo, N. GALANTINI, [Un commento a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 232. In giurisprudenza, Cass.

2. I requisiti di ammissibilità inerenti le categorie dei reati.

Il primo profilo sanzionatorio riguarda i requisiti di ammissibilità inerenti le categorie dei reati per i quali è legittimo il ricorso al mezzo di ricerca della prova². Se è ovvia la individuazione delle specie criminose, indicate nominativamente o ricavabili per qualità o gravità della pena (art. 266 comma 1 c.p.p.), meno agevole la soluzione al quesito circa la praticabilità della intercettazione qualora subentrino modifiche nell'addebito originario o si profilino fatti di reato nuovi o diversi rispetto alla contestazione utilizzata per la richiesta e la autorizzazione alla intercettazione. In effetti, la previsione di inutilizzabilità dei risultati dell'atto se compiuto "fuori dei casi consentiti dalla legge" (art. 271 comma 1 c.p.p.) implica la verifica della corrispondenza non solo iniziale ma anche successiva tra il reato rientrante nell'elenco dei casi ammessi *ex art.* 266 comma 1 c.p.p. e il provvedimento autorizzativo. Il tema, oggetto di una specifica previsione di inutilizzabilità nel precedente disegno di legge in materia di intercettazioni³, non è ora ripreso nel testo riformato. Permane quindi la necessità di far capo alla interpretazione giurisprudenziale nella quale è avvertibile la tendenza a mantenere validità ai risultati in caso di modifica del reato⁴ e anche in relazione a nuovi reati non ammissibili⁵, dovendosi ritenere che sia la sola assenza del presupposto originario a generare la sanzione⁶, mentre la mancanza sopravvenuta dovrebbe

Sez. II, 26 maggio 2009 n. 25590, rv. 244153, ritiene peraltro "abnorme la distruzione di una prova decisiva a favore dell'accusa o della difesa

² L. FILIPPI, sub art. 266, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Ipsoa, 2017; A. VELE, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Cedam, 2011, pp.71 ss.

³ D.d.l. n. 1611 - 16 legislatura dove si prevedeva l'inserimento del comma 1 *bis* nell'art. 271 secondo cui "i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora, nell'udienza preliminare o nel dibattimento, il fatto risulti diverso e in relazione ad esso non sussistano i limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266".

⁴ Cass. Sez. 1, 30.12.2009 n. 50001, rv 245977.

⁵ Cass. Sez. F. 26.8.2016 n. 35536. rv 267598: "i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite". In linea, Cass. Sez. VI, 8.6.2012 n. 22276, rv 252870.

⁶ Cass. Sez. VI, 4.7.2017 n.31984, rv 270431 secondo cui "qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento per uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p. i suoi esiti sono utilizzabili senza alcun limite per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento. V., inoltre, Cass. Sez. VI, 1.7.2015 n. 27820, rv 264087; Cass. Sez. VI 25.11.2015 n. 50261, rv 265757. Secondo Cass. Sez. II, 19.1.2016 n. 1924, rv 265989,"in tema di intercettazioni, qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento purché in relazione ad essi, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto ai sensi del medesimo art. 266 c.p.p."

In dottrina, ancora in relazione al previgente codice, si riteneva necessaria la corrispondenza tra il reato per il quale è stata ammessa l'intercettazione e quello emerso da eventi successivi, pena l'inutilizzabilità degli esiti. V. G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 77. Per analoghi rilievi

escludere una valutazione *ex post*⁷ anche alla luce della possibile modificazione di qualificazione giuridica del fatto che può avvenire nel percorso procedimentale e processuale. Dalla motivazione del provvedimento autorizzativo dovrebbe tuttavia potersi comprendere se la non corrispondenza del reato sia effettivamente dovuta ad un mero cambiamento di *nomen iuris* ovvero ad una diversa configurazione del fatto che già originariamente poteva essere individuato⁸, con conseguente operare della sanzione perché l'atto è stato ammesso ed eseguito fuori dei casi consentiti.

Il caso si interseca ovviamente con quello della utilizzabilità della intercettazione originaria in procedimento diverso, disciplinato dall'art. 270 c.p.p.⁹, che subordina l'uso delle captazioni alla indispensabilità per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270 comma 1 c.p.p.). Il distinguo tra reato diverso e procedimento diverso dovrebbe fondarsi, secondo la giurisprudenza¹⁰, non sulla mera distinzione numerica della registrazione dei procedimenti, bensì sulla diversità sostanziale dei fatti storici individuati *ab origine*¹¹, ciò che determina l'intervento dei parametri della 'indispensabilità' dell'atto captativo e della sussistenza del reato per il quale è obbligatorio l'arresto in flagranza. La giurisprudenza si pone comunque nel segno della conservazione dei risultati ritenendo utilizzabili le captazioni relative ai fatti nuovi, indipendentemente dalla applicabilità dell'art. 270 comma 1 c.p.p.¹², ovvero anche ai fatti nuovi riconducibili a reati non consentiti, a condizione di una loro stretta connessione o collegamento con il reato per il quale l'intercettazione era stata autorizzata¹³. Si tratta di una tesi ritenuta estensibile anche alle intercettazioni eseguite nei confronti delle persone fisiche ed utilizzabili nel diverso procedimento a carico dell'ente *ex d.lgs. n. 231/2001*, essendo stato ammesso che quanto captato in relazione al reato presupposto possa valere per accertare la responsabilità amministrativa "anche se il procedimento relativo all'ente sia stato formalmente separato per vicende successive"¹⁴.

L'approccio interpretativo potrebbe mutare a fronte della differente disciplina riformata che, modificando l'art. 270 c.p.p. quanto meno in relazione alle intercettazioni ambientali operate con captatore informatico, vieta l'utilizzo dei risultati 'per la prova di

sulla disciplina attuale, R. CANTONE, *L'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1445. In tema, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 785.

⁷ Cass. Sez. 1, 23.6.2010 n. 24163, rv 247943.

⁸ F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, 2001, p. 97.

⁹ Sul tema, L. FILIPPI, *Intercettazione*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri e G. Spangher, Giappichelli, 2013, 926 ss.

¹⁰ Cass. Sez. IV, 28.1.2009 n. 4169, rv 242836.

¹¹ Cass. Sez. III, 8.4.2015 n. 33598, in *Dir. e Giust.*, 31.7.2015, con commento di D. LA MUSCATELLA, *La Suprema Corte ritorna sulla utilizzabilità delle intercettazioni: il presupposto della diversità dei procedimenti va verificato sul piano sostanziale*.

