GIUSTIZIA INSIEME

Processo Penale

Prospettive di riforma in tema di intercettazioni

di Roberta Aprati

9 luglio 2026

Sommario: 1. Vita privata *versus* accertamento dei reati – 2. Prospettive in tema di durata delle intercettazioni – 3. Prospettive in tema di circolazione probatoria – 4. Prospettive in tema di distruzione delle registrazioni – 5. Prospettive in tema di nuove tecnologie

1. Vita privata *versus* accertamento dei reati

Come è noto, nell'ultimo decennio la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni è stata oggetto di plurimi interventi normativi.

Si tratta di un dato in parte sconcertante, visto che la storia normativa delle intercettazioni si era caratterizzata per una particolare pigrizia del legislatore.

Andando indietro nel tempo, l'originaria disciplina del codice Rocco prevedeva ben poco: gli artt. 266, comma 3, e 339 c.p.p., nella loro iniziale formulazione, permettevano l'impiego dello strumento senza limiti o condizioni, potendo il giudice istruttore o la polizia giudiziaria «trasmettere, intercettare o impedire comunicazioni, prenderne cognizione o assumere ogni

altra informazione».

Solo con la riforma del 1955 (l. 517/1955) viene modificato il comma 4 dell'art. 266; ma non si introducono né parametri, né presupposti, né modalità attuative, né selezione dei materiali, né tanto meno una disciplina volta a tutelare la riservatezza delle registrazioni irrilevanti. La disposizione richiedeva soltanto che le intercettazioni dovessero essere autorizzate da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Per tale motivo nel '73 interviene la Corte costituzionale per sollecitare il legislatore ad introdurre una disciplina più analitica, e nelle "more" indicava di attenersi alle due implicazioni necessarie derivanti dall'art. 15 Cost.: una motivazione nella quale si spiegassero le ragioni della limitazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni, e l'utilizzo esclusivo del materiale processualmente utile**[1]**.

Una legge organica interviene finalmente nel 1974**[2]** (interpolata poi nel 1978**[3]**): si introduce una specifica e dettagliata disciplina delle intercettazioni, che viene nel 1989 recepita nel nuovo codice. Solo a partire dal 2017 si inizia un percorso di incisive modificazioni, che hanno visto il succedersi di sei novelle**[4]**:

- il d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216 attuativo della legge delega 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. riforma Orlando);
- la l. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. legge spazzacorrotti);
- il d.l. 30 dicembre 2019 n. 161, convertito con modifiche in legge 28 febbraio 2020 n. 7 (c.d. riforma Bonafede); **[5]**
- la l. 23 novembre 2021, n. 178, di conversione, con modificazioni, del d.l. legge 30 settembre 2021, n. 132;
- il d.l. 10 agosto 2023 n. 105 convertito in legge 9 ottobre 2023 n. 137 (c.d. riforma Nordio); **[6]**
- la legge 9 agosto 2024 n. 114 (c.d. riforma Nordio bis); **[7]**
- la l. 31 marzo 2025, n. 47 (Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione).

Volendo fornire un quadro d'insieme, le novelle citate si sono mosse in tre diverse direzioni.

Si è voluto in primo luogo riordinare l'iter procedimentale (dalla fase di esecuzione delle operazioni di registrazione a quella di ammissione e acquisizione delle conversazioni rilevanti).

Si è poi voluta revisionare la disciplina relativa al trattamento delle registrazioni aventi ad oggetto informazioni personali irrilevanti dal punto di vista processuale (divieti di verbalizzazione e di acquisizione, estensione del segreto esterno e divieti di pubblicazione, archivio per la conservazione);

Infine, si sono volute innestare nel sistema le nuove tecnologie (le intercettazioni tramite captatore informatico).

Non può invece considerarsi una direttrice delle riforme dell'ultimo decennio la sfera penalistica dell'intercettabile: le variazioni della lista delle fattispecie incluse o escluse dalla possibilità di utilizzare lo strumento sono una costante riscontrabile dall'approvazione del codice ad oggi.

Dal complesso di tali interpolazioni è venuto fuori uno strumento investigativo, che sebbene mantenga le sue connotazioni originarie di fondo, si presenta tuttavia con un nuovo volto.

Dalla lettura integrata di tali plurimi interventi normativi, emerge infatti come il legislatore si sia diretto in via prioritaria a tutelare il valore della vita privata, trascurando le esigenze investigative e processuali. Sembrerebbe infatti che si sia voluto adeguare, con più determinazione rispetto al passato, a quanto richiesto dalla Corte edu per considerare legittima l'interferenza dello Stato sul diritto inviolabile della segretezza delle comunicazioni.

Solo in via subordinata, invece, ci si è mossi per valorizzare il fine legittimo che autorizza l'intrusione nella vita privata, ovvero la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, fra cui va ricompresa l'attività finalizzata all'accertamento dei reati.

Se infatti si ripercorre la giurisprudenza sovranazionale e poi la si compara con la disciplina interna, spicca un dato: ogni sillaba della Corte edu si è trasformata in una puntuale regola processuale. Ma la Corte edu in tale contesto non si è limitata a dare delle indicazioni di fondo sulla tutela della vita privata, piuttosto ha costruito intorno all'art. 8 Cedu un vero e proprio impianto normativo, per lo più di dettaglio, declinando analiticamente sia le modalità con cui devono realizzarsi le due condizioni che autorizzano l'interferenza dello Stato su tutti i diritti inviolabili (l'esistenza di una base legale e la necessità), sia le cautele che devono essere adottate affinché gli Stati non "abusino" del mezzo**[8]**.

Si pensi a quanto affermato in riferimento alla "base legale": per la Corte edu, non solo deve esistere, **[9]** ma deve possedere delle qualità, esigendo la Corte di Strasburgo che essa «debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili»**[10]**. E pertanto si è chiarito che – al fine di evitare una violazione dell'art. 8 C.E.D.U. – è necessaria l'esistenza di una 'base legale chiara e precisa', ovverosia che «ci vuole un'adeguata indicazione delle condizioni e delle circostanze in cui le Autorità hanno il potere di ricorrere a tali misure e la base legale deve essere particolarmente precisa, in quanto la tecnologia disponibile per l'uso è sempre più sofisticata; le persone devono essere messe in grado di prevedere, anche solo in via astratta e ipotetica e non in senso determinato, in quali circostanze i loro diritti possano essere

posti ad interferenza; in pratica devono essere messe nelle condizioni di poter evitare l'interferenza»[11]. Da qui la doverosità di indicare le fattispecie incriminatrici in cui sono consentite le operazioni, le categorie di soggetti che possono essere intercettati, le tipologie di intercettazioni e la loro durata massima.

Si pensi, ancora, a quanto affermato in riferimento alla "necessità": si richiede che l'autorizzazione valuti di volta in volta che lo strumento sia "idoneo" [12], "sussidiario" [13] e "proporzionale". L'idoneità indica sia una valutazione astratta sulla capacità del mezzo di raggiungere risultati investigativi, indubitabile rispetto alle intercettazioni, sia la capacità concreta di selezionare le informazioni che raccoglie[14]. La "sussidiarietà" impone che lo strumento "più invasivo" possa essere impiegato solo quando gli strumenti "meno invasivi" non sarebbero utili per il raggiungimento del medesimo risultato[15]. È una sorta di principio di efficienza: scegliere il mezzo meno costoso (ovverosia il meno dannoso per il diritto alla privacy) a parità di risultati auspicati. La "proporzionalità" richiede invece che vi siano delle ragioni per cui la riservatezza possa essere sacrificata rispetto alle esigenze di accertamento processuale[16]. Si tratta di un giudizio casistico, il quale tiene in considerazione la natura degli interessi che entrano in gioco nel caso concreto, il livello di sacrificio del diritto e quello di soddisfazione dell'interesse o diritto contrapposto.

