

Il Volume contiene una robusta interpretazione dell'intera disciplina dedicata alla materia: dinanzi ad un quadro scomposto di linee giurisprudenziali e di prassi devianti, prevale un approccio capace di fronteggiare problematiche antiche e nuove. Si tratta di una prospettiva che, però, non salva l'analisi critica circa l'effettività della recente riforma sul terreno della riservatezza dei soggetti coinvolti, apparente vessillo politico dell'intervento legislativo; proprio qui, anzi, emerge una discutibile torsione nel criterio di bilanciamento tra interessi: i compilatori curano l'efficacia dello strumento investigativo a discapito delle libertà individuali.

TERESA BENE è Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

ISBN 978-88-6611-731-5



9 788866 117315

€ 35,00



T. Bene (a cura di) L'intercettazione di comunicazioni

1

GIUSTIZIA PENALE DELLA POST-MODERNITÀ

1

Collana diretta da

A. Scafati - T. Bene - A. De Caro - G. Di Chiara - G. Garuti - S. Lorusso - M. Menna - N. Triggiani - D. Vigoni



## L'INTERCETTAZIONE DI COMUNICAZIONI

a cura di  
Teresa Bene

CACUCCI  EDITORE  
BARI

In copertina: Clara Luiselli, *Sospensione del giudizio, Installation view* dal Tribunale della Mente, Basilica di Santa Maria Maggiore, Piazza Duomo, Città Alta, Bergamo, 2012.





*GIUSTIZIA PENALE DELLA POST-MODERNITÀ*

1

**L'INTERCETTAZIONE  
DI COMUNICAZIONI**

*a cura di*

Teresa Bene

CACUCCI  EDITORE  
BARI

*GIUSTIZIA PENALE DELLA POST-MODERNITÀ*

**Direzione**

A. Scalfati - T. Bene - A. De Caro - G. Di Chiara - G. Garuti -  
S. Lorusso - M. Menna - N. Triggiani - D. Vigoni

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2018 Cacucci Editore - Bari  
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220  
<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

# INDICE

Gli autori	11
Premessa	13

## LA RIFORMA PARZIALE (E IL GORILLA INVISIBILE)

di TERESA BENE

1. Le coordinate del progetto	15
2. Il potere legislativo e le circolari delle procure della Repubblica	17
3. Le scelte del legislatore delegato	18
4. Il delicato rapporto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria	19
5. La resilienza del difensore	20
6. La nuova sequenza procedimentale e le persistenti prassi distorsive	21
7. Riservatezza e Direttiva 2016/680/UE	22
8. La circoscritta disciplina dell'uso del captatore informatico	23

## LA GIURISPRUDENZA EUROPEA

di DONATELLA CURTOTTI

1. La delega governativa in materia di intercettazioni e l'adeguamento agli <i>standard</i> CEDU	25
2. La disciplina compiuta: il d.lgs. 236/2017. La disaffezione ai principi di procedura penale europea	30

## PARTE PRIMA

### DISCIPLINA TRADIZIONALE E RECENTI INNESTI LEGISLATIVI

#### I PRESUPPOSTI APPLICATIVI

di PAOLA MAGGIO

1. Uno sguardo d'insieme	37
2. Legalità probatoria e sanzioni penali	40
3. La tutela della segretezza delle conversazioni con il difensore	44

4. I nuovi presupposti delle intercettazioni per i reati contro la pubblica amministrazione e per l'utilizzo dei captatori informatici	46
5. La selezione delle conversazioni rilevanti	51
6. Il deposito: modalità e tempistica	56
7. Il superamento del modello dell'udienza stralcio	58
8. <i>Segue</i> : la disciplina nel caso di sussistenza di una richiesta cautelare	62
9. I persistenti nodi problematici	66

