



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. 2

(ESTRATTO)

PASQUALE COSTANZO

**LE INTERCETTAZIONI DELLE COMUNICAZIONI
INTERPERSONALI (UN VADEMECUM COSTITUZIONALE)**

23 MAGGIO 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Pasquale Costanzo

Le intercettazioni delle comunicazioni interpersonali (un vademecum costituzionale)*

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Una certa idea di segretezza: i dati esteriori delle comunicazioni.* – 3. *Le garanzie costituzionali: la riserva di giurisdizione.* – 4. *Le garanzie costituzionali: la riserva di legge.* – 5. *Effetti derivati e limiti della protezione costituzionale.* – 6. *Privacy, riservatezza, segretezza, crittografia ...*

1. *Premessa.*

Alcuni recenti drammatici avvenimenti hanno rilanciato, su scala internazionale, la complessa e delicata questione delle intercettazioni delle comunicazioni interpersonali, le cui dinamiche da tempo coinvolgono anche le applicazioni legate alla digitalizzazione del segnale verso cui, peraltro, il fenomeno della convergenza multimediale sta in pratica orientando tutto il sistema della comunicazione.

Sulle due sponde dell'Atlantico, infatti, particolarmente la tecnica crittografica, quale efficace strumento di protezione della segretezza dei contenuti comunicativi, ma nello stesso tempo robusto ostacolo alle intercettazioni investigative, è stata messa sotto accusa nei funesti accadimenti delle stragi terroristiche del 13 novembre 2015 a Parigi¹ e dell'attentato di San Bernardino, località nei pressi di Los Angeles, il 2 dicembre del medesimo anno. In entrambi i casi la reazione delle autorità preposte ha coinciso con una sorta di dichiarazione di guerra alla tecnologia in questione, trascorrendosi, peraltro, in una generalizzazione dei problemi tale da dare adito al sospetto che si volesse cogliere l'occasione per rendere più trasparente la vita delle persone².

In maniera (fortunatamente) meno angosciata, nell'ultimo scorcio dell'anno passato, la questione della disciplina delle intercettazioni è tornata al centro dell'interesse anche nel nostro Paese, anche se con riguardo, per vero, ad un profilo specifico: quello, cioè, del regime della diffusione di dati già intercettati, mostrandosi comunque la varietà di sfaccettature che il problema è in grado di esibire e la pluralità di soggetti, anche estranei all'atto investigativo, che vi possono essere coinvolti³ (nel passato, del resto, erano stati già affacciati il profilo della liceità o dell'abuso del ricorso a certe intercettazioni e quello più politico dell'opportunità stessa di farvi luogo in determinate circostanze⁴).

In questa temperie politico-giuridica, la sollecitazione ad una rimessa a fuoco del quadro assiologico-costituzionale in cui il fenomeno delle intercettazioni va a collocarsi viene qui raccolta, sia pure con il peculiare intento di muoversi essenzialmente lungo l'asse della giurisprudenza della

*Traccia rielaborata della lezione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura il 9 maggio 2015.

¹ “[Le chiffrement a empêché la détection des attentats de Paris, selon la NSA](#)”: così titolava esemplarmente il sito telematico del prestigioso quotidiano francese *Le Monde* del 16 febbraio 2016.

² La vicenda americana ha visto l’FBI riuscire nell’intento di sbloccare l’iPhone dell’attentatore di San Bernardino, senza il supporto della Apple, ma con l’aiuto di un *hacker* particolarmente abile. “Fin dall’inizio abbiamo contestato la richiesta dell’FBI di costruire una *back-door* nell’iPhone credendo fosse sbagliato e un pericoloso precedente – ha commentato il colosso di Cupertino -. Questo caso non avrebbe mai dovuto essere aperto. Crediamo profondamente che le persone negli Usa e in tutto il mondo abbiano il diritto alla protezione di dati, sicurezza e *privacy*. Sacrificare un principio in nome di un altro pone le persone e i paesi in una posizione di maggiore rischio” (v. in *ilmessaggero.it* del 29 marzo 2016).

³ V. particolarmente la delega prevista all’art. 30 del d.d.l. recante modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena.

⁴ Si tratta di vicende sufficientemente note, che non infrequentemente hanno costellato la storia delle istituzioni nel nostro Paese (ad es., cfr. P. COSTANZO, *Nuove tecnologie informative e antiche saghe nazionali*, in *Diritto pubblico*, 2007, 891 ss.)

Corte costituzionale, tentando di comporre una sorta di vademecum in una materia presidiata, com'è noto, da principi e regole di livello costituzionale⁵.

2. Una certa idea di segretezza: i dati esteriori delle comunicazioni.

Prescindendo, per le sue prevalenti implicazioni di sistema, da quanto statuito nella [sentenza n. 1 del 2013](#)⁶ a proposito delle intercettazioni anche casuali concernenti il Capo dello Stato⁷, la più recente delle pronunce della Corte costituzionale che sembra maggiormente interessare è, dunque, la [sentenza n. 188 del 2010](#)⁸.