¹² Cass. Sez. IV, 13.7.2015 n. 29907, rv 264382; Cass. Sez. II, 8.3.2016 n. 9500, rv 267784; Cass. Sez. VI, 24.5.2016 n. 21740, rv 266921; Cass. Sez. V, 28.6.2016 n. 26817, rv 267889.

¹³ Cass. Sez. V, 28.10.2016 n. 45535, rv 268453. Per la tesi secondo cui il fatto nuovo deve rientrare nell'ambito dei reati *ex art. 266 c.p.p.*, Cass. Sez. VI, 15.1.2004 n. 4942, rv 229999.

¹⁴ Cass. Sez. VI, 13.9.2017 n. 41768, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 11 con commento di M. RICCARDI. *L'utilizzabilità delle intercettazioni nel 'procedimento diverso' a carico dell'ente*.

reati diversi da quelli per i quali è stato messo il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza" (art. 270 comma 1-*bis* c.p.p.).

3. Le condizioni applicative ex art. 267 c.p.p.

Le condizioni applicative sono poi integrate dai requisiti descritti dall'art. 267 c.p.p. che viene richiamato integralmente dall'art. 271 comma 1 c.p.p. sul piano degli effetti invalidanti, essendo sancita l'inutilizzabilità dei risultati qualora non siano state osservate le disposizioni previste dalla norma.

I gravi indizi di reato, che costituiscono il primo presupposto, sono da ritenersi ormai concordemente inquadrati in un ambito che prescinde dalle qualificazioni in termini di prova indiziaria, sia per la natura funzionale del mezzo di ricerca della prova cui ineriscono, che esclude verifiche preliminari sulla responsabilità penale¹⁵, sia per il diverso trattamento che il legislatore dedica al profilo delle cautele personali, dove la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza vede l'applicazione di regole squisitamente probatorie (art. 273 comma 2 c.p.p.)¹⁶. Da qui il profilarsi di una articolata giurisprudenza essenzialmente incentrata sul fronte della motivazione del provvedimento autorizzativo, così che "la mancanza di motivazione dei decreti che autorizzano o prorogano le operazioni di intercettazioni telefoniche o tra presenti, di quelli che convalidano i decreti emessi in caso d'urgenza dal pubblico ministero, nonché di questi ultimi, comporta l'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni captative". Il vizio si integra "non solo quando l'apparato giustificativo manchi in senso fisico-testuale, ma anche quando la motivazione sia apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che dovrebbe giustificare, mentre si ha difetto della motivazione - emendabile dal giudice cui la doglianza venga prospettata, sia esso il giudice del merito che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia esso quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità - allorché quest'ultima sia incompleta, insufficiente, non perfettamente adeguata, affetta da vizi che non negano, né compromettono la giustificazione, ma la

¹⁵ A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., p. 80; A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 70.

¹⁶ Quanto alla previsione dell'art. 267 comma 1 *bis* c.p.p. sulla applicabilità dell'art. 203 c.p.p. nella valutazione dei gravi indizi, v. Cass. Sez. IV, 21.2.2012 n. 6844, rv 252730 in tema di intercettazioni telefoniche, secondo cui "il divieto di utilizzazione a fini della valutazione del quadro indiziario delle notizie acquisite dalla polizia giudiziaria presso informatori (art. 267 comma primo-bis in relazione all'art. 203 comma primo-bis cod. proc. pen.) non opera quando la stessa polizia giudiziaria abbia indicato negli atti le generalità complete dell'informatore ed abbia precisato in una relazione di servizio il contenuto delle notizie riferite da quest'ultimo". V., inoltre, Cass. Sez. IV, 12.9.2017 n. 46953, rv 271519, per cui, in tema di autorizzazione di intercettazioni ambientali, la valutazione dei gravi indizi di reato può fondarsi su relazioni di servizio redatte da un ausiliario di polizia giudiziaria aventi ad oggetto il contenuto di conversazioni a cui egli abbia partecipato, e quindi fatti da lui immediatamente percepiti, non ravvisandosi, in tal caso, la violazione del divieto di testimonianza "de relato".

rendono non puntuale"¹⁷. Si è anche affermato tuttavia che "In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, è legittima la motivazione '*per relationem*' dei decreti autorizzativi quando in essi il giudice faccia richiamo alle richieste del pubblico ministero ed alle relazioni di servizio della polizia giudiziaria, ponendo così in evidenza, per il fatto d'averle prese in esame e fatte proprie, l'*iter* cognitivo e valutativo seguito per giustificare l'adozione del particolare mezzo di ricerca della prova"¹⁸. In altri casi si è fatto rinvio alla sanzione della nullità, affermandosi che l'inutilizzabilità va riferita alle sole violazioni delle condizioni richieste dall'art. 267 c.p.p., mentre "eventuali illegittimità formali come quelle relative alla mancata motivazione del provvedimento autorizzativo determinano semmai l'invalidità del mezzo istruttorio, giacché la categoria della inutilizzabilità inerisce alle prove vietate per la loro intrinseca illegittimità oggettiva ovvero per effetto di una manifesta illegittimità del provvedimento acquisitivo che le ponga al di fuori del sistema processuale"¹⁹. L'approccio interpretativo, talvolta mutevole, sintomo della difficoltà di rinvenire un parametro che separi le sue sanzioni, è segnato da altre pronunce secondo cui "in tema di intercettazioni, l'inutilizzabilità degli esiti delle operazioni captative derivante dalla mancanza di motivazione dei decreti di autorizzazione e di proroga può essere dedotta dalle parti, per la prima volta, nel giudizio di cassazione e rilevata d'ufficio anche dal giudice di legittimità ai sensi dell'art. 609, comma secondo, cod. proc. pen.", in quanto "l'inosservanza dell'obbligo di motivazione dei decreti autorizzativi integra una inutilizzabilità del risultato delle intercettazioni di carattere assoluto, non sanabile in virtù della richiesta di accesso al rito abbreviato perché derivante dalla violazione dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione"²⁰.