Si pensi – non da ultimo ma piuttosto in via prioritaria – a quanto affermato in riferimento alle "misure antiabuso dell'autorità": per la Corte edu occorre che sia assicurata tanto la possibilità di verificare l'esistenza delle condizioni che legittimano la registrazione da parte di un'autorità indipendente a cui va demandato il compito di autorizzarle, quanto che le registrazioni, una volta effettuate, siano utilizzate per il fine che deve essere perseguito. È dunque necessario costruire un vero e proprio iter procedimentale in cui si stabiliscano le modalità di autorizzazione e di documentazione, le cautele per assicurare l'integrità delle registrazioni, le regole sulla conservazione e cancellazione, le modalità per selezionare le registrazioni processualmente rilevanti, le condizioni per la pubblicazione del contenuto, gli interventi investigativi e sanzionatori in caso di indebita pubblicazione, le precauzioni da adottare per garantire la riservatezza degli interlocutori che siano attinti dalle intercettazioni senza aver alcun collegamento con le indagini, nonché – e non da ultimo ma anzi in via prioritaria – il diritto del soggetto registrato di controllare la legittimità dell'operato dell'autorità[17].

Ma accanto a queste pronunce, esiste anche una non indifferente giurisprudenza delle Corti sovrannazionali, nella quale si valorizza anche il fine legittimo che autorizza l'impiego delle intercettazioni, o comunque l'uso di qualunque strumento che costituisce un'interferenza

dell'autorità sulla vita privata.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti anche sottolineato come il raggiungimento del fine legittimo che autorizza l'intrusione della vita privata sia indefettibile a tal punto che le intercettazioni risultano essere uno strumento irrinunciabili, costituendo «in molti settori uno dei principali mezzi di prova a disposizione delle autorità»**[18]**.

Inoltre, si è affermato che gli obblighi positivi di tutela penale di diritti fondamentali, quali la vita, l'integrità psicofisica, la libertà individuale e la libertà sessuale, impongono l'uso di strumenti processuali adeguati a far valere le violazioni di determinati diritti fondamentali**[19]**. Gli obblighi positivi di incriminazione devono quindi essere abbinati agli obblighi positivi di prevedere strumenti investigativi efficaci per il loro accertamento**[20]**, essendo inutili le incriminazioni se poi non si individuano i relativi responsabili.

Dall'altra parte, e forse con maggior forza, la Corte di giustizia ha iniziato ad affermare che «il legislatore deve prevedere le limitazioni al diritto alla vita privata anche quando senza di esse sarebbe ostacolata l'efficacia di un'indagine penale, in particolare rendendo impossibile o eccessivamente difficile l'identificazione effettiva dell'autore di un reato e l'imposizione di una sanzione nei suoi confronti»**[21]**, e «ciò anche quando l'atto investigativo che interferisce sulla vita privata [...] non è l'unico mezzo possibile per accertare i reati, ma di fatto senza di esso si rallenterebbero o ostacolerebbero le indagini comportando un rischio reale di impunità sistemica dei reati»**[22]**.

Su questo quadro di riferimento, si potrebbe notare allora come nell'attuale assetto normativo la bilancia sia troppo inclinata verso la tutela della riservatezza, rispetto alla indefettibile necessità per uno Stato democratico di perseguire i fatti illeciti.

Appare allora necessario riequilibrare la bilancia, immaginando di modificare quegli aspetti dell'attuale disciplina delle intercettazioni che ostacolano la realizzazione del fine legittimo (ovverosia l'accertamento dei reati), senza però che costituiscano una contromisura per l'interferenza sulla vita privata, o perché non possono essere qualificate come norme antiabuso dell'autorità (come quella relativa al divieto di circolazione delle intercettazioni di cui all'art. 270 c.p.p.), o perché costituiscono una mera duplicazione di altre norme che già attribuiscono prevedibilità allo strumento (come ad esempio quella del termine finale delle intercettazioni di cui all'art. 267 comma 3 c.p.p.), o perché non inseriscono alcun bilanciamento fra i due valori contrapposti (come quella relativa alla distruzione delle intercettazioni di cui all'art. 269 c.p.p.). Senza contare, infine, la necessità di un adeguamento della disciplina alle nuove tecnologie,

proprio per fare in modo che quegli obblighi positivi di incriminazione siano realmente doppiati dai corrispondenti obblighi positivi strumentali, finalizzati ad identificare i responsabili dei fatti e, se ne ricorrono le condizioni, punirli.

2. Prospettive in tema di durata delle intercettazioni

Come è noto, con la l. 31 marzo 2025, n. 47 (Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione) si è intervenuti per ricalibrare il regime temporale delle intercettazioni (art. 267 comma 3 c.p.p.), introducendo una sorta di limite massimo di durata, il quale, tuttavia, da una parte è superabile in presenza di determinate condizioni (invero assai severe) e, dall'altra parte, non è applicabile a determinate tipologie di reato**[23]**.

Ne è venuto fuori un sistema complesso che invero duplica la disciplina della durata delle registrazioni, ignorando che già esisteva un limite massimo.

Le indagini preliminari, infatti, sono già sottoposte ad un termine finale e le eventuali indagini compiute fuori da suddetto termine sono inutilizzabili (ai sensi degli artt. 406 e 407 c.p.p.). Tale disciplina, quindi, indirettamente individua anche i tempi massimi di durata delle intercettazioni, o comunque fissa un necessario termine finale, il quale scade a prescindere da quando le singole operazioni abbiano avuto inizio ed è differenziato per categorie di reato.

Con la novella del 2025, allora, solo in apparenza si è data attuazione a quanto affermato dalla Corte edu, la quale richiede – dal punto di vista della proporzionalità – che l'intrusione sia calibrata sulla gravità dei reati, e che – dal punto di vista della prevedibilità – sia comunque determinato un termine massimo di durata: il legislatore interno già si era fatto carico di tali indicazioni.

Le prescrizioni introdotte, quindi, non sono imposte dalla giurisprudenza della Corte edu, ma sono piuttosto frutto di scelte riservate alla discrezionalità dei legislatori interni. Con esse infatti si è rimodulata la disciplina delle proroghe delle operazioni di registrazione, la quale, tuttavia, non è "coperta" dallo statuto convenzionale.

Ne risulta un sistema che diversifica il sistema delle proroghe, man mano che le operazioni di registrazioni vanno avanti. Dopo quindici giorni dall'inizio della registrazione, possono essere concesse due proroghe, di quindici giorni ciascuna, nelle quali deve essere verificato dal giudice se persistano le condizioni originarie che avevano determinato l'autorizzazione.

Scaduti quarantacinque giorni dall'inizio delle operazioni, per continuare ad intercettare, sempre attraverso delle proroghe di quindici giorni, è ancora necessario ottenere un'autorizzazione dal giudice, ma condizionata «dall'assoluta indispensabilità delle operazioni» e «giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione». In virtù del principio di proporzionalità, tale disciplina non si applica alle intercettazioni per i reati di criminalità organizzata e a tutti i reati sottoposti al regime di cui all'articolo 13 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991, n. 203.

Si tratta allora di capire in che cosa consistano gli elementi specifici e concreti che rendono indispensabile la prosecuzione delle intercettazioni.

Sicuramente la prescrizione ha l'obiettivo di escludere quanto ritenuto dalla giurisprudenza sui decreti di proroga: rispetto alle proroghe che intervengono successivamente al quarantacinquesimo giorno di intercettazione, non potrà più affermarsi che «la motivazione dei decreti di proroga può essere ispirata anche a criteri di minore specificità rispetto alle motivazioni del decreto di autorizzazione: essa dunque può risolversi nel dare atto della constatata plausibilità delle ragioni esposte nella richiesta del pubblico ministero, dato che, di un provvedimento reso al di fuori di una contrapposizione dialettica di posizioni contrastanti, l'adeguatezza della motivazione non può che essere valutata in relazione alla fondatezza della tesi della parte istante» (ex plurimis Cas. Pen, 14 maggio 2024 n. 32924). La nuova prescrizione sembrerebbe imporre invece una motivazione rafforzata.