La decisione, benché afferente anch'essa all'ambito delle guarentigie costituzionali, si segnala non solo per il rafforzamento del *trend* giurisprudenziale riguardante l'acquisizione dei dati esteriori ad una comunicazione telefonica, ma sembra aggiungervi un nuovo tassello. Più nel dettaglio, la Corte ha, dunque, innanzi tutto ricordato come, almeno a partire dall'ormai storica [sentenza n. 81 del 1993](#)⁹, anche a questo tipo di dati, sia stata riconosciuta la garanzia di cui ragiona l'art. 15 Cost., concernente infatti “non soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa all'identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa”. La riconferma ha riguardato anche il fatto per cui “il riconoscimento e la garanzia costituzionale della libertà e della segretezza della comunicazione comportano l'assicurazione che il soggetto titolare del corrispondente diritto possa liberamente scegliere il mezzo di corrispondenza, anche in rapporto ai diversi requisiti di riservatezza che questo assicura sia sotto il profilo tecnico, sia sotto quello giuridico. E non v'è dubbio che, una volta che una persona abbia prescelto l'uso del mezzo telefonico, vale a dire l'utilizzazione di uno strumento che tecnicamente assicura una segretezza più estesa di quella riferibile ad altri mezzi di comunicazione (postali, telegrafici, etc.), ad essa, in forza dell'art. 15 della Costituzione, va riconosciuto il diritto di mantenere segreti tanto i dati che possano portare all'identificazione dei soggetti della conversazione, quanto quelli relativi al tempo e al luogo dell'intercorsa comunicazione”. In aggiunta, però, la Corte ha voluto rimarcare come i tabulati delle conversazioni telefoniche non solo consentano di apprendere e individuare tutti i contatti con altre utenze e la loro collocazione temporale, ma, nel caso di telefonia mobile, potrebbero anche permettere di effettuare il cosiddetto “tracciamento”, vale a dire le localizzazioni e gli spostamenti dei soggetti detentori del terminale telefonico. Evidentemente, la garanzia costituzionale non è rimasta insensibile all'*appeal* della convergenza digitale ...¹⁰.

⁵ Il metodo adottato non vale ovviamente a mettere in secondo piano altri profili della complessiva fisionomia della libertà e della segretezza delle comunicazioni interpersonali, per i quali pertanto si rinvia alla nutrita letteratura in argomento.

⁶ La questione, com'è noto, ha riguardato la disciplina della distruzione delle intercettazioni di comunicazioni casuali aventi come uno degli interlocutori il Capo dello Stato.

⁷ Si veda, volendo, la mia *Postilla in Rassegna Parlamentare*, 2013, 243 ss.

⁸ Cfr. a commento della pronuncia, D. PICCIONE, *Utilizzazione di tabulati telefonici nei confronti dei componenti delle Camere e potere di giudicare la “decisività” del mezzo di ricerca della prova per lo svolgimento delle indagini*, in *Giur. cost.*, 2010, 2236 e ss.

⁹ Cfr. a commento della pronuncia, S. DI FILIPPO, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, 107 e ss.

¹⁰ Anche il divario lessicale tra le Carte novecentesche, a cui appartiene la nostra Costituzione, ed i più recenti testi nella materia si appalesa significativo: ad es., nella cd. Carta di Nizza non si parla più specificamente di corrispondenza, ma più ampiamente di comunicazione. Più generalmente, il progresso tecnologico sembra anche aver reso più difficile reperire un netto discrimine tra la libertà di comunicazione e la libertà di manifestazione del pensiero, tradizionalmente individuato nella diversa destinazione delle notizie e delle opinioni che s'intendono tutelare: nel caso della comunicazione interpersonale, destinatari predeterminati, in quello della diffusione, una pluralità indeterminata di soggetti. Di qui l'importanza attribuita alle caratteristiche tecniche del mezzo, che devono risultare idonee, nella prima ipotesi, a mantenere la segretezza del messaggio (ad es. posta e telefono), e, nella seconda, ad esaltare, al contrario, la sua connotazione informativa (i vari media). Tuttavia, una particolare attenzione è stata riservata al fatto che il fenomeno della convergenza tecnologica sembra aver messo in crisi la distinzione basata sull'utilizzo di un certo strumento comunicativo piuttosto che di un altro. Sicché, sembrerebbe conservare la sua validità come criterio distintivo il solo

La complessiva presa di posizione della Corte sui dati esteriori delle comunicazioni non si è sottratta, com'è noto, alle critiche di autorevole dottrina¹¹, sul presupposto dell'ingiustificata omologazione ai fini di garanzia tra contenuti comunicativi e dati dell'utenza, anche se può darsi atto che, nella giurisprudenza costituzionale, ragionandosi del regime delle intercettazioni dei parlamentari, una differenza sostanziale è stata in realtà chiaramente colta, tanto che, per fare un esempio oltremodo significativo, l'autorizzazione prevista nell'art. 68, comma 3, Cost., riguarderebbe solo i primi e non i secondi ([sentenza n. 390 del 2007](#))¹², mentre, ancor prima, la Corte aveva ripetutamente respinto l'idea della necessaria equiparazione di garanzie legislativo-procedurali tra le due situazioni ([sentenza n. 281 del 1998](#))¹³.

3. Le garanzie costituzionali: la riserva di giurisdizione

Se la giurisprudenza d'esordio della rassegna vale a segnare una preliminare delimitazione dell'oggetto della garanzia, un'altra osservazione che se ne può ricavare è che, al fine di stabilire l'esatta portata delle garanzie costituzionali per l'attività comunicativa, un filo doppio lega, nell'elaborazione del giudice costituzionale, i due articolati, diversi e sistematicamente distanti, degli

carattere dell'intersoggettività della comunicazione, su cui, del resto, la stessa Corte ha fatto perno nella sua giurisprudenza (è stato, ad es., il caso della [sent. n. 1030 del 1988](#)). Nondimeno, anche questo dato pare mostrare qualche incrinatura sempre alla luce dell'evoluzione tecnologica: e ciò già a partire dalla comparsa della televisione via cavo, in cui, tra l'altro, i destinatari del messaggio sono definiti, venendo meno la caratteristica della circolarità televisiva. Il quadro è sembrato ancor più complicarsi con i cd. servizi televisivi evoluti, quali *pay-tv*, *pay per view*, *near video on demand*, *video on demand*, ecc., talché, per pervenire, anche in questi casi a soluzioni costituzionalmente orientate, i criteri distintivi proposti sono stati quelli della pubblicità e della unidirezionalità del messaggio che caratterizzerebbero la manifestazione rispetto alla comunicazione (ricavo letteralmente gran parte di queste notazioni soprattutto da P. LOGROSCINO, *Libertà di comunicazione e convergenza multimediale*, Bari, ried. parz., 2008, 90 e ss., nonché da C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) del 21 ottobre 2013, 20). Vale comunque la pena di rammentare come la legge penale (artt. 616 comma 4, 617-*quater*, *quinquies* e *sexies* c.p.) e la giurisprudenza sembrino impegnate a ad un continuo aggiornamento della definizione di corrispondenza in dipendenza degli avanzamenti tecnologici: si pensi al fax, alle mail, agli SMS, agli MMS, ai flussi di dati digitalizzati in genere).