Se le motivazioni presenti nel decreto del giudice possono prestarsi ad eventuali censure sul piano argomentativo, aperto a più profili nonostante la unicità del presupposto indiziario, il secondo requisito della 'assoluta indispensabilità per la prosecuzione delle indagini' (art. 267 comma 1 c.p.p.) si presta a formule di stile difficilmente sostituibili con argomenti di sostanza, in quanto è evidente che il giudice potrà solo in astratto indicare la indefettibilità dello strumento captativo e l'attualità di un pericolo di perdita di rilevanti dati investigativi in assenza del mezzo di ricerca. Il presupposto si definisce allora meglio là dove coniuga la 'assoluta indispensabilità' alla 'prosecuzione delle indagini', rimarcando la necessità del ricorso allo strumento intercettativo solo ad indagini avviata e non come primo atto²¹.

D'altra parte, è fisiologico che la motivazione del provvedimento autorizzativo si risolva in una sovrapposizione del secondo requisito a quello della gravità indiziaria oggettiva, non potendo prescindere dal raccordo tra i due profili, come anche la

¹⁷ Sez. Un. 21.9.2000 n.17, rv 216665.

¹⁸ Cass. Sez. V, 25.7.2017 n. 36913, rv 270758.

¹⁹ Cass. Sez. II, 25.5.2000 n. 2539, rv 216296.

²⁰ Cass. Sez. III, 16.4.2015 n. 15828, rv 263342.

²¹ P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002, p. 115.

giurisprudenza sembra ritenere²², anche per via della necessità di indicare il collegamento tra l'indagine e la persona e l'adeguatezza del provvedimento rispetto alle garanzie costituzionali²³.

In maniera non diversa si pone il tema della motivazione del provvedimento relativo ai casi 'speciali' di intercettazione per i reati di criminalità organizzata previsti dall'art. 13 d.l. n. 152/1991, successivamente estesi ai reati *ex art.* 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p., art. 270 *ter* e art. 280 *bis* c.p. e agli artt. 600-604 c.p., ed ora ulteriormente arricchiti dai reati contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (art. 6 comma 1 d.lgs. n. 216/2017), già peraltro ricompresi nell'art. 266 comma 1 lett. b) c.p.p. I requisiti motivazionali cambiano nella riduzione alla sussistenza dei sufficienti indizi di reato - valutabili anche alla stregua dell'art. 203 c.p.p. - e alla sola 'necessità' del mezzo captativo per lo svolgimento delle indagini. Premesso che la giurisprudenza, per reati di criminalità organizzata, ha inteso indicare i delitti indicati negli artt. 51 comma 3 *bis* e comma 3 *quater* c.p.p., nonché quelli facenti capo ad una associazione per delinquere²⁴, si ritiene legittima anche in questo caso²⁵ la motivazione "per relationem" dei decreti autorizzativi quando in essi il giudice faccia richiamo alle richieste del pubblico ministero ed alle relazioni di servizio della polizia giudiziaria²⁶. Quanto al decreto emesso 'd'urgenza' dal pubblico ministero, le violazioni meramente formali vengono escluse dal perimetro della inutilizzabilità²⁷, che non si integra a fronte della avvenuta convalida del Gip, al quale solo è demandata la

²² Cass. Sez. VI, 23.3.2009 n. 12722, rv 243241, secondo cui la motivazione dei decreti autorizzativi, nel chiarire le ragioni del provvedimento, in ordine alla indispensabilità del mezzo probatorio, ai fini della prosecuzione delle indagini, ed alla sussistenza dei gravi indizi di reato, deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l'intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo ad una specifica persona, indicando pertanto il collegamento tra l'indagine in corso e la medesima persona.

²³ Cass. Sez. VI, 25.9.2014 n. 39766, rv 260456: "in tema di intercettazioni telefoniche, la motivazione dei decreti autorizzativi deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l'intercettazione di una determinata utenza telefonica, facente capo ad una specifica persona, indicando il collegamento tra l'indagine in corso e la medesima persona, affinché possa essere verificata, alla luce del complessivo contenuto informativo e argomentativo del provvedimento, la sua adeguatezza rispetto alla funzione di garanzia prescritta dall'art. 15, comma secondo, Cost.". Inoltre, Cass. Sez. V, 12.1.2017 n. 1407, rv 268900.

²⁴ Sez. Un. 28.2016 n. 26889, rv 266305. Sul punto, M. GRIFFO, [Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore](#), in *questa Rivista*, fasc. 2/2018, p. 35. V., inoltre, Cass. Sez. VI, 13.6.2017 n. 36874, rv 270812 e Cass. Sez. V, 20.10.2017 n. 48370, rv 271412.

²⁵ V. *supra*, nota 18.

²⁶ Il principio è affermato in relazione ad intercettazioni disposte nell'ambito di indagini in materia di criminalità organizzata e presupponenti il requisito di "sufficienti indizi di reato", ai sensi dell'art. 13 D.L. n. 152 del 1991, conv. in legge n. 203 del 1991: Cass. Sez. V, 11.6.2014 n.24661, rv 259867; nello stesso senso, Cass. Sez. V, 25.7.2017 n. 36913, rv 270758: "poiché il ricorso a intercettazioni telefoniche nel corso di indagini relative a delitti di criminalità organizzata è consentito in presenza di sufficienti indizi di reato (e non di colpevolezza) e quando le stesse risultino "necessarie" (e non "indispensabili") per il proseguimento delle indagini, in ipotesi di associazione per delinquere finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti sono da ritenere idonee a integrare il requisito della sufficienza degli indizi di reato le informazioni legittimamente acquisite dagli organi di polizia giudiziaria, riferite al P.M. e da questo poste a fondamento della richiesta di autorizzazione alle intercettazioni". V., inoltre, Sez. Un. 21.9.2000 n. 17, cit.

²⁷ Cass. Sez. II, 15.9.2016 n. 38423, rv 268013.

valutazione della sussistenza del requisito²⁸. In ogni caso, "il termine di cui all'art. 267 comma 2 c.p.p. previsto per la trasmissione al giudice della convalida del decreto con il quale il pubblico ministero abbia disposto d'urgenza l'intercettazione stessa, presenta carattere meramente ordinatorio, sicché la sanzione di inutilizzabilità delle risultanze acquisite si determina solo nel caso in cui il provvedimento di convalida del giudice non intervenga entro quarantotto ore dall'adozione del decreto in questione"²⁹.

Il superamento dei limiti di durata di cui al 267 comma 3 c.p.p. determina la inutilizzabilità dei risultati anche nel caso di intercettazioni disposte dal pubblico ministero, "con la conseguenza che, salvo proroga, le intercettazioni, eseguite dopo la scadenza di detto termine sono inutilizzabili ai sensi degli artt. 271 e 267 dello stesso codice e che tale inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento"³⁰.

