



La riforma delle intercettazioni: punti critici e profili di incostituzionalità.

*di Sergio Ricchitelli**

1. Il sistema delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni delineato nel codice di procedura penale italiano vigente dal 24 ottobre 1989 è stato plurimamente integrato nel corso degli anni da una congerie di disposizioni normative, funzionali ad adattarne l'impianto alle mutate esigenze sociali ed investigative¹.

Si pensi per tutte alla legge 20 giugno 2003, n.240 in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato; alla legge – sempre per mantenerci nelle novità del terzo millennio – 18 aprile 2005, n.62 nel cui art. 9 comma 5 ha inserito, tra le fattispecie suscettive di intercettabilità, l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato; la legge n.38 del 6 febbraio 2006, relativa al materiale pornografico di cui all'art.600-quater punto 1 del codice penale; il decreto legislativo n.39 del 4 marzo 2014 in tema di intercettazione per fatti di cui all'art.609-undecies codice penale. Il tutto a tacere degli innesti nel catalogo ex art.266 c.p.p. quali ad esempio quelli di cui alla legge n.9 del 14 gennaio 2013 per i delitti di adulterazione e/o di frode commessi, al fine di conseguire un ingiustificato profitto, con più operazioni ed attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate (artt.444, 473, 474, 515, 516 e 51-quater del codice penale).

L'ho detto si tratta di mere esemplificazioni; tutte palesanti la circostanza che la materia non è inattaccabile o "legislativamente inaggredibile" bensì variamente modulabile per i fini per cui è stata regolamentata².

La disciplina di intercettazione di conversazioni o di comunicazioni ha la sua ragione d'essere nella circostanza che lo strumento di ricerca della prova, regolamentato nel relativo capo dal legislatore, è tanto indefettibile quanto delicato e sensibile in quanto, precisamente, stagliantesi sul crinale d'equilibrio tra fini di giustizia e salvaguardia della privacy.

Nel corso degli ultimi oltre vent'anni, vari sono stati i tentativi di intrufolarsi nell'indicato crinale ad opera dei legislatori che si sono succeduti. Questa volta, sul finire delle ottobre del 2017, il legislatore delegato del governo Gentiloni, guardasigilli Orlando, ci è riuscito: il consiglio dei ministri, in data 3 novembre 2017, ha approvato la riforma delle intercettazioni incidendo con varie disposizioni su plurimi aspetti dell'indicato mezzo di ricerca probatoria. Il disegno di decreto legislativo è stato trasmesso nella stessa giornata del 3 novembre alle commissioni giustizia di camera e senato.

Tutto lascia presumere che entro il mese di novembre, diverrà legge dello Stato modificativa della disciplina di cui agli artt.266 e seguenti c.p.p.

2. L'intercettazione di conversazioni o di comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai reati indicati nel 1° comma dell'art.266 sotto la rubrica limiti di ammissibilità alle lettere a), b), c), d), e), f), f-bis), f-ter), f-quater)³.

Gli indicati limiti di ammissibilità si rivelano altresì operativi per l'intercettazione di comunicazioni tra presenti. Si tratta della cosiddetta ambientale; praticabile qualora vada svolta nei luoghi residenziali, domiciliativi, dimorali e/o pertinenziali di questi, sarà assentita solo allorquando sussista fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa⁴.

La disciplina del quarto⁵ strumento di ricerca probatoria tipizzato dal legislatore nel libro III° del codice di procedura penale, prosegue con la prefigurazione d'intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, con i presupposti e le forme del provvedimento, con l'esecuzione delle operazioni, con la conservazione della documentazione (presso il pubblico ministero che ha



disposto l'intercettazione), con le disposizioni relative all'utilizzazione in altri procedimenti e i divieti di utilizzazione ex art.271 c.p.p..

Tale impianto normativo e tale progressione concettuale non è stata intaccata dal legislatore della novella autunnale 2017. Esso ha più che altro inciso con tecniche da ortopedia giuridica su taluni peculiari aspetti, insinuatisi sul su ricordato crinale e disciplinando con maggior dettaglio tecnico forme e modi di esercizio dell'attività captatoria legittimamente eseguita per finalità istituzionali⁶.

E' mio profondo convincimento che il tessuto d'insieme della novella in materia, non sia affatto disdicevole e presenti adeguati profili di temperamento delle esigenze in equilibrio; soprattutto se si pone mente ai precedenti tentativi di riforma succedutisi nei precedenti anni. Cionondimeno il testo normativo d'operatività prossimo venturo presenta taluni profili di frizione con le istituzionali esigenze investigative che solleva, al contempo, taluni dubbi – o quanto meno talune perplessità – di costituzionalità.

