



Processo Penale

Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni di Aniello Nappi

di [Aniello Nappi](#)

17 aprile 2020

Appunti sulla nuova disciplina delle intercettazioni

di Aniello Nappi

Sommario: 1. Un archivio fondamentale- 2. Limiti di conoscibilità delle acquisizioni- 3. Utilizzabilità nei processi penali- 4. Utilizzabilità extrapenale.

1. Un archivio fondamentale

Se non interverrà un ulteriore rinvio, tra qualche settimana entrerà in vigore la nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche e ambientali prevista dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, cosiddetta riforma Orlando, e dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito nella l. 28 febbraio 2020, n. 7, cosiddetta riforma Bonafede.

Le due leggi di riforma, in parte sovrapposte, sono intervenute su numerosi articoli del codice di procedura penale^[1]. Ma può ben dirsi che il cardine della nuova disciplina è nell'archivio istituito a norma dell'art. 269 comma 1 c.p.p. presso l'ufficio dello stesso pubblico ministero che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni: un archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica e relativo a tutte le intercettazioni disposte dall'ufficio.

Si tratta dunque di un archivio dell'ufficio non del singolo procedimento. Tuttavia l'istituzione e la disciplina di questo archivio hanno conseguenze determinanti sia nella prospettiva del regime di conoscibilità dei risultati delle intercettazioni sia nella prospettiva della loro utilizzabilità, non solo nel processo penale ma anche in altri giudizi civili e amministrativi. E in mancanza di un'adeguata considerazione per il suo ruolo effettivo si rischia di vanificare i possibili effetti positivi della riforma.

2. Limiti di conoscibilità delle acquisizioni

Secondo quanto precisa l'art. 89 bis comma 2 disp. att., che disciplina l'archivio, «il procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito»; e l'art. 114 comma 2-bis c.p.p. aggiunge che di questi atti è vietata la pubblicazione prima che siano stati selezionati come rilevanti ai fini del procedimento; mentre lo stesso art. 269 comma 1 c.p.p. prevede esplicitamente che «non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari».

L'archivio previsto dall'art. 269 comma 1 c.p.p., e disciplinato dall'art. 89 bis disp. att., è dunque distinto ed esterno al fascicolo del pubblico ministero, di cui all'art. 373 comma 5 c.p.p.; e l'inserimento dei risultati delle intercettazioni nell'archivio previsto dall'art. 269 comma 1 c.p.p. non ne comporta l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari, anche perché sono tutelati da un segreto diverso dal segreto investigativo previsto dall'art. 329 c.p.p.

Questa tutela non è infatti quella prevista per il segreto investigativo, che cade per gli atti di cui l'imputato possa avere conoscenza (art. 329 comma 1 c.p.p.), considerato che lo stesso art. 269 comma 1 c.p.p. riconosce ai difensori delle parti l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate, per consentire loro l'esercizio dei propri diritti e facoltà. Si tratta dunque di una tutela ulteriore, propria dei segreti professionale e di ufficio, prevista in attuazione del divieto di comunicare e divulgare i dati registrati, per finalità diverse da quelle per cui l'intercettazione è ammessa, secondo quanto imposto dalla normativa di garanzia della privacy. E la distinzione di questo ulteriore segreto da quello investigativo giustifica la specifica previsione del divieto di pubblicazione degli atti cui si riferisce l'art. 114 comma 2- bis c.p.p.; un divieto che permane anche dopo che essi non siano più coperti dal segreto investigativo.

Secondo quanto prevede il regolamento della privacy, infatti, i dati personali sono oggetto di trattamento e sono raccolti solo per lo scopo per il quale il trattamento è autorizzato. Non sono ammessi trattamenti incompatibili con le finalità per le quali sono stati autorizzati; e i dati personali non possono essere conservati per un tempo superiore a quello necessario agli scopi per i quali sono stati raccolti. Esaurito questo tempo, i dati vanno distrutti d'ufficio o su iniziativa degli interessati.

Peraltro, come s'è detto, questa tutela rimarrà solo per le comunicazioni e registrazioni che non risulteranno selezionate ai fini della prova; quelle a tal fine selezionate dalle parti e dal giudice non saranno più coperte dal divieto di pubblicazione imposto dall'art. 114 comma 2-bis c.p.p.

I verbali e le registrazioni contenute nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. potranno dunque essere consultati solo dal giudice dal pubblico ministero e dai difensori delle parti, che non potranno estrarne copia prima della selezione a fini di prova e limitatamente a quelli effettivamente selezionati (art. 268 comma 8 c.p.p.).