Tale assunto non elimina però il problema reale della disposizione; non può infatti trascurarsi come, dal punto di vista investigativo, l'utilità della prosecuzione dell'intercettazione risieda proprio nelle ipotesi in cui le registrazioni raccolte non hanno dato esiti utili: proprio se non è emerso nulla è indispensabile insistere nelle operazioni, senza contare che esiste una massima di esperienza in forza della quale accade sempre che solo quando ci si allontana dal momento in cui è stato commesso un fatto di reato, si inizia a conversare su di esso.

Va allora rievocata quella giurisprudenza sovrannazionale che giustifica l'interferenza sulla vita privata, quando essa permetta di dare "effettività" al fine legittimo che lo Stato deve perseguire a tutela dell'interesse primario di salvaguardia dei valori fondamentali delle società democratiche.

Per rendere la disposizione coerente con le strategie investigative consolidate e alle indicazioni della Corte edu sull'effettività delle investigazioni, occorre quindi introdurre un'interpretazione convenzionale della nuova prescrizione ed affermare che essa richieda non tanto la

dimostrazione da parte del p.m. che l'intercettazione si stia dimostrando fruttuosa, ma, al contrario, che essa debba proseguire proprio perché ancora infruttuosa; è in pratica necessario esternare che il p.m. abbia cognizione dell'andamento delle operazioni e, più in generale, delle indagini nel loro complesso. In tal senso va interpretata la necessità di indicare «gli elementi specifici e concreti» su cui si deve fondare la motivazione: con essi si vuole controllare e garantire (attraverso l'intervento del giudice) che l'intercettazione non sia lasciata a sé stessa, ma che invece sia continuamente monitorata dal p.m.

Va poi sottolineato come non appaia coerente con il principio di proporzionalità l'aver incluso nella disciplina i reati del codice rosso e l'omicidio, ponendosi tali fattispecie all'apice dei valori da tutelare nell'ordinamento.

Sarebbe allora opportuna una rivisitazione della disciplina introdotta, o facendo una scelta radicale, eliminandola del tutto, in quanto si presenta come un doppione dei limiti temporali e delle proroghe, in quanto già previsti; o emendandola, specificandone meglio i presupposti, così da renderli esplicitamente finalizzati ad un maggior controllo del p.m. sull'andamento delle indagini, e, nel contempo, rimeditando sulle fattispecie incriminatrici che debbono essere escluse dalla disciplina.

3. Prospettive in tema di circolazione probatoria

Con la locuzione "circolazione probatoria" si indicano le regole che governano i casi e i modi in cui una prova formata in un certo processo possa poi essere acquisita anche in un altro e utilizzata per la decisione in quest'ultimo. In tema di intercettazione, allora, il tema attiene all'individuazione dei limiti entro i quali è possibile usare le registrazioni come prova per ulteriori reati rispetto a quelli precisamente indicati nel provvedimento che ha autorizzato l'attività. Limiti che riguardano "quali" registrazioni possano circolare**[24]** e le relative modalità di acquisizione**[25]**. E sul tema ormai l'assetto regolamentare risulta consolidato, non registrandosi la presenza né di interventi normativi, né di interventi giurisprudenziali volti a mettere in discussione le linee di fondo indicate dalla notissima pronuncia delle Sezioni unite.

Tuttavia, sul tema appare doverosa una nuova riflessione, dovendosi oggi necessariamente confrontare con una serie di nuove evidenze**[26]**, che non sono state considerate via via che si formava lo statuto normativo e giurisprudenziale dell'art. 270 c.p.p.

Le intercettazioni nella nuova realtà sociale sono divenute lo strumento elettivo delle indagini, in quanto l'avvento della telefonia mobile ha modificato i costumi sociali, dovendosi riconoscere che tali strumenti hanno incrementato esponenzialmente l'impiego, da parte di tutti, dello strumento telefonico, comprendendosi nella nozione di intercettazione non solo le conversazioni orali, ma anche le conversazioni scritte che avvengono con i sistemi di messaggistica, sicché l'evenienza che le registrazioni captino informazioni relative a fatti di reato diversi da quello per cui è stata concessa l'autorizzazione appare ormai circostanza di ordinaria verificazione.

Inoltre, l'introduzione dell'Ordine europeo di indagine farà sì che si allargherà esponenzialmente il numero delle intercettazioni che potenzialmente potrebbero circolare nei vari procedimenti: sempre con maggior frequenza accadrà, per le ragioni appena evidenziate, che un'autorità giudiziaria dell'Unione acquisirà intercettazioni utili per i processi che si svolgono in Italia.

Infine, e non da ultimo, va considerato che, acquisite le registrazioni, si elimina definitivamente la possibilità di reperire le medesime informazioni attraverso altri atti investigativi compiuti successivamente, perché è massima di esperienza quella per cui la persona intercettata, appena avuto conoscenza dell'avvenuta registrazione, si attiva per evitare ulteriori interferenze dell'autorità, o comunque per cancellare le ulteriori tracce che possa aver conservato o disseminato; nessun altro atto investigativo – vista la prevedibilità delle disposizioni che regolano le interferenze sulla vita privata o comunque l'attività investigativa – permetterà di recuperare le informazioni acquisite, sicché "i risultati probatori" raggiunti dalle intercettazioni diventano di fatto irripetibili; qualsiasi attività probatoria successiva ben difficilmente potrà recuperare quelle informazioni. Non si tratta quindi di "comodità" o pigrizia investigativa, ma di necessità di recuperare quelle informazioni altrimenti disperse. Si tratta della medesima logica sottesa alle misure cautelari, in cui l'intervento dell'autorità mira ad evitare la dispersione probatoria. E si tratta della stessa logica presente nelle sentenze della Corte edu, che stanno via via con maggior determinazione invitando gli Stati a considerare con attenzione le potenzialità delle intercettazioni al fine di non rendere i procedimenti investigativi inefettivi, soprattutto nei casi in cui riguardino i più gravi reati.

Appare allora opportuno riflettere su un dato.

Il divieto di circolazione probatoria nei diversi procedimenti, invero, appare norma espressiva della prevedibilità della base legale su cui si fonda l'interferenza sulla vita privata di cui all'art. 8 Cedu e nel contempo del principio del *fair play*, di cui all'art. 6 Cedu, da intendere quest'ultimo come scelta dello Stato di non ricorrere a metodi sleali**[27]**. Se ci si imbatte in una "notizia di reato inaspettata", "imprevedibile", usando dei mezzi particolarmente insidiosi come le

intercettazioni che vanno a toccare l'inviolabile diritto alla segretezza delle comunicazioni, è espressione del principio di prevedibilità e di lealtà utilizzare l'informazione esclusivamente come ipotesi da verificare (ovvero come notizia di reato), e non già nel contempo come ipotesi e conferma probatoria dell'ipotesi (ovvero anche come prova a tutti gli effetti).

Ma nessun comportamento contrario al *fair play* o alla prevedibilità è configurabile quando, indagando su qualcosa, si finisce, secondo l'*id quod plerunque accidit*, per scoprire qualcos'altro: non quindi per fatalità, ma per una normale conseguenza. Man mano che si svolgono delle indagini su una certa ipotesi criminosa è fin troppo scontato reperire prove relative ad ulteriori ipotesi criminose legate alle prime.

E tale evenienza si verifica allo stesso modo tanto rispetto alle informazioni relative a reati connessi, quanto rispetto a quelle relative a reati collegati ex art. 371 comma 2 lett. b) e c) c.p.p.