Altre eventuali violazioni da parte del pubblico ministero dovrebbero essere sanzionate con l'inutilizzabilità per l'inosservanza della regola che prevede la sua partecipazione personale alle operazioni o l'ausilio di un ufficiale di polizia giudiziaria (art. 267 comma 4 c.p.p.) o l'annotazione in apposito registro riservato dei decreti relativi alle intercettazioni (art. 267 comma 5 c.p.p.), espressamente richiamate dall'art. 271 comma 1 c.p.p. che rinvia all'intero art. 267 c.p.p. Per queste fattispecie difficilmente si è tuttavia ritenuta effettivamente operativa la sanzione, in quanto dettate da un "garantismo iperbolico" secondo la dottrina³¹.

4. Le diverse metodologie.

Il secondo profilo relativo alla ammissibilità attiene alle diverse metodologie impiegate³². Premesso che il presupposto oggettivo dei reati rientranti nell'elenco *ex art.*

²⁸ Cass. Sez. F., 2.9.2010 n. 32666, rv 248253.

²⁹ Cass. Sez. II, 13.10.2016 n. 43419, rv 267968.

³⁰ Cass. 11.5.1995 n. 5415, rv 201643., V., Cass. Sez. V, 3.2.2016 n. 4572, rv 265476.

³¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 858.

³² Sul sistema di pedinamento satellitare, peraltro non rientrante nel catalogo degli strumenti intercettativi, T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, p. 347; G. Di Paolo, "Tecnologie del controllo" e prova penale. *L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Cedam, Padova, 2008, p. 252 ss.; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 236.

Per quanto concerne l'acquisizione di dati esterni al traffico telefonico, estranea al concetto di intercettazione per l'assenza di una comunicazione in corso, la relativa disciplina fa capo all'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, e successive modificazioni (v. testo aggiornato in *garanteprivacy.it*). Che l'inutilizzabilità derivi dalla violazione dell'art. 132, cit., quale divieto probatorio sanzionato *ex art.* 191 c.p.p., piuttosto che dalla violazione dell'art. 11 comma 2 d.lgs. n. 196/2003, è sostenuto da C. CONTI, in P. Tonini - C. Conti, *Il diritto delle prove*, cit., p. 473. In giurisprudenza, Cass. Sez. V, 24.2.2016 n. 7265, rv 267144 secondo cui "sono patologicamente inutilizzabili i dati relativi al traffico telefonico contenuti nei tabulati acquisiti dall'Autorità giudiziaria dopo i termini previsti dall'art. 132 D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, atteso il divieto di conservazione degli stessi da parte del gestore al fine di consentire l'accertamento dei reati oltre il periodo normativamente predeterminato". V. inoltre, Cass. Sez. V, 15.4.2015 n. 15613, rv 263805.

266 comma 1 c.p.p. opera per ogni tipo di captazione, variando semmai le condizioni applicative a seconda della fattispecie criminosa, ordinaria o speciale, può dirsi in primo luogo che le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 266 *bis* c.p.p.), già introdotte con l. 23.12.1993 n. 547, perseguono l'obiettivo di estendere l'ambito di ammissibilità delle intercettazioni non solo ai procedimenti aventi ad oggetto i *computer crimes*³³, così che l'indagine informatica o telematica può essere mirata alla investigazione sui reati comuni e fruibile nei risultati alla stregua dei canoni di utilizzabilità generali³⁴.

Quanto alla intercettazione ambientale, essa esige il requisito della attualità dell'attività criminosa qualora venga effettuata in luoghi privati, variamente individuati dalla giurisprudenza in base al parametro dell'art. 614 c.p.³⁵. Dal presupposto del reato *in fieri* prescinde tuttavia l'intercettazione ambientale per i delitti di criminalità organizzata *ex art.* 13 d.l. 152/1991, cit., esteso ai delitti di cui agli artt. 270 *ter* e 280 *bis* c.p., nonché ai delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p., artt. 600 e 604 c.p. e, ora, ai delitti contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni.(art. 6 comma 1 d.lgs. n. 216/2017). Sembra invece che per la ricerca del latitante l'intercettazione ambientale possa essere disposta per i delitti di cui all'art. 51 comma 3 *bis* e 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p. e, visto il richiamo all'art. 266 c.p.p. (art. 295 commi 3 e 3 *bis* c.p.p.), solo se in presenza di attività criminosa in atto se effettuata in luoghi privati, secondo la formulazione che è rimasta immutata nel testo riformato. L'assetto normativo non sembra particolarmente lineare anche per via della mancanza dell'art. 271 c.p.p., sulla inutilizzabilità, tra le disposizioni applicabili (art. 295 comma 3 c.p.p.), che rende difficile stabilire quali siano i limiti di uso dei risultati, anche alla luce dell'espresso richiamo all'art. 270 c.p.p. sulla utilizzabilità in procedimenti diversi³⁶.

Sul fronte delle intercettazioni ambientali, come è noto, si è sviluppato poi un percorso giurisprudenziale necessitato dalla assenza di indicazioni circa la possibilità di intercettare non solo comunicazioni verbali, ma immagini attraverso la video registrazione³⁷. Il distinguo operato tra captazioni di atti comunicativi e non³⁸, ha generato una non facile individuazione dei casi di inutilizzabilità, lasciata ad una interpretazione talvolta casuale a seconda delle fattispecie concrete.

Circa la modifica dei termini di conservazione in relazione a gravi reati (art. 51 comma 3 quater c.p.p. e art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.), v. art. 24 l. 20.11.2017 n. 167.

³³ Sez. Un. 24.9.1998 n. 21, rv 211197

³⁴ L. CUOMO - L. GIORDANO, *Informatica e processo penale*, in *Processo pen. e giust.*, 2017, n. 4, p. 718.

³⁵ Sez. Un. 22.6.2017 n.31345, rv 270076, secondo cui "Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 624-bis cod. pen., rientrano nella nozione di privata dimora esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale. Per un commento, A. ILARI, *Nozione di privata dimora: le Sezioni Unite mettono un punto fermo*, in *Archivio penale*, 2017, n. 3, p. 2. V. Cass. Sez. V, 7.2.2018 n. 5797 secondo cui lo studio legale è luogo di privata dimora non rileva al riguardo posto il divieto di intercettazione *ex art.* 103 comma 7 c.p.p. ora rafforzato dal divieto di trascrizione anche sommaria, qualora le comunicazioni o conversazioni siano comunque intercettate.