In attesa del parere definitivo, che nei prossimi giorni le interpellate commissioni giustizia parlamentari rilasceranno, ripropongo qui talune riflessioni sopraggiuntemi di getto, sugli aspetti del provvedimento che appaiono sufficientemente definitivi.

3. La riforma delle intercettazioni varata il 3 novembre dal governo della Repubblica presenta almeno cinque profili di criticità all'interno dei quali si stagliano taluni dubbi di costituzionalità in relazione alle forme e ai modi coi quali lo strumento di ricerca probatoria viene ulteriormente dettagliato.

In estrema sintesi:

a) Principio generale in materia di esecuzione delle operazioni e conservazione della documentazione sino ad oggi era il seguente. Le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale. Il verbale delle operazioni contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione, nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni.

Nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate. I verbali e le registrazioni sono conservati integralmente presso il pubblico ministero che ha disposto l'intercettazione.

Il legislatore 2017, innanzi a tale lineare percorso normativo e di disciplina, ha ritenuto di intervenire stabilendo che l'istituto della trascrizione nel verbale sarà operativo solo per le intercettazioni che il pubblico ministero ritiene rilevanti ai fini della prova.

Ora, trattandosi di un mezzo di ricerca della prova è ovvio che ci si occupa della prova del reato sul quale si sta indagando. Il problema è relativo alle situazioni di configurazione cautelare dalle quali emerge, a seguito di intercettazione, un pericolo di inquinamento probatorio o un ipotizzato allontanamento dell'indagato. Trattasi di esigenze cautelari alla base dell'adozione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale.

Orbene in casi di tal fatta, davvero il pubblico ministero non può procedere a trascrizione integrale di quanto ascoltato ancorché non incidente in maniera rilevante sulla prova del fatto reato?

Sul punto sarebbe forse opportuno un aggiustamento di tiro⁷.

b) All'attualità i verbali e le registrazioni, entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni captative, sono depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga.



Il giudice autorizza il pubblico ministero al ritardo nel deposito allorché può derivarne un grave pregiudizio per le indagini. Nel ritardo non può oltrepassarsi il termine di chiusura delle indagini preliminari.

Sull'esecuzione delle operazioni, è, come nota, altresì intervenuta la corte costituzionale. Con sentenza del 10 ottobre 2008 n.336, i giudici di palazzo della consulta hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.268 c.p.p. nella parte in cui non prevede che dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza dispositiva di una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

Tale assetto normativo viene inciso con l'istituzione, ad opera del legislatore 2017, dell'archivio riservato gestito dal PM e contenente le intercettazioni ritenute, unilateralmente, non rilevanti, con una dura sanzionabilità per chi pubblica o contribuisce a far pubblicare l'indicato materiale destinato all'«archivio riservato», senza possibilità di escamotage di sorta.

c) A tale anomala disfunzione “di custodia” se ne affianca quella inerente ai verbali. Nei provvedimenti della parte pubblica, gli atti e i provvedimenti della pubblica accusa, emergeranno solo le intercettazioni telefoniche ritenute essenziali dal pubblico ministero, il quale sarà anche l'unico soggetto ad operare il vaglio di necessità.

Dunque il soggetto del procedimento destinato a divenire parte del processo stabilisce in forme pressoché autonome e insindacabili il tasso di essenzialità di un'intercettazione telefonica e la necessità di riversare la stessa in un verbale.

Appare a tutta prima chiaro che un principio di tal fatta cozza con il pieno esercizio del diritto di difesa dell'indagato/imputato al quale viene negata, in radice, la possibilità di vagliare serenamente e criticamente il contenuto di una conversazione captata che potrebbe ritornargli utile per dimostrare la propria innocenza.

Un chiaro *deficit* nell'impostazione difensiva e perciò in netto contrasto dell'art.24, comma 2^o della Costituzione repubblicana.

d) Medesimo parametro costituzionale viene intaccato, a mio convinto avviso, dalla disposizione descrittiva dei poteri della difesa in sede di udienza stralcio. I difensori dell'indagato/imputato possono infatti ottenere il solo supporto informatico delle intercettazioni. E' assolutamente vietato ed assolutamente bandita, la possibilità che il difensore possa ottenere la trascrizione cartacea delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni eseguite.

Orbene tale disposizione relativa alla copia difensiva collide col diritto all'adeguato esercizio difensivo di rilevanza costituzionale. L'allungamento dei tempi per l'ascolto delle intercettazioni non più cartaceamente leggibili ma solo acusticamente ascoltabili “smodalizza” l'attività difensiva incidendo formidabilmente sul diritto di difesa sotto un duplice versante che presta il fianco ad obiezioni di chiara incostituzionalità.

Il primo è il versante della tempistica difensiva; un'azione difensiva rallentata e un'azione difensiva dimidiata; e perciò lesa!