Da questo punto di vista non sono rinvenibili differenze significative: la "massima di esperienza" che ci dice che «indagando su un qualunque reato si trovano prove relative anche al reato commesso per occultarlo» è identica alla "massima di esperienza" che ci dice che «indagando su un qualunque reato si scovano anche prove relative al reato commesso per conseguirne il profitto». Ma esiste anche la massima di esperienza che ci dice che «quando una persona è a conoscenza dell'avvenuto compimento di due reati, se parla di uno, conversando con terzi, evocherà anche l'altro».

Nessuna delle ipotesi regolate nel collegamento probatorio è qualificabile allora come evenienza imprevedibile dal punto di vista "processuale e investigativo".

Il legislatore e la giurisprudenza della Corte di cassazione vanno allora invitati con forza ad aprire una nuova riflessione sul punto, dovendosi fare carico delle trasformazioni della società e del crimine; il diritto vigente e il diritto vivente devono prendere atto di come anche la giurisprudenza sovrannazionale sta invitando gli Stati a rivedere il modo in cui bilanciare i due valori contrapposti.

E le medesime conclusioni possono offrirsi anche per la disciplina del divieto di utilizzo delle intercettazioni in procedimenti diversi: nella deroga al divieto di circolazione, il riferimento ai reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza non risponde più al criterio della maggiore gravità delle condotte. A seguito delle interpolazioni apportate nell'art. 380, co. 2, c.p.p., la selezione dei reati per cui l'arresto in flagranza è obbligatorio sottende la volontà del legislatore di autorizzare la privazione della libertà personale nelle situazioni di maggiore evidenza della

situazione di flagranza[28]. «In quest'ottica trova giustificazione, ad esempio, l'inclusione nell'art. 380 c.p.p. dei reati di furto aggravato e di ricettazione aggravata e non di riciclaggio, ovvero dei reati di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p. e non dei più gravi reati di lesioni gravi o gravissime o di omicidio preterintenzionale». Risulta allora evidente come le deroghe al divieto di circolazione non si ispirano più a quanto affermano le Corti sovrannazionali, le quali in via prioritaria consentono – o addirittura pretendono – che per i reati più gravi le attività investigative siano in grado di individuare i responsabili.

4. Prospettive in tema di distruzione delle registrazioni

Come è noto, ai sensi dell'art. 269 c.p.p., passata in giudicato la sentenza, tutte le registrazioni raccolte nel procedimento devono essere distrutte, così come nel caso in cui, anche prima, ci sia un'istanza dell'interessato; in tal caso, però, la distruzione riguarda soltanto le intercettazioni che attingono l'istante.

Si tratta di norme che mirano ad evitare che lo Stato sia condannato da parte della Corte edu, essendo finalizzate in via preventiva ad impedire che in concreto si possa realizzare una violazione della riservatezza del soggetto eventualmente attinto dalle intercettazioni; la normativa sulla distruzione è infatti qualificata dalla Corte edu come necessaria, in quanto misura "anti-abuso dell'autorità"

Ma la distruzione quasi automatica, senza eccezione alcuna, ovvero senza prevedere in astratto situazioni nelle quali in concreto il bilanciamento fra i due valori contrapposti possa comportare la necessità della conservazione, non sembra essere imposta dalla Convenzione.

«Occorre infatti considerare i risvolti critici dell'eliminazione del materiale: le necessità probatorie di un procedimento possono mutare nel corso del suo sviluppo, le intercettazioni disposte in un procedimento possono essere legittimamente utilizzate anche in altri procedimenti ai sensi dell'art. 270 c.p.p., e l'esperienza investigativa e giudiziaria insegna che l'intercettazione di una conversazione può rivelarsi, anche dopo molti anni, fonte di prova preziosa e indispensabile, in ipotesi anche a favore dell'indagato e/o imputato»[29]. Senza contare le considerazioni già svolte sulla circolazione probatoria: il materiale registrato assai difficilmente potrà essere doppiato da elementi di prova ad analogo contenuto, perché ogni persona intercettata, appena avuto conoscenza dell'avvenuta registrazione, si attiverà per cancellare le ulteriori tracce che possa aver conservato o disseminato.

Va allora considerato un dato. Una volta che le intercettazioni vengono compiute e poi inserite nell'archivio da parte dell'autorità che le ha disposte, esse assumono la qualifica di «dato personale trattato dall'autorità competente ai fini di prevenzione ed indagine».

E, come è noto, il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 (Attuazione della direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione e indagine) sottolinea tale aspetto, prevedendo nell'art. 14 che «l'esercizio dei diritti di cui agli articoli 11, commi 1 e 2 [fra cui è ricompreso il diritto alla cancellazione dei dati] e 12, comma 5, nonché l'adempimento dell'obbligo di cui all'articolo 10, comma 2, possono essere ritardati, limitati o esclusi, con disposizione di legge, nella misura e per il tempo in cui ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata, tenuto conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata al fine di: a) non compromettere il buon esito dell'attività di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali, nonché l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali e delle misure di sicurezza; b) tutelare la sicurezza pubblica; c) tutelare la sicurezza nazionale; d) tutelare i diritti e le libertà altrui».

Si potrebbe allora ipotizzare nel futuro l'inserimento nell'art. 269 comma 2 c.p.p. o di parametri più ristretti, rispetto all'attuale formulazione, per procedere alla distruzione, o, in alternativa, l'inserimento di deroghe alla distruzione calibrate su parametri a maglie larghe, dando così attuazione a quanto prevede il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51.

5. Prospettive in tema di nuove tecnologie

Come ricordato più volte, la Corte edu ha abbinato gli obblighi positivi di incriminazione a obblighi positivi di prevedere strumenti investigativi efficaci per il loro accertamento**[30]**, essendo inutili le incriminazioni se poi non si individuino i relativi responsabili. E anche la Corte di Lussemburgo ha iniziato ad affermare che «il legislatore deve prevedere le limitazioni al diritto alla vita privata quando senza di esse sarebbe ostacolata l'efficacia di un'indagine penale, in particolare rendendo impossibile o eccessivamente difficile l'identificazione effettiva dell'autore di un reato e l'imposizione di una sanzione nei suoi confronti», e ciò anche quando l'atto investigativo che interferisce sulla vita privata «non è l'unico mezzo possibile per accertare i reati, ma di fatto senza di esso si rallenterebbero o ostacolerebbero le indagini comportando un rischio reale di impunità sistemica dei reati».**[31]**

E le nuove tecnologie costituiscono senz'altro uno strumento elettivo per assicurare l'efficacia dell'attività di raccolta delle prove. Da questo punto di vista è fin troppo noto che il diffondersi dell'uso del captatore informatico abbia trovato la sua iniziale ragion d'essere proprio nel fatto che i sistemi di sicurezza di cui sono ormai dotati tutti gli apparecchi informatici rendono le classiche intercettazioni informatiche di difficile realizzazione**[32]**. Senza di esso, in pratica, alcune indagini risulterebbero inidonee a realizzare quell'efficienza investigativa che viene richiesta dalle Corti sovranazionali. Il virus permette di abbattere tale criticità: perché consente di registrare direttamente la conversazione (ovverosia in chiaro), senza dover superare le barriere di sicurezza che proteggono la trasmissione dei flussi informatici fra gli apparecchi (i c.d. sistemi di criptazione)**[33]**.

Appare evidente, allora, che da questo punto di vista il captatore informatico si profila solo come uno strumento per intercettare: non si registrano i flussi informatici, ma direttamente le voci. Si potrebbe ritenere addirittura che si tratti di normali intercettazioni di conversazioni a distanza ai sensi dell'art. 266 c.p.p. e non già ai sensi dell'art. 266 bis c.p.p.