³⁶ Per una articolata disamina dei problemi applicativi, A. VELE, *Le intercettazioni*, cit., p. 50.

³⁷ Sul tema, C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, cit., p. 159 ss.

³⁸ P. TONINI - C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, cit. p. 473.

Il mancato intervento del legislatore della riforma sul punto non è compensato dalla introduzione dell'intercettazione "mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile", cui si può ricorrere soltanto per intercettare comunicazioni tra persone presenti (art. 266 comma 2 c.p.p.)³⁹ con conseguente utilizzabilità dei risultati, in primo luogo, in relazione ai reati di cui all'elenco di cui all'art. 266 comma 1 c.p.p. (art. 266 comma 2 c.p.p.)⁴⁰. Inoltre, sul piano motivazionale, la validità del decreto autorizzativo si misura sulla indicazione delle "ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini", nonché "i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono" (art. 267 comma 1 c.p.p.)⁴¹. L'inutilizzabilità, desumibile dal raccordo tra l'art. 267 e l'art. 271 comma 1 c.p.p., è inoltre rafforzata dalla previsione secondo cui "non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo" (art. 271 comma 1 *bis* c.p.p.), così da consentirne la distruzione "salvo che costituisca corpo del reato" (art. 271 comma 3 c.p.p.). La disposizione si correla inoltre con la prescrizione secondo cui la intercettazione ambientale è consentita nei luoghi privati "solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa", allo stesso modo della intercettazione tra presenti svolta secondo il metodo ordinario (art. 266 comma 2 c.p.p.).

Il regime cambia tuttavia in relazione ai reati di cui all'art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., per i quali l'uso del captatore informatico, che fonda ora il procedimento di urgenza del pubblico ministero (art. 266 comma 2 *bis* c.p.p.), "è sempre consentito" (art. 267 comma 2 *bis* c.p.p.), con ciò ammettendosi l'utilizzabilità dello strumento speciale e dei suoi esiti anche nei luoghi privati e indipendentemente dalla attività criminosa in fieri, tanto che viene meno il requisito della motivazione su luoghi e tempo (art. 267 comma 1 c.p.p.). Non è chiaro tuttavia quale sia il regime del captatore secondo il regime speciale dell'art. 13 d.l. n. 152/1991 cit., non toccato dalla riforma che, come già ricordato, si limita a disciplinare le captazioni ambientali in luoghi privati indipendentemente da atti criminosi attuali. Se la disposizione permane invariata, si deve ritenere che l'assetto delle intercettazioni ambientali sia variabile a seconda dei reati

³⁹ Risulta dunque regolamentato "uno solo degli usi del captatore informatico, quale modalità specifica di esecuzione della intercettazione tra presenti" (Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo). Sul punto, G. SPANGHER, *Critiche. Certezze. Perplessità. Osservazioni a prima lettura del recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 1. In tema, L. FILIPPI, *Le nuove norme su intercettazioni e tabulati*, Pacini, 2018, p. 20.

⁴⁰ Sulla legittimità di intercettazione di comunicazioni telematiche o informatiche mediante captatore, si esprimeva, Cass. Sez., V, 20.10.2017 n.48370, rv 271412. V., inoltre, Cass. Sez. VI, 13.6.2017 n. 36874, su cui L. GIORDANO, [La prima applicazione dei principi della sentenza 'Scurato' nella giurisprudenza di legittimità](#), in *questa Rivista*, fasc. 9/2017, p. 183.

⁴¹ Secondo la Relazione illustrativa la possibilità di una indicazione indiretta dei luoghi è dovuta alla impossibilità di determinare in modo specifico gli spostamenti dell'apparecchio oggetto di controllo. Per un approccio flessibile della giurisprudenza in tema di intercettazioni ambientali, Cass. Sez. 12.3.2015 n. 24478, rv 263723.

in gioco, posto che l'art. 13 n. 152/1991, cit., modificato nel tempo accoglie nelle regole speciali altri reati non menzionati nel testo codicistico riformato, quali i reati ex artt. 270 *ter* e 280 *bis* c.p. e i reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) n. 4 c.p.p. ai quali peraltro ci si può in parte ricondurre valutando il presupposto della pena edittale in base all'art. 266 comma 1 c.p.p. In ogni caso l'inutilizzabilità, che si integra per le intercettazioni "eseguite fuori dei casi stabiliti dalla legge" (art. 271 comma 1 c.p.p.) o, ciò che è lo stesso, con metodologie diverse da quelle consentite dalla legge, viene calata in un contesto incerto, anche per via della individuazione giurisprudenziale delle categorie di reati in tema di captatore informatico⁴².

Quanto ai reati contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni, l'uso dello speciale strumento informatico è previsto dall'art. 6 comma 2 d.lgs. n.216/2017 che, con la formula della doppia negazione, sembra inibire il ricorso allo strumento speciale nei luoghi di privata dimora "quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa". Il che fa pensare che, nonostante la ricavabilità della prescrizione anche dalla norma generale sui reati ammessi alla intercettazione (art. 266 comma 1 lett. b) c.p.p.), si sia voluto diversificare il trattamento per questa categoria di reati che, da un lato, per essere ritenuti di gravità elevato, implicano il presupposto della mera sufficienza indiziaria⁴³, mentre, d'altro lato, fruiscono di una disciplina più favorevole sull'uso del captatore.

In ogni caso, dal nuovo assetto emerge una tecnica di rinvii e sovrapposizioni tra norme che rende scomposta la complessiva disciplina del 'doppio binario'⁴⁴, difficile l'analisi e variabili le soluzioni. Il che avrebbe richiesto una maggiore chiarezza organizzativa con la redazione di norme esaustive e coordinate nel perimetro operativo oggettivo, come in parte meglio è stato fatto per la disposizione sulle intercettazioni preventive dove alla violazione dei limiti delle intercettazioni ambientali si è assicurato inoltre un regime sanzionatorio forte che fa capo anche alla inutilizzabilità 'alternativa' per cui le notizie acquisite non possono costituire neppure oggetto di deposizione (art. 226 comma 5 norme coord. c.p.p.)⁴⁵.