Si noti come la stessa tecnologia sia valsa ad ampliare non solo il raggio di tutela della segretezza della comunicazione, ma persino quello della libertà, ad es., ricostruendo lo spamming come una violazione del diritto a non essere disturbati nell'atto comunicativo (art. 130 del Codice della privacy) mediante l'intasamento della casella di posta per via di un massiccio *spam*.

Un singolare incrocio tra le due libertà aveva caratterizzato già nella [sent. n. 92 del 1979](#) la diffusione della stampa, allorché la Corte negò che il provvedimento del "non inoltrare" di giornali o stampe inviate per corrispondenza prevista all'art. 11 del Codice postale del 1973, potesse rientrare tra le autorizzazioni o le censure vietate dall'art. 21 Cost. nei confronti della libertà di stampa: e ciò per un duplice motivo, attinente l'uno alla non fungibilità strutturale tra il "non inoltrare" disposto dal magistrato e le figure della 'autorizzazione e delle censura; l'altro per la loro diversa offensività, considerata dice la Corte "l'amplissima portata connaturale a questi ultimi, che è preclusiva di ogni libertà di stampa".

¹¹ Cfr. A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?* in *Giur. cost.*, 1993, 742 e ss.; e ID. *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2000, 784 e ss.

¹² Sulla pronuncia, cfr. V. GREVI, *Sui limiti di utilizzabilità delle intercettazioni "indirette" (casuali e non casuali) operate nei confronti di un membro del Parlamento*, in *Giur. cost.*, 2007, 4385 e ss., R. ROMBOLI, *Intercettazioni parlamentari: entra la corte*, in *Il Foro it.*, 2008, I, 15 ss.

¹³ Sulla pronuncia, cfr. E. APRILE, *L'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico è possibile solo in esecuzione di un decreto motivato del Pubblico ministero*, in *Il nuovo diritto*, 1998, 885-6 e A. LONGO, *Il regime processuale dei dati esterni alla comunicazione: un problema ancora aperto*, in *Giur. it.*, 1999, 2006 e ss. Come è stato efficacemente rilevato: "Le intercettazioni hanno caratteristiche operative e funzionali assolutamente non accostabili all'acquisizione delle informazioni che appartengono al fatto storico della comunicazione. Vi è una differente forza invasiva nella ricerca dei due mezzi di prova che pare giustificare anche una diversa intensità di garanzia" (cfr. D. CALDIROLA e D. IACOVELLI, *Sistema dei controlli e responsabilità del provider*, in M. CUNIBERTI (cur.), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione*, Milano, 2008, 108).

artt. 15 e 68, comma 3 Cost.¹⁴, dato che quest'ultimo, al di là del suo contesto d'eccezione, manifesta anche in via generale potenzialità ermeneutiche per il fenomeno delle intercettazioni¹⁵.

È all'impianto dell'art. 15 Cost., tuttavia, che la Corte ha principalmente guardato per mettere a fuoco il quadro delle garanzie costituzionali, traendone postulati normativi affatto determinanti. In questo senso, a ragione si continua a ricordare come *leading case* la [sentenza n. 34 del 1973](#)¹⁶, quantunque la giurisprudenza sia andata successivamente affinandosi. In quell'occasione, infatti, con modi peraltro alquanto didascalici, la Corte ha rilevato come l'art. 15 della Costituzione non si limiti a proclamare l'inviolabilità della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, ma enunci anche espressamente che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». Da qui l'osservazione, forse scontata, ma nondimeno fondamentale, per cui, nel precetto costituzionale trovano, nel contempo, protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost. (e qui si noti come la clausola dell'inviolabilità riesca, oltre che ad omologare sullo stesso piano assiologico libertà comunicativa, personale e domiciliare, anche a configurare come universale la stessa titolarità del diritto) e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso incontestabilmente oggetto di protezione costituzionale.

Ma agli interessi fanno da contrappunto le garanzie. In primo luogo: la riserva di giurisdizione.

Di estrema importanza è la riflessione che traspare dal ragionamento della Corte, che non sembra arrestarsi alla dimensione procedurale (in quanto riflettente l'esigenza di un intervento imparziale e qualificato), ma si interessa anche ai profili concreti della garanzia (si potrebbe parlare di riserva di giurisdizione rinforzata ...¹⁷), stabilendo che, del corretto uso del potere attribuitogli, il giudice deve

¹⁴ Non riguarda propriamente il nostro ragionamento la presenza nel testo costituzionale del lemma "comunicazione" nel comma 3 dell'art. 117 Cost., così come novellato dalla revisione costituzionale del Titolo V del 2001, che attribuisce alla competenza concorrente delle Regioni l'ordinamento appunto della comunicazione. V'è, in questo caso, sufficiente consenso che la formula faccia riferimento alla regolamentazione delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, mentre è da escludersi, a motivo della riserva di legge assoluta che vi presiede, qualche concorrenza tra legge regionale e la legge statale in ordine disciplina della libertà e della segretezza delle comunicazioni interpersonali (si noti, peraltro, come il progetto di revisione costituzionale appena approvato dalle Camere recuperi, nell'art. 31, anche la materia della comunicazione all'esclusiva competenza statale).