Sono invece diversi i problemi che si sono dovuti affrontare rispetto alle intercettazioni di conversazioni fra presenti: qui tutto si incentra sulla natura "itinerante" dell'operazione quando venga eseguita sugli apparecchi portatili. Di conseguenza, se il virus è immesso su un apparecchio fisso, non si profila questa nuova criticità. Sicché si potrebbe ritenere che l'attività sia ammissibile secondo le medesime regole che governano le intercettazioni compiute con la classica microspia collocata in certi ambienti predeterminati.

Rispetto invece all'ipotesi espressamente codificata, appare evidente un dato: attraverso il captatore informatico collocato su apparecchi portatili si consente una tipologia di intercettazione diversa da quella fra presenti, perché è un'intercettazione itinerante, e proprio questa è la sua forza e la sua criticità. Si tratta, invero, di uno strumento che consente di "pedinare le conversazioni", configurandosi quindi come altamente intrusivo. Da qui le ragioni per le quali è stato necessario calibrare accuratamente i presupposti per l'accesso allo strumento, rispetto a quelli codificati per le intercettazioni classiche.

La disciplina positivizzata infatti è tutta protesa a rincorrere la primaria esigenza di attenersi ai parametri indicati dalla Corte edu. per rendere lo strumento necessario in una società democratica.

Va infatti ricordato ancora una volta come la Corte, nell'interpretazione dell'art. 8 Cedu, valuti sempre la "necessità" dell'interferenza sul diritto fondamentale. E la necessità si compone di un

giudizio complesso che impone una triplice valutazione: “idoneità”, “sussidiarietà” e “proporzionalità in senso stretto”.

Rispetto alle intercettazioni in presenza itineranti, quindi, sono state inserite delle prescrizioni che vanno ad aggiungersi a quelle già previste (i gravi indizi, il catalogo dei reati, l’assoluta indispensabilità), e che trovano la loro ragion d’essere nel fatto che con il captatore l’interferenza dello Stato diviene assai più incidente. Sicché, all’interno del “giudizio di idoneità”, si aggiunge anche la determinazione dei luoghi e dei tempi, anche indirettamente determinati; al “giudizio di sussidiarietà” si aggiunge la valutazione sulla idoneità del mezzo rispetto alle altre forme di intercettazione”; al “giudizio di proporzionalità in senso stretto” si aggiungono le ragioni per cui nei reati della p.a. sia necessario entrare anche nel domicilio.

Viene costruito così un sistema nel quale la materia è disciplinata su tre livelli, nei quali, man mano che il legislatore aumenta la connotazione della disciplina, si determina un restringimento della possibilità di impiego dello strumento, e viceversa: il regime a bassa accessibilità (per i residui reati dell’art. 266, comma 1, c.p.p.) il regime ad alta accessibilità (per i reati dell’art. 51, commi 1-bis e 1-quater, c.p.p.), e, nel mezzo, il regime a media accessibilità (per i delitti contro la p.a. indicati nell’art. 266, comma 2-bis, c.p.p.).

Volendo mettere insieme tutti i presupposti richiesti per eseguire l’intercettazione di conversazioni tra presenti tramite captatore informatico installato su un apparecchio mobile, si devono tuttavia combinare insieme non solo i presupposti base dell’art. 267, comma 1, c.p.p. con quelli aggiuntivi delle intercettazioni richiesti per il solo captatore menzionati negli artt. 266, commi 2 e 2-bis, e 267, comma 1, c.p.p., ma è necessario anche coordinare la disciplina ordinaria del c.p.p. e quella speciale dell’art. 13 D.L. n. 152/1991 conv. dalla L. n. 203/1991. Da tale opera ricognitiva del dato normativo, emerge come siano previsti ben quattro differenti regimi giuridici. Sicché nella richiesta del p.m. e nel conseguente provvedimento del giudice occorrerà, di volta in volta, indicare quanto segue:

> per i reati di cui all’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., i requisiti previsti dal regime speciale e più permissivo delle intercettazioni di cui all’art. 13 d.l. n. 52/1991 conv. dalla l. n. 203/1991 (necessità per le indagini e sufficienti indizi), cui si devono aggiungere quelli previsti per il regime più permissivo del captatore di cui all’art. 267, comma 1, c.p.p. (la necessità della modalità rispetto alle altre forme di intercettazione);
> per i reati contro la p.a. commessi dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio puniti con pena non inferiore a 5 anni nel massimo, i presupposti previsti dal regime speciale e più permissivo delle intercettazioni di cui all’art. 13 d.l. n. 52/1991 conv. dalla l. n. 203/1991 (necessità per le indagini e sufficienti indizi), cui si devono aggiungere i requisiti previsti per il regime intermedio del captatore (necessità rispetto alle altre forme

di intercettazione, necessità di intervenire nel domicilio);
per i reati di criminalità organizzata diversi dagli artt. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., i presupposti previsti dal regime speciale e più permissivo delle intercettazioni di cui all'art. 13 d.l. n. 52/1991 conv. dalla l. 203/1919 (necessità per le indagini e sufficienti indizi), cui si devono aggiungere i requisiti previsti per il regime ordinario e più restrittivo del captatore ai sensi degli artt. 266, comma 2, e 267, comma 1, c.p.p. (attività criminale in corso di svolgimento nel domicilio, necessità della modalità rispetto alle altre forme di intercettazione, tempi e luoghi di attivazione del microfono);
per i reati base dell'art. 266 c.p.p. non ricompresi nelle precedenti ipotesi, i presupposti previsti dal regime ordinario e più restrittivo delle intercettazioni (assoluta necessità per continuare le indagini, gravi indizi di reato), cui si devono aggiungere i requisiti previsti dal regime ordinario e più restrittivo del captatore ai sensi degli artt. 266, comma 2, e 267, comma 1, c.p.p. (attività criminale in corso di svolgimento nel domicilio, necessità della modalità rispetto alle altre forme di intercettazione, tempi e luoghi di attivazione del microfono)**[34]**.

Rispetto invece alle altre potenzialità investigative dello strumento, il quadro regolamentare rimane fermo alle poche pronunce giurisprudenziali, perché non si è ritenuto – almeno per ora – di intervenire. Se il captatore viene utilizzato per eseguire videoriprese, si applica lo statuto costruito dalle Sezioni Unite Prisco**[35]**. E lo stesso deve valere se viene impiegato per scattare delle foto. Se il captatore viene utilizzato per frugare, guardare e sequestrare il materiale presente nel p.c., o comunque per spiare, il quadro giurisprudenziale è ancora ambiguo. In una recente sentenza si è parlato di attività atipica che può essere autorizzata dall'autorità giudiziaria. Ma il presupposto era che si trattava di un p.c. posto in un pubblico ufficio**[36]**. Per il resto, la giurisprudenza della Cassazione ancora tace.