5. I requisiti di esecuzione.

Il secondo profilo sanzionatorio inerisce ai requisiti di esecuzione, cui fa riferimento l'art. 271 comma 1 c.p.p. nel richiamare l'art. 268 commi 1 e 3 c.p.p.

⁴² Sez. Un. 1.7.2016 n. 26889, cit.

Sul punto. v. Linee Guida Procura di Velletri dove si stabilisce che "solo per i reati di cui all' art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p." è consentito il ricorso al captatore, escludendosi al contrario la praticabilità dello strumento per le indagini in ordine al reato ex art. 416 c.p.

⁴³ V., *supra*, par. 3.

⁴⁴ Per la ricostruzione delle differenti discipline, D. PRETTI, [Prime riflessioni a margine della nuova disciplina delle intercettazioni](#), in *questa Rivista*, fasc. 1/2018, p. 226.

⁴⁵ Sul punto, volendo, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 84.

Non essendo stato modificato l'art. 271 comma 1 c.p.p. che segna su questo piano i confini della inutilizzabilità, si deve ritenere che non siano passibili di sanzione le nuove disposizioni sul deposito dei verbali e registrazioni (art. 268 *bis* c.p.p.), sulla acquisizione al fascicolo delle indagini (art. 268 *ter* c.p.p.) e sui termini e modalità della decisione del giudice (art. 268 *quater* c.p.p.), salvo poter individuare eventuali profili di nullità per violazione di diritti difensivi (art. 268 *bis* comma 2 c.p.p.; art. 268 *quater* comma 2 c.p.p.)⁴⁶. Si dovrebbero quindi riproporre le questioni attinenti alla registrazione delle comunicazioni intercettate e alla redazione del relativo verbale (art. 268 comma 1 c.p.p.), mentre il ricorso esclusivo o alternativo a impianti della Procura (art. 268 comma 3 c.p.p.)⁴⁷, deve rapportarsi alle nuove forme captative⁴⁸.

Sul primo punto, la giurisprudenza ha sostanzialmente perimetrato la sanzione agli stretti casi di rinvio dell'art. 271 comma 1 c.p.p. all'art. 268 commi 1 e 3 c.p.p. Si è così affermato che il mancato rispetto del termine di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni per il deposito dei verbali e delle registrazioni non è causa di nullità, non essendo espressamente prevista, né di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, "atteso il mancato richiamo, nell'art. 271 c.p.p., al quarto e al sesto comma dell'art. 268 c.p.p."⁴⁹. Anche ora dovrebbe permanere la stessa conclusione a fronte del nuovo art. 268 *bis* comma 1 c.p.p. sul deposito, nei cinque giorni, di annotazioni, verbali, registrazioni e decreti di autorizzazione, convalida o proroga⁵⁰.

Si è inoltre stabilito che non determina l'inutilizzabilità degli esiti delle attività di captazione, ai sensi dell'art. 271 comma 1 c.p.p., "la irregolare indicazione di inizio e fine

⁴⁶ Sulla insussistenza di nullità o inutilizzabilità *ex art.* 268 c.p.p. per omesso avviso della facoltà di esaminare gli atti, Cass. Sez. 8.4.2015 n. 33587, rv 264522 e Cass. 8.1.2016 n. 6408. Per il caso di omesso deposito e gli effetti invalidanti, Cass. Sez. 18.2.2014 n. 7597, rv 259121. Per una articolata disamina del procedimento, anche in sede cautelare, G. PESTELLI, [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: poche luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), in questa Rivista, fasc. 1/2018, p. 169 ss.

⁴⁷ Cass. Sez. I, 16.11.2017 n. 52464, rv 271541: condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che l'attività di registrazione - che, sulla base delle tecnologie attualmente in uso, consiste nella immissione dei dati captati in una memoria informatica centralizzata - avvenga nei locali della Procura della Repubblica mediante l'utilizzo di impianti ivi esistenti, mentre non rileva che i file audio registrati non siano trasmessi automaticamente dagli apparecchi digitali adoperati per le captazioni tra presenti, ma siano periodicamente prelevati dalla polizia giudiziaria incaricata delle operazioni e riversati "a mano" nel server dell'ufficio requirente; Cass. Sez. II, 30.11.2016 n. 51022, rv. 268732: in tema di intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, la sussistenza del presupposto dell'inidoneità o insufficienza degli impianti installati presso la procura della Repubblica - che legittima l'utilizzo di apparecchi esterni - non è vincolato esclusivamente ad un criterio di indisponibilità delle postazioni, ma deve essere valutato tenendo conto del rapporto tra le caratteristiche delle operazioni di intercettazione da svolgere nel caso concreto e le finalità perseguite attraverso tale mezzo di ricerca della prova, per le quali risultino inadeguati gli impianti esistenti presso l'ufficio di procura e necessario il ricorso a strutture esterne, così che deve ritenersi legittimo il ricorso ad impianti che assicurino, in relazione agli obiettivi investigativi, una maggiore efficienza, a fronte delle dotazioni obsolete e non più all'avanguardia degli uffici di procura.

⁴⁸ Relazione illustrativa. cit.

⁴⁹ Cass. Sez. VI, 23/03/2017 n. 14248, rv 270025; Cass. Sez. III, 30.7.2015 n. 33587, rv 264522.

⁵⁰ Cass. Sez. III, 26.5.2016 n. 21968, rv 267075: "la sanzione della inutilizzabilità, prevista dall'art. 271 cod. proc. pen. in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 268 stesso codice, riguarda l'omesso deposito dei verbali e non dei cd. brogliacci, che si distinguono dai primi perché contengono solo la sintesi delle conversazioni intercettate e non la sommaria indicazioni delle operazioni svolte".

delle operazioni nei verbali cui fa riferimento l'art. 267 comma 5 c.p.p. e che attengono alla durata complessiva dell'attività di intercettazione autorizzata per le singole utenze o i singoli ambienti privati, posto che l'indicata sanzione processuale opera solo con riferimento alle ipotesi previste dall'art. 268, commi 1 e 3⁵¹. Non opera poi la sanzione per la mancata indicazione, nei verbali di inizio e fine delle operazioni, dei nominativi degli ufficiali di polizia giudiziaria che vi hanno preso parte⁵², mentre l'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni, rende inutilizzabili tali operazioni per l'impossibilità di desumere la capacità dell'ausiliario di svolgere ed eseguire adeguatamente l'incarico affidatogli⁵³.