¹⁵ Se quanto finora considerato ha consentito la messa a fuoco delle coordinate costituzionali nella nostra materia (forse val la pena di ricordare *per incidens* come l'allineamento della legislazione ordinaria con i principi repubblicani può dirsi operata col codice postale del 1973 e la legge sulle intercettazioni del 1974), la partecipazione a talune organizzazioni e accordi internazionali e sovranazionali impone di non considerare esclusive tali coordinate. Ciò vale con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 8, riecheggiando l'art. 12 della Dichiarazione universale ONU, stabilisce il diritto al rispetto della corrispondenza, a motivo del particolare valore parametrico riconosciuto a tale Convenzione nelle note [sentenze nn. 348 e 349 del 2007](#) della Corte costituzionale. D'altro canto, non c'è stato bisogno di aspettare l'intervento della Consulta perché la Corte di Strasburgo condannasse l'Italia per violazione appunto dell'art. 8 Cedu in una nutrita serie di decisioni a motivo del previgente art. 18 ord. pen. ritenuto insufficiente come base legale per il controllo della corrispondenza dei detenuti (ad es., [Ospina Vargas c. Italia](#) (2004), [Madonia c. Italia](#) (2004), [Musumeci c. Italia](#) (2005), [Asciutto c. Italia](#) (2008): sul punto, C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, cit. 17). Appartiene invece alla dimensione sovranazionale l'affermazione del diritto di ciascuno, recata dall'art. 7 della Carta di Nizza, al rispetto delle sue comunicazioni. Pur se la formula si presenta assai generica, e la garanzia della riserva di legge va, in questo caso, ricavata dalla clausola generale dell'art. 52 che vi aggiunge l'obbligo per la legge stessa sia di rispettare il contenuto essenziale del diritto, sia di procedere, nel caso di eventuali limitazioni, secondo un principio di proporzionalità. A completamento di questa succinta rassegna degli strumenti internazionali a tutela della libertà di comunicazione può ancora citarsi l'art. 17 del Patto sui diritti civili e politici, che, però come la dichiarazione ONU già menzionata, è affetto da condizionamenti: mentre la Dichiarazione universale, infatti, non ha pieno valore vincolante, il Patto presenta meccanismi applicativi blandi come il monitoraggio e le raccomandazioni agli Stati inadempienti (cfr. M. R. ALLEGRI, *Informazione e comunicazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Torino, 2012, 6).

¹⁶ Cfr. V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Giur. cost.*, 1973, 317 e ss.

¹⁷ Cfr., analogamente, P. COSTANZO, *Le nuove forme di comunicazione in Rete: Internet*, in R. ZACCARIA (cur.), *Informazione e telecomunicazione* (nel *Trattato di diritto amministrativo* diretto da in G. SANTANIELLO), Padova, 1999, 351 s.

fornire contestualmente prova con una adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo. Ne deriva, come sembra di poter intendere, soprattutto l'importanza del carattere "proporzionale" dell'iniziativa del giudice, da valutarsi sulla base sia dell'effettiva strumentalità rispetto alle contingenti, concrete e gravi esigenze di giustizia, sia della continenza temporale con riferimento alla durata stabilita delle intercettazioni (da cui, ancora, l'efficacia puntuale della singola autorizzazione, destinata ad consumarsi in se stessa, così che un'eventuale proroga necessiterebbe di una nuova concreta e motivata giustificazione).

Ancora in altri termini e se si condividono queste osservazioni, può dirsi che la riserva di giurisdizione istituita dall'art. 15 Cost. esibisca, analogamente alla riserva di legge, un duplice aspetto. Da un lato, infatti, esige, più classicamente, che non difetti l'intervento dell'autorità giudiziaria (un esempio è fornito dalla [sent. n. 100 del 1968](#), che ha accolto le censure mosse all'art. 13 del Codice postale che autorizzava l'Amministrazione postale a non dar corso in determinate circostanze alla corrispondenza senza l'intervento dell'autorità giudiziaria e senza neppure l'obbligo di fare ad essa immediato rapporto in ordine alla corrispondenza fermata, così che solo il fermo temporaneo in vista del provvedimento giurisdizionale di convalida previsto con la legge n. 1114 del 1966 viene ritenuto costituzionalmente compatibile¹⁸). Dall'altro lato, la riserva in parola reclama, non solo la presenza del provvedimento giurisdizionale¹⁹, ma anche una sua peculiare conformazione, costituendo la motivazione dello stesso provvedimento "il livello minimo di garanzia prefigurato dal citato precetto costituzionale per la limitazione del diritto in questione, allo scopo di assicurare un equo temperamento fra il diritto stesso e l'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, oggetto anch'esso di protezione costituzionale" ([sent. n. 320 del 2009](#))²⁰. Per altro verso ancora, la "mancanza del provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria comprometterebbe, altresì, il diritto di difesa (art. 24 Cost.), poiché solo grazie alla motivazione di detto provvedimento il soggetto ignaro, coinvolto nel procedimento penale, sarebbe posto in grado di verificare la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria, anche per quel che attiene al «momento esecutivo»: «momento» che parimenti rientra – come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella [già menzionata] [sentenza n. 34 del 1973](#) – nell'ambito delle garanzie previste dall'art. 15 Cost.".

4. *Le garanzie costituzionali: la riserva di legge*

Anche la riserva di legge sembra suscitare riflessioni che vanno oltre le dinamiche più note della garanzia. Alla legge, infatti, la Carta fondamentale non pare qui tanto interessata a demandare la fissazione dei casi in cui l'interferenza nella comunicazione interpersonale potrebbe essere autorizzata, quanto piuttosto la definizione di ulteriori (rispetto all'intervento del magistrato) modalità garantistiche.