Eppure, le capacità investigative del captatore sono enormi; esso infatti è uno strumento attraverso cui possono eseguirsi plurime attività investigative: ad ogni sua funzionalità corrisponde un diverso mezzo di ricerca della prova**[37]**. Non solo si configura come mezzo alternativo per compiere operazioni che vengono eseguite con altri strumenti già in uso, tipici e atipici, ma soprattutto potrebbe essere impiegato per recuperare elementi di prova con operazioni solo similari a quelle già in uso o addirittura del tutto nuove e inedite. Per esempio: similmente ad un'ispezione informatica, il captatore "guarda" all'interno del sistema, per cercare le tracce lasciate dal reato, tuttavia, è assente l'aspetto peculiare dell'ispezione perché l'attività non è palese, ma occulta; similmente ad una perquisizione informatica, il virus spia "fruga" nel sistema informatico, alla ricerca del corpo del reato o di cose pertinenti al reato, ma anche qui l'operazione è svolta all'insaputa del titolare o di chi abbia la fisica disponibilità dell'oggetto della perquisizione; similmente ad un pedinamento reale, l'agente intrusore "segue" le attività che

vengono compiute in rete (l'accesso ai social, ai più variegati siti, come quelli per gli acquisti o per le operazioni bancarie e finanziarie o per le attività informative e ludiche, consentendo così di vedere in tempo reale chi l'utente incontra in rete, cosa acquista, quali operazioni commerciali o finanziarie compie, quali documenti scarica); similmente ad un'attività di osservazione, il trojan "osserva" cosa fa l'utente nell'apparecchio (che documenti scrive, che foto scatta e/o archivia, cosa cancella, che programmi installa, che documenti salva e dove li salva); similmente al traffico esterno delle comunicazioni, l'agente "acquisisce" tutti i dati relativi agli accessi in rete (quando e dove sono avvenuti, quanto sono durati); similmente ad un sequestro probatorio, il captatore "si impossessa" del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato, ma occultamente e non già palesemente; similmente al sequestro di corrispondenza informatica, l'agente intrusore "si impossessa" della corrispondenza ricevuta (tanto se già letta, quanto se ancora chiusa), di quella spedita, di quella archiviata in bozza, oltreché di quella cancellata, ma sempre occultamente**[38]**.

Si pone allora la necessità di riflettere se sia arrivato il momento di regolare anche queste modalità investigative, proprio alla luce della giurisprudenza sovranazionale che sta invitando gli Stati a prevedere tecniche investigative idonee all'accertamento dei reati, valorizzando quindi le nuove tecnologie.

Ebbene, poiché le poliedriche attività del captatore informatico sono consentite – nessuna esclusa – da una previa installazione del virus, si potrebbe immaginare una disposizione nella quale si consenta, nel momento in cui viene richiesta l'intercettazione tramite captatore informatico, di chiedere anche l'autorizzazione a svolgere le ulteriori attività che il captatore consente. In tal modo si applicherebbe una disciplina già confezionate e che, come si è visto, mette al suo centro la necessità di tutelare la vita privata rispetto alla necessità di accertare i reati. La regolamentazione delle intercettazioni itineranti, si è appena visto, è modulata su ben quattro differenti regimi giuridici, in cui le condizioni di accesso allo strumento sono proporzionalmente calibrate su fasce di gravità di reati. Il legislatore sulla materia si è fatto carico di garantire "prevedibilità", "necessità", "idoneità" e "proporzionalità", nonché di introdurre regole antiabuso dell'autorità, prevedendo le modalità di autorizzazione e di documentazione, le cautele per assicurare l'integrità delle registrazioni, le regole sulla conservazione e cancellazione, le modalità per selezionare le registrazioni processualmente rilevanti, le condizioni per la pubblicazione del contenuto, gli interventi investigativi e sanzionatori in caso di indebita pubblicazione, le precauzioni da adottare per garantire la riservatezza degli interlocutori che siano attinti dalle intercettazioni senza aver alcun collegamento con le indagini, nonché – e non da ultimo ma anzi in via prioritaria – il diritto del

soggetto registrato di controllare la legittimità dell'operato dell'autorità.

Appare allora che per le attività atipiche del captatore tutto sia già predisposto per garantire un corretto bilanciamento dei valori contrapposti, e per dar seguito a quanto affermato dalla Corte di giustizia: «il legislatore deve prevedere le limitazioni al diritto alla vita privata anche quando senza di esse sarebbe ostacolata l'efficacia di un'indagine penale, in particolare rendendo impossibile o eccessivamente difficile l'identificazione effettiva dell'autore di un reato e l'imposizione di una sanzione nei suoi confronti», e «ciò anche quando l'atto investigativo che interferisce sulla vita privata [...] non è l'unico mezzo possibile per accertare i reati, ma di fatto senza di esso si rallenterebbero o ostacolerebbero le indagini comportando un rischio reale di impunità sistemica dei reati».

---

[1] La Corte costituzionale, in definitiva, già metteva in evidenza il modo in cui bilanciare i contrapposti interessi costituzionali coinvolti: per intercettare (ovverosia per registrare) ci deve essere una motivazione nella quale siano indicati bersagli e reati; nel processo devono essere usate solo le informazioni rilevanti affinché sia tutelata la riservatezza delle comunicazioni.

[2] La l. 8 aprile 1974, n. 98 abroga l'ultimo comma dell'articolo 226 c.p.p. vecchio codice e inserisce i nuovi artt. 266-bis, 266 ter, 266 quater e 266 quinquies; sostituisce l'art. 399; aggiunge un secondo capoverso all'art. 423, prevede che l'art 226 quinquies c.p.p. si applichi anche alle intercettazioni raccolte prima dell'entrata in vigore della legge; affida al Ministro per le poste e le telecomunicazioni, di concerto con altri Ministri, il compito di provvedere con propri decreti all'elencazione degli apparecchi idonei ad operare le intercettazioni; affida al procuratore della Repubblica la responsabilità della custodia degli strumenti di intercettazione installati presso la Procura della Repubblica.

[3] Con il già d.l. 21 marzo 1978 n. 59 convertito con modificazioni nella l. 18 maggio 1978, n. 191.

[4] Prima di tale data si sono succedute poche modifiche: la l. 23 dicembre 1993, n. 547, che ha disposto l'introduzione dell'art. 266-bis. intercettazione di comunicazioni informatiche e

telematiche; la l. 1° marzo 2001 n. 63 sul giusto processo, che ha aggiunto la valutazione indiziaria; la l. 3 agosto 2017 n. 124, che ha aggiunto l'art. 270-bis.

[5] Su cui il Csm si è espresso con delibera del 13 febbraio 2020 (Parere sul d.l. n. 1659 AS di conversione del d.l. n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni).

[6] Su cui il Csm si è espresso con il parere 20 settembre 2023 (sul disegno di legge AC 1373 di conversione del d.l. n. 105 del 2023).

[7] Su cui il Csm si è espresso con delibera del 21 febbraio 2024 (parere sul disegno di legge AS n. 808, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario).

[8] Sul tema v. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 147-173 e 295-337; G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2000, p. 99 ss.; A. Balsamo, A. Tamietti, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo – Kostoris, Giappichelli, Torino, 2008, p. 426 ss.; A.P. Casati, *Le intercettazioni*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 40.

[9] Va ricordato, in tema di regole processuali che riguardano le restrizioni della libertà, che a volte la violazione della prevedibilità è inquadrata nell'art. 8, a volte nell'art. 6 delle Convenzione.

[10] La prima pronuncia sul tema è rinvenibile in Corte edu, Sunday Times c. Regno Unito, 26 aprile 1979, § 48-49.

[11] C. edu, 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito; C. edu, 30 luglio 1998, Valenzuela Contreras c. Spagna; C. edu, 29 giugno 2006, Weber e Saravia c. Germania; Corte edu, 28 giugno 2007, Associazione per l'integrazione europea ei diritti dell'uomo e Ekimdzhiev c. Bulgaria; C. edu, 1° luglio 2008, Liberty c. Regno Unito; C. edu, 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldova; C. edu, 2

settembre 2010, Uzun c. Germania; Corte edu, 24 aprile 1990, Hurving c. Francia, §. 32; Corte edu, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia; Corte edu, 17 luglio 2003, Craxi c. Italia.

[12] Sul giudizio di idoneità nella giurisprudenza della Corte edu v. Corte edu, 13 novembre 2014, Lazariu c. Romania*;* Corte edu, 22 marzo 2012,Konstatin Markin c. Russia.

[13] Sul giudizio di sussidiarietà nella giurisprudenza della Corte EDU Corte edu, 2 settembre 2010, Uzun vs. Germania; Corte edu, 4 aprile 2000, Witold Litwa c. Polonia; Corte edu, 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito; Corte edu, 16 febbraio 2016, Soares de Melo c. Portogallo; Corte edu, 11 dicembre 2014, Hanzelkovi c. Repubblica ceca.