3. Utilizzabilità nei processi penali

Prima della selezione, d'altro canto, le comunicazioni e le registrazioni inserite nell'archivio previsto dall'art. 269 comma 1 c.p.p. sono assolutamente inutilizzabili, come si desume dallo stesso art. 269 comma 1 c.p.p. e dall'art. 89 bis disp. att., che implicitamente ne vietano l'utilizzazione prima della selezione prevista dagli art. 268, art. 415 bis comma 2-bis, art. 454 comma 2-bis c.p.p.

Secondo quanto prevede l'art. 268 comma 4 c.p.p., infatti, i verbali e le registrazioni, trasmessi al pubblico ministero, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni «sono depositati presso l'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione». Tuttavia, «se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari» (art. 268 comma 5 c.p.p.); con la conseguenza che in questo caso vengono a sovrapporsi il termine di deposito dei risultati delle intercettazioni e il termine di deposito ex art. 415 bis comma 2 c.p.p. del fascicolo delle indagini preliminari. Nonostante questa sovrapposizione, però, «la documentazione relativa alle indagini espletate» deve essere «depositata presso la segreteria del pubblico ministero» (art. 415 bis comma 2 c.p.p.), mentre i verbali e le registrazioni relativi alle intercettazioni rimangono depositati nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p., così come disposto dall'art. 268 comma 4 c.p.p., che ne impone comunque la conservazione in quell'archivio indipendentemente dal deposito per i difensori.

La distinzione tra il fascicolo del pubblico ministero e l'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. è fondamentale, perché i verbali e le registrazioni inclusi nell'archivio non possono essere trattati come atti delle indagini preliminari prima della selezione, che è necessaria anche per utilizzarli ai fini cautelari, come si vedrà.

Effettuato il deposito, ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato dal pubblico ministero ed eventualmente prorogato dal giudice (art. 268 comma 4 c.p.p.), «per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche» (art. 268 comma 6 c.p.p.), senza però poterne ottenere copia prima della selezione da parte del giudice.

Nel caso in cui al deposito delle intercettazioni non si sia proceduto prima della chiusura delle indagini preliminari (art. 268 comma 5 c.p.p.), l'avviso del deposito ex art. 415 bis comma 2 «contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti depositati relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero» (art. 415 bis comma 2-bis c.p.p.). E analogamente prevede l'art. 454 comma 2-bis c.p.p. per il caso di giudizio immediato richiesto dal pubblico ministero prima del deposito ex art. 268 c.p.p., fermo restando che anche in questo caso i verbali e le registrazioni sono depositati nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1. Il diritto dei difensori alla copia è dunque parzialmente anticipato nel caso in cui il pubblico ministero sia tenuto a depositare l'elenco delle comunicazioni ritenute rilevanti; e benché non espressamente menzionato, va riconosciuto anche nel caso previsto dall'art. 454 comma 2-bis c.p.p., in applicazione analogica dell'art. 415 bis comma 2-bis c.p.p.

Alla scadenza dei termini di deposito è di regola il giudice che decide immediatamente sulle richieste delle parti di acquisire conversazioni o flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 268 comma 6 c.p.p.): senza deposito e senza richiesta delle parti il giudice non potrebbe operare d'ufficio la selezione, sicché i risultati delle intercettazioni rimarrebbero estranei allo stesso fascicolo delle indagini preliminari, essendo incluse solo nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p., nel quale vanno comunque conservate indipendentemente dal deposito per i difensori.

Nei casi in cui il deposito sia avvenuto a norma dell'art. 415 bis comma 2-bis o dell'art. 454 comma 2-bis c.p.p., invece, è il pubblico ministero che, dopo avere indicato le registrazioni rilevanti per l'accusa, decide con decreto motivato sulle richieste dei difensori, che possono

depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiedono copia; solo se le richieste difensive siano disattese o insorgano comunque contestazioni sulle registrazioni ritenute rilevanti anche dallo stesso pubblico ministero, i difensori possono rivolgersi al giudice perché provveda a norma dell'art. 268 comma 6. Ma in ogni caso, quale che sia il procedimento di selezione, sono inammissibili le richieste generiche di acquisizione di tutte le conversazioni intercettate, perché il procedimento esige indicazioni specifiche, onde impedire che risultino incluse nello stesso fascicolo del pubblico ministero, prima che nel fascicolo per il dibattimento, le conversazioni non effettivamente rilevanti. La stessa istituzione dell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. rimarrebbe vanificata, ove si ammettesse un indiscriminato trasferimento del suo contenuto nel fascicolo delle indagini preliminari.