Sicché se parrebbe rilasciata alla discrezionalità del legislatore, ovviamente senza pregiudizio di altri valori costituzionali, l'identificazione delle fattispecie penali abilitanti l'avvio di

¹⁸ Non può non convenirsi, ragionando di questo esempio, sul fatto che la giurisprudenza costituzionale, rendendo autonome tra loro le due garanzie costituzionali della libertà, da un lato, e della segretezza dall'altro, abbia sortito l'effetto di autorizzare, per quanto riguarda evidentemente solo la prima, l'intervento in via d'urgenza dell'amministrazione, accomunando la garanzia in questione a quelle degli artt. 13 e 14 Cost.

¹⁹ Circa la specifica autorità interveniente, si rammenti come nella [sent. n. 98 del 1976](#), la concentrazione nel procuratore della Repubblica del potere di autorizzare le intercettazioni telefoniche anche per i procedimenti penali pretorili venne giustificata in prospettiva di garanzia, per rendere cioè più facilmente controllabile e più omogenea - in un campo così delicato che investe diritti di libertà costituzionalmente tutelati (artt. 15, primo comma; 21, primo comma) - l'iniziativa dell'indagine a fini di giustizia e, insieme, quello di evitare possibili amplificazioni del suo esercizio)

²⁰ Certo, si potrebbe osservare, circa l'obbligo di motivazione, come l'art. 15 duplici l'art. 111, comma 6, Cost., che impone già la motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali. Non pare tuttavia inutile dato che la caratteristica sistematiche dell'art. 111 specie nel vecchio più conciso testo potrebbe far riferire la previsione ai soli provvedimenti decisori adottati nell'ambito del processo.

intercettazioni²¹, la chiamata in causa di garanzie sembra rendere ineludibile la previsione degli incombenti atti a scongiurare ogni abuso: a partire dalla sindacabilità dello stesso atto di autorizzazione delle intercettazioni, passando attraverso la segretezza del loro contenuto in ragione dei soggetti o della fase processuale interessata, fino alla sanzione dell'inutilizzabilità del materiale non pertinente da destinarsi all'eliminazione²².

Non meno delicato si rivela, però, l'aspetto sostanziale-definitorio. Di ciò la Corte è pienamente cosciente, tanto che è ancora la *vexata quaestio* delle intercettazioni parlamentari ad offrire ad essa l'occasione per chiarire la differenza tra intercettazioni dirette, indirette e casuali, come può rilevarsi sia nella menzionata [sent. n. 390 del 2007](#), sia nelle successive due del 2010, [nn. 113](#) e [114](#)²³. Si è trattato qui, detto in estrema sintesi, di impedire il prodursi surrettizio a favore di soggetti non parlamentari di una situazione di immunità in contrasto non solo col parametro dell'eguaglianza, ma anche con quello della razionalità intrinseca della scelta legislativa, dato che per neutralizzare gli effetti della diffusione di conversazioni di un parlamentare casualmente intercettate, si sarebbe rischiato di delineare un meccanismo integralmente e irrimediabilmente demolitorio. In tale quadro, assunte come *dirette* le intercettazioni effettuate su utenze o in luoghi riferibili ad un parlamentare, e come *indirette* quelle che, pur operate su utenze o in luoghi nella disponibilità di terzi, mirano comunque a captare le comunicazioni del soggetto politico, sono considerate «casuali» o «fortuite» (e quindi sottratte all'operatività dell'art. 68 Cost.) solo le captazioni avvenute occasionalmente nel corso di intercettazioni che hanno come destinataria una terza persona²⁴. È però alla Suprema Corte che la Consulta riconosce, per così dire, il *copyright* nella definizione della stessa attività investigativa in parola: nella [sent. n. 320 del 2009](#)²⁵ si ha infatti l'adesione alla concettualizzazione operata nella [sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 28 maggio 2003-24 settembre 2003, n. 36747](#), secondo cui per «intercettazione» deve intendersi unicamente l'apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione da parte di soggetti estranei al colloquio, non rientrando, pertanto, in tale nozione la registrazione di un colloquio, tanto telefonico che tra presenti, effettuata da una delle persone che vi partecipano o ammesse ad assistervi: in tale ipotesi, mancherebbe infatti la lesione del diritto alla segretezza della comunicazione.

5. Effetti derivati e limiti della protezione costituzionale

Se, dunque, le patologie sui versanti di entrambe le riserve sarebbero idonee a precludere un qualsiasi uso come indizio o come prova di intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente se non – come ammonisce la Corte – a costo di una gravissima menomazione di un diritto «riconosciuto e garantito», sempre il rischio di elusione delle garanzie previste nell'art. 15 Cost. ha indotto la Corte

²¹ Anche ad accedere, peraltro, ad una posizione più estrema, deducendo dal disposto dell'art. 15 comparato a quello dell'art. 13 la piena discrezionalità non del legislatore, ma del giudice nella scelta dei casi, l'intervento legislativo non sarebbe né vietato né inutile in quanto potrebbe valere a circoscrivere appunto la discrezionalità operativa del giudice.

²² Sul punto, A. SPERTI, *La libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni tra vecchie e nuove prospettive di tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Il rispetto delle regole. Scritti degli allievi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 21. In proposito la Corte non esita anche a farsi carico delle problematiche concernenti le modalità di predisposizione e allocazione degli impianti di intercettazione ([ordinanza n. 259 del 2001](#)) (anche se si mostrerà sempre tiepida nei confronti del progresso tecnologico nel settore: cfr. [ordd. nn. 209](#) e [443 del 2004](#)).