[14] Corte Edu, 1° luglio 2008, Liberty c. Regno Unito; Corte Edu, 13 settembre 2018, Big Brother Watch e altri c. Regno Unito.

[15] Cfr. *ex plurimis*, Corte edu, 2 settembre 2010, Uzun c. Germania, la quale si pronuncia in materia di sorveglianza attraverso l'uso di GPS; Corte edu, 4 aprile 2000, Witold Litwa c. Polonia; Corte edu, 29 gennaio 2008, Saadi c. Regno Unito; Corte edu, 16 febbraio 2016, Soares de Melo c. Portogallo; Corte edu, 11 dicembre 2014, Hanzelkovi c. Repubblica ceca.

[16] Corte edu, 30 maggio 2017, Trabajo Rueda c. Spagna.

[17] Corte edu, 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia, Corte edu, 30 luglio 1998, Contreras c. Spagna, §. 46; Corte edu, 24 aprile 1990, Huving c. Francia, §. 34; Corte edu, Kruslin c. Francia, §. 35; Corte edu, 16 dicembre 1997, Camenzind c. Svizzera, §. 44 e s.; Corte, edu, grande camera, 4 dicembre 2015, Roman Zakharov c. Russia, §. 227 e ss; Corte edu, grade camere, 16 febbraio 2000, Amman c. Svizzera, §. 61 e s.

[18] Corte edu, Coban c. Spagna, 26 settembre 2006, in riferimento al traffico di stupefacenti.

[19] Corte edu, Xe Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985, §. 22 e ss.; Soderman c. Svezia, 12 novembre 2013, §. 78-85, M.G. C. c. Romania, 15 marzo 2016, 54 e ss.

[20] Corte EDU, 2 marzo 2009, K.U. c. Finlandia, § 49.

[21] Corte di giustizia, 30 aprile 2024, C-670/22,

[22] Corte di giustizia, 30 aprile 2024, C-670/22,

[23] Sulla riforma v. G. Amato, *La regola sulla restrizione dei tempi non danneggia l'iter investigativo*, in *Guida al diritto*, 2025, f. 15, p. 17-21; G. Cascini, *Durata massima delle intercettazioni (45 giorni: l. n. 47/2025 e nuovo art. 267, co. 3 c.p.p.): tra problemi interpretativi, irrazionalità e incongruenze)*, in *Sistema penale*, 3 giugno 2025; C. Gittardi, *Legge 31.3.2025 n° 47 in materia di limite massimo di durata delle intercettazioni. Alcuni problemi applicativi… nel "silenzio della legge"*, in *Giustizia insieme*, 29 aprile 2025.

[24] Come è noto, sono state le Sezioni unite della Cassazione (Cass. pen, Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51) a delineare lo statuto della circolazione delle intercettazioni, vista la difficoltà esegetica dell'art. 270 c.p.p. che regola tale possibilità. Le Sezioni unite, richiamando tre notissime sentenze della Corte costituzionale, hanno ritenuto che il diritto inviolabile della "libertà" delle comunicazioni comprenda non solo il "divieto di impedir", ma anche il diritto di non "essere turbati nelle conversazioni". Tale turbamento deriverebbe dalla consapevolezza, in capo a ciascuno, delle conseguenze di un'eventuale intercettazione: tutto quello che si dirà sarà processualmente utilizzabile. Sicché è necessario contenere tale turbamento, limitando il normale uso dei risultati delle intercettazioni solo a ciò che è oggetto del provvedimento motivato, altrimenti vi sarebbe un'inammissibile autorizzazione in bianco. Si viene così a profilare un "binomio" fra reati indicati nel provvedimento di autorizzazione e uso processuale delle informazioni. Da questo deriva che il significato di "stesso procedimento" deve essere trovato nell'esistenza di un "legame sostanziale" fra il reato oggetto dell'autorizzazione e le informazioni che si raccolgono e che non attengono al reato autorizzato: si deve trattare di informazioni relative a reati connessi. In tal modo è come se il decreto di autorizzazione si riferisca anche a questi perché, a ben vedere, i reati connessi costituiscono un tutt'uno: è come se fossero, dal punto di vista del diritto sostanziale, un unico reato. In tal modo si circoscrive quel turbamento, contenuto essenziale della libertà delle conversazioni. Da tale presa di posizione,

deriva che oggi la circolazione probatoria delle intercettazioni ai sensi dell'art. 270 è sottoposta ad un triplice regime: il "normale uso" delle intercettazioni nello "stesso procedimento" in cui sono state legittimamente attivate con la previa autorizzazione (intendendosi per stesso procedimento la connessione dei reati ex art. 12 c.p.p.); il "divieto generale" di uso delle intercettazioni nei "procedimenti diversi" (ovverosia non connessi) da quello in cui sono state preventivamente autorizzate; le "deroghe al divieto" e dunque l'uso eccezionale dei risultati delle registrazioni anche nei "procedimenti diversi" da quello in cui sono state disposte. La deroga, in particolare, riguarda i procedimenti che abbiano ad oggetto i reati inseriti nella lista di fattispecie per cui è consentito l'arresto in flagranza obbligatorio. La giurisprudenza delle Sezioni unite ha anche precisato che il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. non opera con riferimento ai reati che risultino connessi, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 c.p.p.» (Cass. pen, Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, cit.). Una regola in parte diversa per la circolazione probatoria è prevista per le intercettazioni eseguite tramite captatore informatico, dal punto di vista delle eccezioni al divieto di uso in altri procedimenti (comma 1-bis dell'art. 270 c.p.p.). Da una parte, infatti, visto il richiamo al primo comma, tali peculiari intercettazioni possono essere usate sia nel "medesimo procedimento", ovverosia per la prova dei reati connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p., sempre che siano intercettabili, sia nei procedimenti diversi per i reati in cui è previsto l'arresto in flagranza obbligatorio; inoltre, ai sensi del comma 1-bis, l'impiego è ammesso in tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto i reati in cui è sempre consentito l'uso del captatore ai sensi dell'art. 266, comma 2-bis, c.p.p., quindi anche per i delitti dove l'impiego del captatore avviene secondo uno statuto che possiamo definire ad alta accessibilità (ovvero i delitti previsti dall'art. 51, commi 1-bis e 1-quater, c.p.p.) o secondo quello che possiamo definire come statuto a media accessibilità (ovvero i delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblici servizi in cui è prevista la pena della reclusione non inferiore a 5 anni).

[25] Dal punto di vista procedimentale, l'acquisizione delle intercettazioni nel diverso procedimento avviene secondo le regole generali: avviso di deposito ai difensori, possibilità di

accedere all'archivio per consultare i verbali e ascoltare le registrazioni, nonché di consultare i provvedimenti di autorizzazione e di proroga, selezione del materiale rilevante e ammissione, anche concordata dello stesso. Quanto al vaglio di ammissibilità, esso è invece più severo rispetto alle regole ordinarie degli art. 189 e 190 c.p.p. Ai sensi dell'art. 270, comma 1, c.p.p., le intercettazioni devono essere indispensabili e non superflue; ai sensi dell'art. 270, comma 1-bis, c.p.p., in riferimento a quelle eseguite con il captatore informatico, devono essere invece indispensabili. Si tratta di due giudizi positivi che in realtà collimano, richiedendo l'indispensabilità che risulti provata sia la pertinenza ai temi del processo che la non sovrabbondanza rispetto alle altre prove già a disposizione. Si tratta di prescrizioni già previste in altre ipotesi dal nostro sistema (per l'integrazione probatoria in udienza preliminare, per i poteri istruttori del giudice in dibattimento, per la rinnovazione istruttoria in appello). Come negli altri casi già regolati, esse trovano giustificazione nella circostanza che nel diverso procedimento già potrebbero essere stati acquisiti altri atti di indagine o altre prove; di conseguenza, la valutazione sulla rilevanza e superfluità andrà effettuata anche alla luce di questi dati di cui si abbia eventualmente la disponibilità.