Quanto alle norme attuative, era affermazione frequente quella secondo cui l'inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., in tema di verbali e nastri registrati delle intercettazioni, non determinasse l'inutilizzabilità degli esiti dell'attività captativa legittimamente disposta ed eseguita⁵⁴. Ora si dovranno meglio rivedere sia il ruolo delle disposizioni di attuazione che gli effetti della eventuale violazione delle regole concernenti il ricorso al captatore informatico per il quale sono previste specifiche prescrizioni, che vanno dalla indicazione nel verbale del tipo di programma impiegato (art. 89 comma 1), al ricorso a programmi conformi a requisiti tecnici indicati dal Ministero (art. 89 comma 2 *bis*), al trasferimento delle comunicazioni esclusivamente verso gli impianti della Procura (art. 89 comma 2 *ter*), alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi (art. 89 comma 2 *quinqüies*). Cambia in sostanza la strutturale dimensione intercettativa, non rapportata tuttavia a regole confortate da sanzioni, non essendo stato aggiornato l'art. 271 comma 1 c.p.p. nel rinvio a nuove previsioni quali ad esempio quelle dell'art. 268 commi 3 *bis* e 4 c.p.p., né appunto alle nuove disposizioni di attuazione.

Risulta poi introdotto il divieto di trascrizione anche sommaria delle captazioni del difensore, a supporto del già esistente divieto di utilizzazione (art. 103 comma 7 c.p.p.) e delle "comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge" (art. 4 comma 1 lett. d) d.lgs. 196/2003) (art. 268 comma 2 *bis* c.p.p.). Per queste ultime, dal tenore della disposizione sembrerebbe ad un primo approccio potersi ricavare la creazione di un divieto probatorio a tutela di un interesse sia processuale che extra processuale. In realtà, al di là del mancato rinvio da parte dell'art. 271 comma 1 c.p.p., la soluzione non si ritiene praticabile per via in primo luogo della non necessarietà di un divieto essendo i concetti di irrilevanza e ancora prima di non pertinenza⁵⁵, estranei, come si è sostenuto in altre

⁵¹ Cass. Sez. VI. 28.7.2015 n. 33231, rv 264462.

⁵² Cass. Sez. III, 18.5.2015 n. 20418, rv 263625.

⁵³ Cass. Sez. III, 21.7.2016 n. 31454, rv 267738.

⁵⁴ Cass. Sez. I, 5.3.2010 n. 8836, rv 246377.

⁵⁵ C. CONTI, [La riservatezza delle intercettazioni nella delega 'Orlando'](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 82.

occasioni, al fenomeno della inutilizzabilità⁵⁶. Nel caso della captazione di elementi riconducibili ai dati sensibili, si porrebbe tuttavia il tema delle garanzie da assicurare al soggetto al quale essi si riferiscono qualora il pubblico ministero, dopo la eventuale valutazione di irrilevanza prospettata dalla polizia giudiziaria, li ritenga al contrario rilevanti "per i fatti oggetto di prova" e necessari "a fini di prova" (art. 268 comma 2 *ter* c.p.p.)⁵⁷. L'utilizzabilità dei dati, ovviamente in presenza di un percorso ammissivo ed esecutivo corretto, sarebbe lasciata alla verifica successiva circa la necessità del loro uso a fini probatori, in assonanza con quanto rileva ai fini della disciplina in tema di tutela di dati personali (d.lgs. 196/2003)⁵⁸. Resta il dubbio di una disciplina insufficiente, ma tuttavia in linea ad esempio con il divieto di uso di taluni dati sensibili racchiuso nella disposizione di cui all'art. 472 comma 3 *bis* c.p.p. che, in relazione a determinati reati contro la persona, vieta le domande sulla vita privata o sulla sessualità della persona offesa, se non sono necessarie alla ricostruzione del fatto⁵⁹.

6. Epilogo.

Al breve esame dei profili sanzionatori segue il quesito su quale sia il trattamento dell'inutilizzabilità delle intercettazioni sul fronte normativo modificato dal d.lgs. n. 216/2017. Al riguardo si deve ancora rilevare come, pur in relazione alla creazione di nuovi divieti, quali il divieto di trascrizione di alcune comunicazioni o le preclusioni all'uso del captatore informatico, la mancata integrazione dell'art. 271 comma 1 c.p.p. con il rinvio alle nuove disposizioni in punto di esecuzione dell'atto, conduca al rischio di una minore attenzione al ruolo delle regole esecutive e al peso delle forme, abitualmente sottoposte ad un giudizio giurisprudenziale di marginale rilevanza,

⁵⁶ N. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, I Aggiornamento, Giuffrè, 1998, p. 690.

⁵⁷ Sul punto, T. BENE, *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, n. 1, p. 9.

⁵⁸ Secondo Cass. Sez. VI, 13.3.2017 n. 11959, rv 269402, in tema di trattamento di dati personali, la richiesta di oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi dell'interessato riportati sulla sentenza o altro provvedimento, di cui all'art. 52, comma primo, D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, deve essere fondata su "motivi legittimi", da intendersi quali "motivi opportuni" la cui valutazione impone un equilibrato bilanciamento tra esigenze di riservatezza del singolo e di pubblicità della sentenza. Nella motivazione, la Corte ha precisato che, alla luce delle indicazioni rese dalle linee guida dettate dal Garante della privacy in data 2 dicembre 2010, i "motivi legittimi" in grado di fondare la richiesta possono riferirsi alla particolare natura dei dati contenuti nel provvedimento quali "dati sensibili", ovvero alla "delicatezza della vicenda oggetto del giudizio". Secondo Cass. Sez. II, 12.2.2103 n. 6812, in *Proc. pen. e giust.* n. 4/2013, 72 (con nota di P. LAVIANI, *Le video riprese tra privacy e processo penale*, *ivi*, p. 73), sembra da riconoscersi il principio secondo cui le regole fissate dal Codice della privacy non determinano inutilizzabilità.

Sulla acquisizione dei dati personali al di fuori dei limiti di tempo e luogo indicati nel provvedimento autorizzativo, v. i rilievi espressi nel Parere su uno schema di decreto legislativo recante "disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni" - 2 novembre 2017 del Garante per la protezione dei dati personali.