²³ Su tale giurisprudenza, cfr. L. FILIPPI, *La Consulta distingue tra intercettazioni fortuite e mirate nei confronti del parlamentare e ammonisce contro le motivazioni «implausibili»*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1273; D. NEGRI, *Intonazioni lontane dalla sentenza capostipite, nella coppia di pronunce con cui la Corte costituzionale riprende il tema delle intercettazioni «indirette» relative a parlamentari*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2707.

²⁴ Rileva in materia anche l'[ord. n. 263 del 2010](#), su cui cfr. C. CESARI, *Sulle intercettazioni a carico dei parlamentari, si consolida una linea esegetica densa di incognite*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3994

²⁵ Sulla decisione, cfr. L. MILANI, *Ancora irrisolto il problema della riconducibilità delle captazioni operate dall'«agente attrezzato per il suono» alla disciplina delle intercettazioni nel corso delle indagini*, in *Giur. cost.*, 2009, 4834 e ss.; e M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, in *Giur. cost.*, 2009, 4823 e ss.

a rigettare anche l'ipotesi di un'eventuale utilizzazione del risultato di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per cui erano state legittimamente operate, dal momento che una tale circostanza si risolverebbe in «un'inammissibile autorizzazione in bianco» a disporre le intercettazioni, con conseguente lesione della «sfera privata» legata al riconoscimento del diritto inviolabile di libertà di comunicazione e al connesso dovere di riservatezza incombente su tutti coloro che per ragioni d'ufficio vengano a conoscenza di fatti inerenti a quella sfera ([sent. n. 63 del 1994](#)). Anche se, nella medesima occasione, la Corte non ha esitato a far discendere la liceità di tassative previsioni legislative di utilizzo di intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, individuandovi “indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e alla segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono”.

Non è questa, peraltro, l'unica circostanza in cui siffatto bilanciamento è sembrato squilibrarsi, indebolendo le garanzie della libertà comunicativa dei singoli, dato che, almeno a partire dal *leading case* recato dalla [*ridetta*] [sent. n. 34 del 1973](#), in diverse occasioni la Corte ha mostrato di ritenere recessiva tale libertà di fronte all'interesse pubblico costituito dalle esigenze di giustizia²⁶. Tra queste vanno ricordate almeno le sentenze

- [n. 366 del 1991](#), secondo cui, tra l'altro, se la conoscenza di fatti astrattamente qualificabili come illeciti penali che venga acquisita attraverso intercettazioni legittimamente autorizzate o, all'interno del medesimo procedimento, per altri reati, non impone al P.M. l'inizio di un procedimento, però certamente gli consente di procedere ad accertamenti volti ad acquisire nuovi elementi di prova sulla cui base soltanto potrà successivamente proporre l'azione penale²⁷;

- [n. 372 del 2006](#), relativa al tempo prescritto per la conservazione dei dati comunicativi, secondo cui più in generale la tutela del diritto alla riservatezza può subire variazioni in rapporto all'esigenza concreta – purché costituzionalmente protetta – posta a raffronto²⁸;

- [n. 173 del 2009](#), relativa dalla disciplina sulla distruzione dei risultati delle intercettazioni effettuate da parte del GIP, che ha costretto la Corte a qualche equilibrismo²⁹,
e l'ordinanza

- [n. 443 del 2004](#), in merito alla disciplina delle intercettazioni preventive, nel cui ambito la compressione della libertà comunicativa non è neppure più giustificata dall'avvenuta commissione di reati, ma dall'intento di prevenirli; mentre le garanzie, a cui la Corte ha dato avallo, finiscono per consistere nel divieto di utilizzabilità diretta dei contenuti intercettati in procedimenti penali³⁰

²⁶ Da queste fattispecie, è agevole dedurre un più generale principio per cui limitazioni alla libertà in parola potrebbero trovare giustificazione e, se del caso, convalida davanti al giudice delle leggi allorché si tratti di proteggere altri interessi di rango parimenti costituzionale (per talune, non sempre pacifiche, fattispecie, cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, 3a ed., Torino, 2011, 356 e s.).

²⁷ Cfr. G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel procedimento penale*, in *Il foro it.*, 1992, 3257 e ss.

²⁸ Cfr. C. PANNACCIULLI, *Profili costituzionali delle intercettazioni di comunicazioni tra inadeguatezza del legislatore e discrezionalità del giudice*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 20. Sulla decisione, cfr. ancora M. DE BELLIS, *La disciplina della acquisizione dei tabulati telefonici nel suo sviluppo normativo e giurisprudenziale*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2008, 23 e ss.; E. Bassoli, *Acquisizione dei tabulati vs. privacy: la data retention al vaglio della Consulta*, in *Diritto dell'Internet*, 2007, 237 e ss.; L. CORDI, *Diritto alla privacy ed acquisizione di tabulati telefonici: repressione e garanzia nel crocevia tra Consulta e legislatore*, in *Diritto penale e processo*, 2007, 595 e ss.

²⁹ Cfr., C. CONTI, *Intercettazioni illegali: la Corte Costituzionale riequilibra un bilanciamento “claudicante”*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 195 e ss.; C. CESARI, *Su captazioni e dossiers illeciti, un intervento non risolutivo*, in *Giur. cost.*, 2009, 3537 e ss.; C. MARINELLI, *Le “intercettazioni illegali” al vaglio della Corte costituzionale: prospettive e limiti di un intervento conservativo*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2009, 2051 e ss.; e M. VILLANI, *La distruzione del corpo del reato all'esame della Corte: spunto per una riflessione sul rapporto tra sanzioni processuali e diritti sostanziali*, in *Giur. cost.*, 2009, 1936 e ss.

³⁰ Si rammenti che le operazioni investigative sono autorizzate dal solo Procuratore della Repubblica senza convalida del giudice.