[26] Che va ad aggiungersi a quelle già evidenziate in R. Aprati, *Tre premesse sulla circolazione probatoria delle intercettazioni telefoniche*, in *Giustizia insieme*, 2 giugno 2022, 1-17.

[27] Il principio del *fair play* evoca la questione relativa all'utilizzabilità o meno nel processo di prove che sono frutto di "trappole", di "inganni", di "insidie". Il tema è stato oggetto di una particolare attenzione solo rispetto a quella peculiarissima forma investigativa costituita dalle operazioni sotto copertura. In tale contesto, la Corte edu ha sancito l'inutilizzabilità delle prove raccolte dall'agente provocatore, ovverosia di chi sia stato determinante nella decisione di commettere il reato. In pratica è contraria all'equo processo, al *fair play*, la circostanza di determinare qualcuno a delinquere e poi usare contro di lui la testimonianza di chi lo ha convinto a delinquere: si tratta del c.d. *intrapment* (C. edu, 4 novembre 2010, Bannikova c. Russia; C. edu, 21 febbraio 2008, Pyrgiotakis c. Grecia; Corte edu, 5 febbraio 2008 Ramanauskas c. Lituania; C. edu, 21 marzo 2002, Calabrò c. Italia e Germania; C. edu, 9 giugno 1998, Teixeira de

Castro c. Portogallo). La Cassazione si è subito adeguata a tale indirizzo interpretativo, sostenendo che «è inutilizzabile la prova acquisita dall'agente infiltrato che abbia determinato l'indagato alla commissione di un reato e non quella acquisita con l'azione di mero disvelamento di una risoluzione delittuosa già esistente, rispetto alla quale l'attività dell'infiltrato si presenti solo come occasione di estrinsecazione del reato» (Cass., sez. V, 4 febbraio 2020 – 14 aprile 2020, n. 12204, Giannone in *C.E.D. Cass*., n. 278730).

[28] Parere Csm 20 settembre 2023 (sul disegno di legge AC 1373 di conversione del d.l. n. 105 del 2023).

[29] Parere Csm 20 settembre 2023 (sul disegno di legge AC 1373 di conversione del d.l. n. 105 del 2023).

[30] Corte EDU, 2 marzo 2009, K.U. c. Finlandia, § 49.

[31] Corte di giustizia, 30 aprile 2024, C-670/22.

[32] Per un approfondimento sulle modalità tecniche di funzionamento del captatore informatico si veda: L. Cuomo, *La prova digitale,* in Canzio – Luparia (a cura di), *Prova scientifica e processo penale,* Giappichelli, Torino, 2018, p. 274 ss. e R. Brighi, *Funzionamento e potenzialità investigativa del* malware*,* in Giostra – Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 211 ss.; Id, *Requisiti tecnici, potenzialità e limiti del captatore informatico. Analisi sul piano informatico-forense,* in Giostra – Orlandi (a cura di), *Revisioni normative,* Giappichelli, Torino, 2021, p. 231 ss.

[33] Sul tema, per un inquadramento generale v. Cfr. R. Aprati, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico,* in *Cassazione penale,* 2021, p. 441-458; S. Signorato, *Modalità procedimentali dell'intercettazione tramite captatore informatico,* in Giostra – Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni*, cit., p. 253 ss., S. Signorato, *Rimodulazioni normative nell'uso investigativo del captatore informatico*, in Giostra – Orlandi (a cura di), *Revisioni normative,* cit., p. 319 ss. S. Signorato, *Intercettazioni di comunicazioni,* in Orlandi – Seminara (a

cura di), *Una nuova legge contro la corruzione*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 252 ss.; M. Torre, *Il captatore informatico dopo la legge cd. "Spazzacorrotti"*, in *Dir. pen. proc*., 2019, p. 652 ss.; A. Camon, *Il cavallo di Troia in Cassazione,* in *Arch. n. proc. pen.,* 2017, p. 197 ss.; R.E. Kostoris, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in Ruggieri – Picotti (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 179; A. Capone, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi, in Cass. pen.*, 2017, p. 1267, M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali,* Giuffrè, Milano, 2017, p. 12 s.; G. Amato, *Captatore informatico, una disciplina difficile da ricostruire, in Guida al diritto*, 2020, 13, p. 41; D. Curtotti, W. Nocerino, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in Baccari-Bonzano – La Regina – Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Milano, 2017, 560 ss.; C. Conti, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo,* in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1210 ss. L. Cusano – E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni,* Giuffrè, Milano, 2020, p. 413 ss.; L R. Orlandi, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 545; G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni,* in *Sist. pen.,* 2020, 1, p. 47 ss.; G. Santalucia,*Delitti dei c.d. colletti bianchi e intercettazioni tra presenti su dispositivo portatile: termine iniziale di efficacia delle nuove disposizioni*, *ivi*, 2020, 4, p. 1 ss.

[34] La Corte di cassazione aveva dato origine ad un ulteriore regime giuridico del captatore informatico, riservato ai procedimenti aventi ad oggetto ipotesi di mero concorso di persone nei delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare le associazioni di stampo mafioso, in quanto aveva ritenuto che queste fattispecie non potessero essere ricondotte alla nozione di criminalità organizzata (Cass., sez. I, 30 marzo 2022, n. 348, cit.). La categoria considerata era stata esclusa del tutto dalle previsioni dell'art. 13 D.L. n. 52/1991 conv. dalla L. n. 203/1991, sicché avrebbe dovuto transitare, se si fosse confermata la regola giurisprudenziale, nella disciplina ordinaria prevista dal codice. Si era così introdotto, a cascata, anche un quinto regime giuridico del captatore: quello relativo ai reati dell'art. 51,

comma 1-bis e 1-quater, c.p.p. che non rientrano nel concetto di criminalità organizzata. Ad esso si sarebbero dovute applicare le regole ordinarie e più restrittive delle intercettazioni (assoluta necessità per continuare le indagini e gravi indizi di reato), combinate insieme a quelle più permissive del captatore (necessità rispetto alle altre forme di intercettazione). Ma a questa interpretazione si è risposto con il d.l. n. 105/2023 conv. con modificazioni in l. n. 137/2023: il provvedimento ha inserito, nella lista dei reati previsti dall'art. 13 D.L. n. 52/1991 conv. dalla L. n. 203/1991, proprio le ipotesi escluse dalla giurisprudenza. In tal modo si è opportunamente sbarrata la strada alla possibilità che tale orientamento giurisprudenziale potesse consolidarsi, magari addirittura con un intervento delle Sezioni unite.

[35] Cass., Sez. VI, 26 maggio 2006, n. 27100, Musumeci, in *C.E.D. Cass*., n. 265655; Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, n. 26795, in *C.E.D. Cass*., n. 234269.

[36] Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso, in *C.E.D. Cass.*, n. 246954.

[37] V. A. Aprati, *Prime riflessioni sull'assetto normativo del captatore informatico*, cit., p. 441 ss.

[38] Tale multiforme attività è complessivamente denominata "perquisizioni *on-line*", a sua volta bipartita in *online search* e *on-line surveillance*. Sul punto v. A. Balsamo, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea,* in *Cass. pen.*, 2016, p. 2274; C. Conti-M. Torre, *Spionaggio informatico nell'ambito dei* social network, in Aa.Vv., *Le indagini atipiche,* Giappichelli, Torino, 2014, p. 325 ss.; S. Marcolini, *Le cosiddette perquisizioni* on line, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855 s.; S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 292.