## LE INTRUSIONI *INTER PRAESENTES*

di TERESA ALESCI

1. L'ambito delle intercettazioni tra presenti	69
2. I presupposti applicativi. La presenza di più persone	70
2.1 Il <i>locus</i> della conversazione captata. La declinazioni di "privata dimora"	72
2.2 Lo svolgimento dell'attività criminosa	76
3. Le modalità esecutive: dalla microspia al captatore informatico	77
4. Le novità introdotte dal d. lgs. 216/2017. L'uso del captatore informatico nei procedimenti per reati di criminalità organizzata	79
4.1 <i>Segue</i> : ... e nei procedimenti per i reati contro la pubblica amministrazione	80
5. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni ambientali in altro procedimento	82

## LA CAPTAZIONE DI FLUSSI INFORMATICI

di MARIA LUCIA DI BITONTO

1. Lineamenti generali	85
2. Ambito di applicabilità	89
3. Dati esterni delle comunicazioni e intercettazione di flussi	92

## LE DEROGHE ALLA DISCIPLINA CODICISTICA

di FRANCESCA RUGGIERI

1. Introduzione: l'art. 6 d.lgs. n. 216/2017	95
2. L'attuale disciplina delle intercettazioni in caso di delitti gravi contro la pubblica amministrazione	97
3. Il sistema delle "intercettazioni in deroga"	100
4. Provvedimenti captativi, reati contro la pubblica amministrazione e giudizio di bilanciamento	107

## PROVEDIMENTI E MOTIVAZIONE

di EGLE PILLA

1. Premessa	111
2. Inquadramento sistematico	112
3. Motivazione e presupposti nel decreto autorizzativo	113
4. Il ruolo della motivazione nel decreto autorizzativo e nei decreti di proroga	115
5. La motivazione <i>per relationem</i>	117
6. La motivazione del decreto emesso ai sensi dell'art. 268 comma 3- <i>bis</i> c.p.p.	119
7. Nuovi obblighi motivazionali e disciplina del captatore informatico	120
8. L'inosservanza dell'obbligo di motivazione dei decreti autorizzativi	122

LA NUOVA PROCEDURA DI SELEZIONE  
DELLE COMUNICAZIONI RILEVANTI

di FRANCESCO CAPRIOLI

1. Due basilari innovazioni	125
2. L'acquisizione al fascicolo delle indagini e i suoi effetti	129
3. Segretezza e pubblicabilità delle intercettazioni	131
4. Un modello ingegnoso ma parzialmente fuorviante: la "circolare Spataro"	137
5. Una procedura selettiva a tre stadi	145
6. <i>Segue</i> : Il criterio decisorio	150
7. <i>Segue</i> : L'inclusione del rilevante	152
8. <i>Segue</i> : L'esclusione dell'irrilevante	161
9. La selezione nell'incidente cautelare	164

ESIGENZE DI RISERVATEZZA: CONSERVAZIONE, MODALITÀ  
DI STESURA DELLE ORDINANZE E ACQUISIZIONE  
DEL CAPTATO OLTRE LE INDAGINI PRELIMINARI

di ANDREA NOCERA (par. 1-4) e PAOLO DI GERONIMO (par. 5-9)

1. La conservazione della documentazione	169
2. <i>Segue</i> : la distruzione delle registrazioni	174
3. La redazione dei provvedimenti cautelari	176
4. La trascrizione delle intercettazioni	180
5. Il diritto di esame e copia delle intercettazioni in sede cautelare	182
6. Le acquisizioni di intercettazioni in fase di udienza preliminare	185
7. Le acquisizioni di intercettazioni in fase di giudizio	187

8. La tutela della riservatezza in fase dibattimentale	189
9. L'omessa previsione di sanzioni processuali ed il rischio di "disapplicazione" della riforma	190

### L'ASCOLTO DEI COLLOQUI TRA IMPUTATO E DIFENSORE

di ROSA GAIA GRASSIA

1. Premessa	193
2. Le comunicazioni tra indagato e difensore: il " <i>punctum dolens</i> " della disciplina delle intercettazioni e i tentativi di risoluzione giurisprudenziale	194
3. I mutamenti apportati dall'atteso intervento legislativo	201
4. Considerazioni e criticità ancora esistenti	204