In senso diverso può invece leggersi la sentenza

- [n. 336 del 2008](#), con cui è stata dichiarata illegittima la mancata disponibilità da parte del difensore della trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare³¹;

mentre una certa ambivalenza presenta la sentenza

- [n. 149 del 2008](#)³², che ha peraltro confermato la [sent. n. 135 del 2002](#)³³, sul regime delle registrazioni di immagini all'esterno di una privata dimora emarginato in via di principio dalla Corte dell'ambito di operatività dell'art. 15 Cost. quanto al regime di tale prova atipica, fuori dai casi, s'intende in cui la captazione comprenda anche il contenuto di comunicazioni: ciò che non potrebbe far risorgere le garanzie dell'art. 15 Cost.

6. Privacy, riservatezza, segretezza, crittografia ...

In conclusione, la sintetica rassegna giurisprudenziale, oltre alla diversità di piani su cui il problema delle intercettazioni di comunicazioni interpersonali può esser affrontato, può aver fatto intendere quanto sia talvolta stretto e forse inestricabile l'intreccio tra dati qualificabili oggettivamente e genericamente come comunicativi e quei dati specifici e soggettivamente caratterizzati definiti come "personali" dalla normativa sulla *privacy*.

Problematica, questa, che rinvia a due aspetti che certamente era difficile mettere in conto al momento della redazione della Carta costituzionale, ossia *a*) un'*actio finium regundorum* tra segretezza, riservatezza e *privacy* nell'ambito delle comunicazioni, e *b*) tornando sulle osservazioni iniziali, l'uso della crittografia.

a) Circa il primo aspetto, è abbastanza noto che, di un diritto alla riservatezza, a differenza, ad es., della Carta europea dei diritti dell'uomo, la Costituzione repubblicana non parli, talché è stato compito e merito della giurisprudenza, particolarmente della Cassazione, enuclearne la nozione e la natura nell'ordinamento italiano. Per non rievocare anche qui vicende assai note, rileva piuttosto il fatto che, al fine di offrire alla riservatezza, una collocazione ed un'esigenza di tutela di rango costituzionale, si sia fatto appello agli artt. 2 e 3 della Costituzione, quindi in via indiretta, ragionando, rispettivamente, sulla protezione della personalità umana e sulla dignità che a ciascuno deve essere assicurata. Del resto, il tentativo di una fondazione più esplicita del diritto non sembra poter andare oltre giustificazioni di settore, quali, esemplarmente, appunto la protezione della segretezza della corrispondenza recata dall'art. 15 Cost., senza riuscire a comporre un quadro unitario, rinviando al massimo ancora indirettamente, attraverso figure sintomatiche, all'esistenza di un *prius* assiologico.

Per quanto riguarda, poi, la nozione di segretezza, sembra palmare la sua divergenza da quella di riservatezza. Non coincidenza, ma neanche reciproca sussumibilità essendo, quella di segreto, nozione più rigorosa rispetto a quella di riservato e, quella di riservato, non commensurabile con quella di segreto. Del resto, più pianamente, è stato bene osservato, anche con riferimento all'altra figura chiamata in causa dell'inviolabilità domiciliare, come non vi sia un sicuro interesse del soggetto a tenere segreti tutti gli eventi che si verificano nell'ambito spaziale del domicilio o siano affidati a mezzi riservati di comunicazione, mentre è dubbio che gli artt. 14 e 15 Cost. possano rilevare per la problematica della riservatezza, poiché direttamente finalizzate ad impedire non l'indebita divulgazione di notizie riservate ma, più precisamente, il loro apprendimento.

³¹ Cfr. E. N. LA ROCCA, *Misure cautelari e diritto all'ascolto delle intercettazioni*, in *La Giustizia penale*, 2008, 323 e ss.

³² Cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.*, 2008, 1832 e ss.

³³ Cfr. A. LONGO, *Le garanzie costituzionali delle intercettazioni visive: un'occasione mancata per la Corte*, in *Giur. cost.*, 2002, 2208 e ss.; S. MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà "sotto-ordinata"?* in *Giur. cost.*, 2002, 1076 e ss.; e A. PACE, *Le videoregistrazioni "ambientali" tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2002, 1070 e ss.

Dimodoché, anche indipendentemente da una più precisa messa a fuoco delle due nozioni, sembra di poterne comunque affermare la distinzione e la reciproca autonomia.

Assumendo, *comme il faut*³⁴, sotto la nozione di *privacy* la sola esigenza di tutela dei dati personali (alla loro rilevazione alle successive vicende, specie diffuse, che possono caratterizzarli), risulta evidente come ci si collochi ancora su un piano diverso rispetto a qualsiasi forma di confidenzialità comunicativa. Per non parlare di situazioni addirittura opposte quali si verificano allorché i dati da proteggere siano comunque giù usciti dalla sfera del loro interessato, la cui mira quindi resta soltanto quella di seguirli nella loro allocazione, uso ed esattezza (si è icasticamente ragionato di *habeas data*)³⁵.

Un dinamico punto di incrocio tra tutte queste nozioni può invece essere rinvenuto nel fenomeno delle intercettazioni, in cui i dati, anche se legittimamente appresi, non sono comunque sottratti alla tutela che la *privacy* offre ad essi. Chiarissimi in questo senso sono gli interventi del Garante per la *privacy*, particolarmente il provvedimento del 18 luglio 2013 con cui (in disparte le successive proroghe) con cui il Garante, ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. c), del Codice della *privacy*, ha prescritto alle Procure della Repubblica di apportare alcune modificazioni e integrazioni alle misure di sicurezza in relazione ai trattamenti di dati personali svolti, anche tramite la polizia giudiziaria o soggetti terzi, nell'ambito delle predette attività di intercettazione³⁶. Anche se, sul punto, non può che convenirsi con lo stesso Garante che, elogiando le linee guida sulla gestione delle intercettazioni, adottate dal Procuratore della Repubblica di Torino, ha sottolineato come nessuna norma, di per sé sola, potrebbe mai garantire il migliore equilibrio tra i vari diritti in gioco, in assenza di un'etica e deontologia professionali capaci di tracciare il limite (non scolpito nella legge ma da ricercare di volta in volta, in concreto) oltre il quale il doveroso esercizio di una funzione essenziale quale quella informativa, magistratuale o difensiva, non può spingersi; e concludendo che "Su questo terreno si gioca una delle partite più importanti per la nostra democrazia: è necessario che ciascuno, per parte sua, vi fornisca il proprio contributo"³⁷.