⁵⁹ N. GALANTINI, *sub art. 472 c.p.p.*, in AA.VV. *Commentario delle norme contro la violenza sessuale*, a cura di A. Cadoppi, 2006, p. 945.

talvolta espresso nel disagio di vedere omologato il trattamento di violazioni di requisiti sostanziali a l regime delle regole formali⁶⁰.

La riforma non ha poi toccato la disciplina delle videoregistrazioni, non inserito nella regolamentazione del captatore informatico, così da lasciare all'operatore, prima, e all'interprete, poi, la scelta sulle diverse e rituali modalità captative nei luoghi privati e sul relativo esito, nel segno della giurisprudenza in tema di 'prova incostituzionale'⁶¹. Allo stesso modo rimane privo di regole quanto può essere ottenuto mediante nuove forme tecnologiche⁶² - che sarebbero state passibili di una conformazione alla disciplina del captatore informatico - ovvero quanto fa capo alla categoria dei nuovi metodi di scambio epistolare sulla cui disciplina (sequestro - intercettazione) si potrebbe ancora discutere⁶³.

Neppure si può rinvenire nella disciplina riformata una fattispecie di prova illecita, inutilizzabile perché frutto di reato, anche se ci si volesse riferire al nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617 *septies* c.p.) che espressamente prevede la non punibilità se la diffusione dei dati carpiti 'deriva in via diretta e immediata' in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio di diritti, tra i quali il diritto di cronaca.

Permane dunque la tesi già espressa altrove circa la improponibilità di questa categoria di inutilizzabilità⁶⁴, peraltro ancora oggetto di approcci diversi, come risulta ad esempio dalla giurisprudenza in tema di testimonianza del soggetto tutelato dal segreto

⁶⁰ Sulla giurisprudenza in tema di regole formali e sostanziali a disciplina delle intercettazioni, volendo, N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova*, cit., p. 66.

⁶¹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè; 2017, p. 221; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007, p. 182, nota 4.

⁶² G. SPANGHER, *Critiche*, cit.

⁶³ In tema, E. M. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in AA.VV., *Le indagini atipiche*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2014, p. 73.

Il tema della inutilizzabilità si pone anche con riguardo ai "dati informatici acquisiti dalla memoria del telefono (sms, messaggi WhatsApp, messaggi di posta elettronica 'scaricati e/o conservati nella memoria dell'apparecchio cellulare)" che hanno "natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p." e per i quali "la relativa attività acquisitiva non soggiace né alle regole stabilite per la corrispondenza, né tantomeno alla disciplina delle intercettazioni telefoniche" (Cass. Sez. V, 16.1.2018, n. 1822). In sostanza, secondo la Cassazione, "non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p. con riferimento a messaggi WhatsApp e sms rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro, in quanto questi testi non rientrano nel concetto di 'corrispondenza', la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito" (Cass. Sez. III, 25.11.2015 n. 928, rv 265991). La non configurabilità di una attività intercettativa è esclusa dalla assenza di una captazione di flussi di comunicazione in corso, mentre è consentita l'acquisizione *ex post* del dato conservato in memoria che documenta i flussi (Cass. Sez. V, 16.1.2018, cit.).

Circa gli strumenti ammissibili ai fini delle operazioni di acquisizione della corrispondenza, Corte cost. 7 dicembre 2016 n. 20, in *questa Rivista*, fasc. 3/2017, p. 284 ss., con nota di E. ANDOLFATTO, [Intercettazioni delle comunicazioni epistolari: la Corte costituzionale ribadisce l'inapplicabilità dell'art. 266 c.p.p. in via analogica](#).

⁶⁴ N. GALANTINI, *Inutilizzabilità*, cit., p. 72.

Il tema si è riproposto ancora in ordine all'utilizzo di dati bancari acquisiti illecitamente. Al riguardo, P. DE MARTINO, [Lista Falciani: il fine giustifica i mezzi? Note a margine di due provvedimenti 'innovativi'](#), in *questa Rivista*, 29 settembre 2015.

professionale⁶⁵ o dalle sentenze sulla violazione dell'art. 615 *bis* c.p. secondo cui sono inutilizzabili le intercettazioni acquisite attraverso una interferenza illecita nella vita privata⁶⁶.

La stessa questione della inutilizzata 'derivata', ancorata ad una interpretazione risalente in punto di rapporto tra perquisizione illegittima e sequestro conseguente⁶⁷, si presta ancora alla ricerca di soluzioni, come risulta dalla prospettata questione di legittimità costituzionale dell'art. 191 c.p.p. nella parte in cui non prevede che la sanzione riguardi anche gli esiti probatori, compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, derivanti dalla perquisizione o dalla ispezione compiuti dalla pg fuori dei casi consentiti⁶⁸.

Al di là di quello che può essere un ulteriore rilievo circa il trattamento delle intercettazioni all'estero, ora oggetto di un incerto regime ripartito tra discipline diverse⁶⁹, emerge come sempre la difficoltà di inquadrare in precisi confini la quarta sanzione, insofferente al principio di tassatività.

⁶⁵ Cass. Sez. II, 23.5.2017 n. 46588; Cass. Sez. II, 10.5.2017 n. 22954, rv 270479; Cass. Sez. VI, 2.4.2013 n. 15003, rv 256234.

⁶⁶ Cass. Sez. V, 13.8.2014 n. 35681, rv 261445.

⁶⁷ Per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale, L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie tra male captum, bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pacini Ed., 2017, p. 82 ss.

⁶⁸ Trib. Lecce, ord. 3 ottobre 2017, in *Giurisprudenza Penale web*, con nota di G. STEA, *L'inammissibilità del mero sospetto come criterio di legittimazione delle perquisizioni di polizia. Sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 191 c.p.p.*, *ivi*, 11.

⁶⁹ Circa la disciplina contenuta nella Convenzione relativa alla assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea e la sua circoscritta operatività, L. CAMALDO, [L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a geometria variabile](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 202 ss.. Per le previsioni in materia di intercettazioni di cui all'ordine europeo di indagine, F. RUGGIERI, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2018, n. 1, p. 131; A. NOCERA, [Il sindacato giurisdizionale interno in tema di ordine europeo di intercettazione](#), in *questa Rivista*, fasc. 1/2018, p. 149 ss.; M. DANIELE, [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 163; ID., [L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 208 ss. Per le modalità operative, Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli affari della giustizia - Direzione generale della giustizia penale, *Circolare in tema di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*, 26 ottobre 2017, p. 52. V., inoltre, F. SIRACUSANO, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p. 178.