### LA QUESTIONE DELL'IMMUNITÀ PARLAMENTARE

di GIAMPIERO BUONOMO

1. Premessa	209
2. Il segreto professionale	210
3. La sentenza costituzionale sul caso Martinat	213
4. Le sentenze sulle intercettazioni del Quirinale e sul ricorso Genchi	217
5. Il rimedio di cui all'articolo 271 c.p.p.	222

### L'INUTILIZZABILITÀ DEI RISULTATI

di NOVELLA GALANTINI

1. La disciplina della inutilizzabilità tra requisiti sostanziali e formali	227
2. I requisiti di ammissibilità inerenti le categorie dei reati	228
3. Le condizioni applicative <i>ex art.</i> 267 c.p.p.	230
4. Le diverse metodologie	234
5. I requisiti di esecuzione	237
6. Epilogo	241

**PARTE SECONDA**  
**LE AVANGUARDIE TECNOLOGICHE**

LA DISCIPLINA DEL “CAPTATORE INFORMATICO”

di LUIGI GIORDANO

1. Premessa	247
2. Le prime decisioni sul tema	250
3. La sentenza delle Sezioni unite “Scurato”	252
4. <i>Segue</i> : ... e la nozione di criminalità organizzata	256
5. <i>Segue</i> : ... i riflessi sulla giurisprudenza successiva	257
6. La legge delega n. 103 del 2017	259
7. La riforma dell’art. 266 c.p.p.	262
8. <i>Segue</i> : l’uso del “captatore informatico” per le indagini relative ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione	264
9. Il provvedimento autorizzativo	265
10. Il decreto d’urgenza del pubblico ministero	269
11. Il ricorso ad ausiliari di polizia giudiziaria	270
12. La spendibilità dei risultati in un procedimento “diverso”	271
13. Inutilizzabilità e distruzione	275
14. Le modifiche alle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale	277
15. “ <i>On line surveillance</i> ”, tra intercettazione, perquisizione e sequestri	279

LA NOMOFILACHIA ‘CREATRICE’ IN  
MATERIA DI VIDEORIPRESE

di CLELIA IASEOLI

1. Il giudice/legislatore	285
2. L’indeterminatezza dell’enunciato normativo	288
3. La triplice classificazione delle Sezioni unite e le diverse forme probatorie	290
4. L’abuso della prova atipica: le videoriprese sui luoghi di lavoro	294
5. L’inviolabilità come fonte della regola di esclusione probatoria	297

## LE FATTISPECIE “ATIPICHE” E L’IMPIEGO PROCESSUALE

di PAOLA FELICIONI

1. Le indagini informatiche occulte ad alto contenuto tecnologico: un difficile inquadramento giuridico	303
2. La graduale consapevolezza della capacità intrusiva delle indagini occulte da remoto: la scelta minimalista del legislatore del 2017	310
3. La delimitazione dell’atipicità in base alle funzioni del captatore informatico	315
4. Le coordinate costituzionali ed europee del bilanciamento tra esigenza di difesa sociale e tutela della sfera intima della persona	319
5. Le fattispecie apparentemente atipiche tra intercettazioni telematiche e sequestro di documenti digitali o di corrispondenza elettronica	330
a. <i>L’acquisizione della corrispondenza elettronica</i>	331
b. <i>L’acquisizione delle chat whatsapp e messenger</i>	337
6. Le fattispecie atipiche: l’intrusione informatica da remoto	339
a. <i>La perquisizione on line in senso stretto (on line search)</i>	339
b. <i>L’ispezione on line (on line surveillance)</i>	340
7. Captazione di comunicazioni e monitoraggio della persona da remoto: il principio di non sostituibilità	341

## L’ELEMENTO DELL’EXTRATERRITORIALITÀ

di FRANCESCO VERGINE

1. Extraterritorialità delle intercettazioni ed instradamento	345
2. Le critiche alla tecnica dell’instradamento	350
3. Assistenza giudiziaria tra gli Stati dell’Unione Europea in materia di intercettazioni: dalla Convenzione di Bruxelles all’Ordine europeo di intercettazione	352
Indice bibliografico	365