Comunque sia, del rilievo delle distinzioni operate (e a futura memoria, se si vuole, del nostro giudice di costituzionalità), sembra eloquente testimonianza [la dec. del Conseil constitutionnel n. 556 QPC dell'anno in corso](#), pur verificando positivamente lo scrupolo del legislatore nel circondare di adeguate le misure di polizia attivabili nello stato ordinamentale dell'emergenza, ha invece accolto la questione relativa alla violazione del diritto alla vita privata nel caso di acquisizione dei dati informatici in quanto, tra l'altro, operabile senza l'intervento del giudice anche in assenza di accertamento di una qualunque violazione.

b) Dal secondo profilo ci sembra che emerga naturale soprattutto il quesito se esista e se sì fino a che punto un diritto individuale a crittografare: che è come chiedersi se, sotto la garanzia costituzionale della segretezza, possa rientrare anche questa situazione, compresa quella del ricorso all'anonimato in Rete per comunicare.

Una posizione coerente con i principi finora enucleati dalla giurisprudenza costituzionale non sembra in grado di identificare motivi concludenti per ritenere illecito l'uso di tecniche crittografiche per proteggere il valore costituzionale della segretezza delle comunicazioni soprattutto quando esse avvengano con strumenti tecnologici particolarmente vulnerabili (analogamente potrebbe dirsi per l'anonimato). Per converso, lo stesso art. 15 Cost., se vale ad autorizzare una disciplina costituzionalmente orientata delle intercettazioni, può anche valere ad autorizzare gli inquirenti a cercare di scardinare il grimaldello crittografico.

³⁴ Anche se è vero che lo stesso termine di *privacy* sembra rinviare all'idea di riservatezza e di vita privata, l'equivoco in cui non infrequentemente s'incorre nel linguaggio giornalistico e comune, almeno tra gli addetti ai lavori, dovrebbe considerarsi dissipato.

³⁵ Sulla reciproca delimitazione tra segretezza e *privacy*, v. C. CARUSO, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni nell'ordinamento costituzionale*, cit., 7 e 18.

³⁶ V. il "Provvedimento in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle Procure della Repubblica" del 18 luglio 2013, in <http://194.242.234.211/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2551507>.

³⁷ In un intervento sul *Il Messaggero* del 17 febbraio 2016

Che è ciò che esattamente successo nella vicenda di Apple. Il problema tuttavia sembra ancora un altro in quanto, sempre per restare su tale vicenda, la chiave segreta è sconosciuta sia per Apple, sia per il proprietario dell'*iPhone*, così che non resta che testare tutte le possibili combinazioni di codici segreti per sbloccare il cellulare (cd. attacco di «forza bruta»)³⁸. Quindi non è tanto l'accesso alla chiave di cifratura segreta a sembrare decisivo, dato che la legge potrebbe (provare ad) imporre con le garanzie previste dall'art. 15 Cost., in nome di esigenze di sicurezza individuale e collettiva, a chi ne ha il possesso di rilasciare la chiave di decrittazione, quanto la capacità tecnica di interfacciarsi con l'*iPhone* per verificare automaticamente tutte le combinazioni disabilitando le protezioni quando nessuno detiene quella chiave. Questo sembra tecnicamente possibile solo per il costruttore che, pertanto, già in partenza, dovrebbe sviluppare una versione specifica di *software* che gli permetta di corrispondere alla richiesta della chiave.

Resterebbe in ogni caso da risolvere la questione dell'efficacia di una simile disciplina nei confronti di un costruttore straniero (il divieto d'importazione dei cellulari non in regola non risolverebbe lo stesso il problema), che potrebbe non avere interesse alla cosa in quanto un cellulare accessibile legittimamente dagli inquirenti sarebbe anche esposto all'azione degli *hacker* con importanti ricadute sul fatturato. Forse, come è naturale nel mondo delle tecnologie informatiche, accordi internazionali potrebbero costituire un quadro più efficace.

Come s'intende, mentre la tecnologia avanza con velocità impressionante³⁹ la materia sembra ancora tutta da approfondire sotto il profilo giuridico, tenendo però sempre ferma la circostanza per cui non si tratta solo di una questione processuale, ma prima ancora di sistema (democratico), essendovi coinvolto quel diritto fondamentale intorno a cui sono ruotate le presenti osservazioni⁴⁰.

³⁸ Vi è l'ulteriore problema per cui *iPhone* consente questa operazione per un periodo di tempo di un'ora, mentre dopo 10 tentativi falliti tutti i dati vengono completamente cancellati. Desumo la maggior parte di queste informazioni da *FBI–Apple encryption dispute*, in Wikipedia (https://en.wikipedia.org/wiki/FBI-Apple_encryption_dispute).

³⁹ Esempio di questa rincorsa tra fatto e diritto è la nuova applicazione (per *chat*) *Telegram* che utilizza la crittografia per proteggere le comunicazioni e prevede l'opzione di “autodistruzione” dei propri contenuti.

⁴⁰ Sulla configurazione nei termini di un diritto fondamentale della libertà comunicativa interpersonale, cfr. A. SPERTI, *La libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, cit., 88 e s.