L'altro versante è un versante di accessibilità egualitaria alla difesa in giudizio.

Dalla disposizione sulle copie per i difensori traspare una, senz'altro involontaria, concezione per così dire timocratica del processo penale. Solo gli indagati/imputati ricchi e/o comunque con mezzi patrimoniali consistenti a disposizione, potranno permettersi avvocati che ascoltino supporti



magnetici e registrazioni audio per ore e/o giorni, consapevoli di essere adeguatamente retribuiti in questa loro attività defensionale.

Certo pensare che ciò accada per l'indagato/imputato ammesso al patrocinio a spese dello Stato non appare di facile immaginabilità.

Entrambi gli aspetti evidenziati – tempistica defensionale e timocraticità giudiziale – appaiono entrambi censurabili costituzionalmente sub art. 24⁹ cpv, Cost.. Anche su tali aspetti, anzi forse su questi più che sugli altri, sarebbe opportuno un provvido ripensamento in sede di parere parlamentare nelle Commissioni Giustizia dei due rami legislativi.

e) Un tema di stretta matrice investigativa, e per questo l'ho lasciato per ultimo, è quello relativo ai cosiddetti captatori informatici. Si tratta dei cosiddetti *trojans* ossia, informaticamente parlando, di quei marchingegni telematici che si possono insinuare opportunamente viralizzandoli, in pc, smartphone, ipad, tv digitali, decoder, etc., rendendoli immanenti microspie dal fascio di idoneità captatoria totivalente e connotati da un impiego efficace e pressoché illimitato.

Or dunque, che tali captatori informatici siano particolarmente pervasivi e, conseguentemente, invasivi della sfera di privacy del singolo non vi è dubbio alcuno; però la loro efficacia sul fronte investigativo è di indiscussa ed indiscutibile utilità sotto tutti i versanti. È con riferimento a tale strumentario captatorio che negli ultimi anni si è alzata la polemica in materia di intercettazioni.

In assenza di una espressa disposizione sul punto nell'ambito degli artt. 266 – 271 c.p.p. la suprema corte di cassazione era intervenuta nomofilaticamente elaborando un principio guida per il corretto impiego del *trojan* ed il suo ortodosso utilizzo, in relazione alle ipotesi di reità per cui era assentito.

In buona sostanza la libertà e la segretezza delle comunicazioni tutelate costituzionalmente dall'art. 15¹⁰ Cost. e penalmente dagli artt. 615 bis, 617, 617-bis, 623 bis del codice penale è stato fatto rientrare dal supremo collegio nell'ambito del 2° comma dell'art. 266¹¹ del codice di procedura penale.

In buona sostanza l'uso del captatore informatico *trojan*, rivelandosi una potenziale intercettazione tra presenti è stato assimilato, in tutto e per tutto, ad una intercettazione cosiddetta ambientale perciò soggiacente all'ambito di operatività scolpito nel capoverso del citato art. 266 c.p.p..

Quindi qualora il captatore informatico *trojan* si trovi ad operare nei luoghi indicati dall'art.614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

A fronte di tale dato giurisprudenzialmente acclarato il legislatore autunnale del 2017 ha ritenuto di ulteriormente restringere l'ambito di applicazione operativa dell'indicata disposizione captatoria. Il dispositivo *trojan*, il captatore informatico più idoneo ad acclarare fatti di penale rilevanza è stato relegato nell'ambito dei delitti di criminalità organizzata e di terrorismo.

Tale infelice scelta legislativa parrebbe fondarsi sulla disciplina derogatrice inerente i limiti di ammissibilità di cui all'art.266 introdotta in relazione ai delitti di criminalità organizzata dall'art.13 del decreto legge del 1991, n.152, recante "provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata" convertito con modificazione dalla legge n.203 di quello stesso anno.

Tale "disciplina derogatoria" elaborata per il contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso ed assimilata la stessa alla criminalità terroristica, ha fatto ritenere al legislatore delle ottobre 2017 che esista nel nostro sistema giuridico penale processuale un netto doppio binario repressivo: crimini mafiosi e/o terroristici ed altri crimini. Non rendendosi conto, evidentemente, che ben altre sono le istanze di salvaguardia della comunità sociale in materia di criminalità. Tra



queste in *primis* l'aggressione dei pubblici ufficiali e degli incaricati dei pubblici servizi ai beni e alle risorse materiali della collettività.

Dunque non di incostituzionalità stavolta si tratta; probabilmente la limitazione dell'uso del *trojan* trova precise ragioni di salvaguardia anche nelle interpretazioni costituzionali. Il problema piuttosto è di efficienza ed efficacia dell'azione investigativa in tutti i suoi connotati e corollari.