## Gli autori

- TERESA ALESCI, *Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*
- TERESA BENE, *Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*
- GIAMPIERO BUONOMO, *Consigliere parlamentare – Capo archivio storico del Senato della Repubblica*
- FRANCESCO CAPRIOLI, *Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Torino*
- DONATELLA CURTOTTI, *Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Foggia*
- MARIA LUCIA DI BITONTO, *Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Camerino*
- PAOLO DI GERONIMO, *Magistrato – Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*
- PAOLA FELICIONI, *Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Firenze*
- NOVELLA GALANTINI, *Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Milano*
- LUIGI GIORDANO, *Magistrato – Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*
- ROSA GAIA GRASSIA, *Dottoranda di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi politici e diritti fondamentali – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*
- CLELIA IASEVOLI, *Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Napoli Federico II*
- PAOLA MAGGIO, *Ricercatore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Palermo*
- ANDREA NOCERA, *Magistrato – Capo dell’Ispettorato generale del Ministero della Giustizia*
- EGLA PILLA, *Magistrato – Tribunale di Napoli*
- FRANCESCA RUGGIERI, *Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università degli Studi dell’Insubria, Como – Varese*
- FRANCESCO VERGINE, *Professore ordinario di Diritto processuale penale – Università Lum Jean Monnet di Casamassima (BA).*



## Premessa

Il Volume inaugura una Collana che mira a sottolineare la crisi della giustizia penale, non si sa bene quanto transitoria e, comunque, non reversibile nei termini di un ritorno al passato.

Vige un'epoca giudiziaria estremamente fluida – che riflette una fase “liquida” dell'assetto politico-sociale – dove la disciplina normativa si presenta instabile e l'interpretazione delle norme è disancorata da quadranti definiti; al legislatore disorientato, la cui filiazione bizantina è accentuata da fonti multilivello, si unisce la prassi creativa, sintomo evidente del fatto che la separazione di poteri appartiene alla storia.

Si sgretola il principio di legalità e i suoi corollari, pietra angolare dei diritti fondamentali della persona.

Non è un caso che il primo Volume sia dedicato alla disciplina delle intercettazioni, strumenti potenti quanto invasivi, il cui largo impiego rivela l'incontenibile bisogno d'intrusione nelle vite degli altri.

La L. 23 giugno 2017, n. 103 ha delegato il Governo a riformare il settore, contemplando prescrizioni che incidano anche sul loro impiego nel corso del procedimento cautelare e che «diano una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale (...) nel rispetto del contraddittorio delle parti»; nella seconda parte, la delega prevede principi e criteri relativi alla disciplina delle captazioni tra presenti effettuate mediante marchingegni virali immessi in dispositivi elettronici portatili.

Il legislatore, sottraendosi ad una riforma complessiva della disciplina, è intervenuto soprattutto su alcuni nodi in punto di tutela della riservatezza, senza risparmiare taluni inasprimenti investigativi quanto ai delitti contro la Pubblica amministrazione e all'uso dei captatori informatici.

Sul piano generale, tuttavia, emerge che le soluzioni adottate nel d.lgs. n. 216 del 2017 determinano uno scivolamento delle garanzie individuali insieme ad una dubbia attuazione pratica della riforma.

Il Volume, nel suo complesso, tende a sottolineare questo doppio profilo di fondo, senza però sottrarsi al prevalente obiettivo di fornire una robusta interpretazione del dato positivo; al contempo offre, dinanzi ad un quadro scomposto di linee giurisprudenziali e di prassi devianti, un approccio capace di fronteggiare problematiche antiche e nuove legate alla materia. Una prospettiva che, però,

non salva l'analisi critica circa l'effettività della riforma sul terreno della riservatezza dei soggetti coinvolti, apparente vessillo politico dell'intervento legislativo; proprio qui, anzi, emerge una discutibile torsione nel criterio di bilanciamento tra interessi: i compilatori s'interessano all'efficacia dello strumento investigativo a discapito dei diritti fondamentali dell'accusato.

In prospettiva metodologica, il Volume va oltre l'indagine della trama normativa riformata, attraversando la disciplina delle intercettazioni nella sua interezza, allo scopo di ritessere le fila dell'intero settore, dai presupposti di ammissibilità ai limiti d'impiego giudiziale.

30 giugno 2018

AS TB