E' mio convincimento che l'impiego del captatore informatico, oggi il *trojan*, domani quello che l'evoluzione tecnologica ci consegnerà, poteva ben essere disciplinato nell'ambito del tranquillizzante alveo di garanzie offerto dal capoverso dell'art.266 c.p.p..

4. Dunque quella del 3 novembre 2017 è una novella che può ben definirsi fatta di <<luci ed ombre>>, tornerò sulla novella inerente al sistema delle intercettazioni non appena la stessa sarà pubblicata nella sua versione definitiva sulla gazzetta ufficiale.

Qui ho voluto solo affrontare in modo auspicio tendenzialmente completo ed omogeneo taluni aspetti critici della medesima sul versante dei dettagli operativo-funzionali che il legislatore ha incuneato al fine, non dichiarato ma implicato, se non di dissuadere da un certo uso dello strumentario intercettativo, di raccomandare una qualcerta cautela agli operatori pratici nell'impiego dello strumento intercettatorio, aderendolo quanto più possibile alle finalità investigative per cui è precostituito inibendone, al contempo, usi smodati o, come mediaticamente si sente ripetere, abusi extraistituzionali e non conformi ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.

5. Raggiugli bibliografici essenziali.

In uno alla letteratura giuridica citata nel testo vedi, per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, Diritto Penale Parte Generale, Ed. Zanichelli, Bologna, 2015, in particolare il capitolo sulla funzione di garanzia della legge penale; sull'articolazione del principio di legalità nei quattro sotto principi della riserva di legge, dell'irretroattività, della tassatività e del divieto di analogia adde F. Mantovani, Diritto Penale Parte Generale, Cedam, Padova, 2016. Ulteriori raggiugli informativi circa la portata dell'art.15 Cost. sono agevolmente rinvenibili nel bene agevole volumetto di Diritto Costituzionale curato da Vittorio Italia per i tipi della Piccola Biblioteca Giuffrè (PBG).

I contrasti politico mediatico giudiziari emergenti il giorno stesso dell'approvazione del disegno legislativo di matrice governativa sono rinvenibili su tutti i quotidiani del 4 novembre 2017 ed in particolare vedi l'intervista al Sost. Proc. della direzione nazionale antimafia Nino Di Matteo su La Repubblica.

***Professore universitario in materia di diritto internazionale penale**

Note

¹ Sul sistema e sulle sue progressive integrazioni normative vedi per tutte Fabrizio Ramacci, *Codice penale e leggi complementari, Schemi e tabelle*, Ed. Giuffrè, 2010 e Giorgio Spangher, *Codice di procedura penale e leggi complementari, Schemi e tabelle*, Ed. Giuffrè, 2011, entrambe edizioni minor.

² Una ricostruzione sistematica dell'istituto in ambito manualistico è rinvenibile in Paolo Tonini, *Manuale Di Procedura Penale*, Ed. Giuffrè, ultima edizione.

³ Art.266 c.p.p., rubricato "Limiti di ammissibilità", al 1° comma testualmente recita: <<1. L'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati: a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'articolo 4; c) delitti

concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope; d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive; e) delitti di contrabbando; f) reati di ingiuria, minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono; f-bis) delitti previsti dall'articolo 600ter, terzo comma, del codice penale; f-ter) delitti previsti dagli articoli 444, 473, 474, 515, 516 e 517 quater del codice penale; f-quater) delitto previsto dall'articolo 612 bis del codice penale>>.

⁴ I luoghi cui si fa riferimento nel testo sono quelli indicati nell'art.614 del codice penale espressamente richiamato dalla fattispecie processuale in parola.

⁵ Come noto, difatti, il sistema probatorio italiano a livello processuale-penalistico segue la netta dicotomia <<mezzi di prova/mezzi di ricerca della prova>>. Nell'ambito di quest'ultimi il legislatore ha prefigurato, normativamente configurandoli, oltre alle intercettazioni, le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri: artt.244 e segg. c.p.p..

⁶ Sulla narrativa storico-concettuale e sull'evoluzione tecnologica in materia di intercettazione telefoniche vedi per tutte la sempre attuale monografia di Aprile Spiezia, edita presso Giuffrè ed aggiornata periodicamente.

⁷ L'art.274 c.p.p. infatti, nelle lettere a) e d) prefigura l'inquinamento probatorio ed il pericolo di fuga quali esigenze cautelari per l'applicazione di ordinanze custodiali.

⁸ L'art.24 Cost., al comma 2 testualmente recita: << La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento>>

⁹ Vedi nota precedente

¹⁰ L'art.15 Cost. testualmente recita: <<La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge>>

¹¹ L'art.266 c.p.p. al comma 2 testualmente recita: <<Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa>>.