Anche nei casi previsti dagli art. 415 bis comma 2-bis e 454 comma 2-bis c.p.p., nei quali può essere il pubblico ministero a effettuare la selezione senza intervento del giudice, deve ritenersi che una decisione di acquisizione indiscriminata di tutte le registrazioni, benché condivisa dalle difese, non sarebbe idonea a renderle utilizzabili, sottraendole al regime di inutilizzabilità di quanto conservato nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. e non regolarmente selezionato. Questa inutilizzabilità dovrebbe essere rilevata anche d'ufficio dal giudice quando, «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431», è chiamato a disporre la trascrizione delle registrazioni (art. 268 comma 7 e 457 comma 1 c.p.p.).

Poiché è prevedibile che il procedimento di selezione più ricorrente sarà quello previsto dall'art. 415 bis comma 2-bis c.p.p., l'effettività della riforma dipenderà dal corretto esercizio di questo potere d'ufficio da parte dei giudici dell'udienza preliminare. Altrimenti nulla cambierebbe: il pubblico ministero richiederebbe e il giudice disporrebbe, con il consenso almeno implicito dei difensori, l'acquisizione e la trascrizione di tutte le registrazioni, senza alcun preventivo vaglio di rilevanza; le trascrizioni verrebbero inserite tutte nel fascicolo per il dibattimento; diverrebbero così conoscibili agevolmente anche quelle conversazioni non rilevanti, che non dovrebbero essere neppure acquisite agli atti, ma si leggerebbero addirittura sui giornali.

In ogni caso, se la selezione viene eseguita correttamente, il giudice provvede a separare in tre parti i verbali e le registrazioni provenienti dall'intercettazione: registrazioni rilevanti; registrazioni inutilizzabili; registrazioni utilizzabili ma non rilevanti.

Le registrazioni e i verbali di cui è vietata l'utilizzazione, salvo che costituiscano corpo del reato, sono distrutti, su ordine del giudice (art. 271 comma 3 c.p.p.) e sotto il suo controllo (art. 269 comma 3 c.p.p.), con decisione assunta in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p. (art. 269 comma 2 c.p.p.).

Le registrazioni e i verbali che non sono inutilizzabili sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione (art. 269 comma 2 c.p.p.). Tuttavia gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza.

D'altro canto, durante le indagini preliminari, e segnatamente ai fini delle misure cautelari, i risultati rilevanti delle intercettazioni, purché già conferiti nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. (art. 291 comma 1 c.p.p.), possono essere utilizzati dal pubblico ministero già prima del deposito, della selezione e della trascrizione delle registrazioni ex art. 268 c.p.p., anche perché queste operazioni possono essere differite sino alla chiusura delle indagini (art. 268 comma 5 c.p.p.). Tuttavia anche in questi casi la selezione non è operata unilateralemente dal pubblico ministero. Infatti, secondo quanto prevede l'art. 92 comma 1-bis disp. att., contestualmente all'adozione della misura cautelare «sono restituiti al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 89 bis, gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili». La scelta unilaterale del pubblico ministero non è dunque sufficiente per la trasmigrazione dei risultati delle intercettazioni dall'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. al fascicolo delle indagini preliminari.

Le comunicazioni e le conversazioni selezionate dal giudice, anche a fini cautelari, sono peraltro utilizzabili come prova sia nella fase delle indagini preliminari sia in dibattimento.

Secondo la giurisprudenza precedente la riforma «in sede di giudizio abbreviato, il giudice può valutare le trascrizioni sommarie compiute dalla polizia giudiziaria circa il contenuto di conversazioni telefoniche oggetto di intercettazione (cosiddetti "brogliacci"), essendo utilizzabili ai fini della decisione tutti gli atti che siano stati legittimamente acquisiti al fascicolo del pubblico ministero»[\[2\]](#). Questa giurisprudenza deve ritenersi ormai superata, perché, come risulta dall'art. 269 comma 1 c.p.p., prima della selezione i cosiddetti brogliacci non vanno acquisiti al fascicolo del pubblico ministero, ma sono custoditi nell'apposito archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. e sono assolutamente inutilizzabili. Di tanto non tiene conto una relazione del Massimario della Corte di cassazione recentemente pubblicata dalla rivista on line Sistema penale, perché vi si ritiene ancora possibile utilizzare ai fini del giudizio abbreviato i verbali e le registrazioni conservate nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p.

4. Utilizzabilità extrapenale

Secondo la giurisprudenza civile i risultati delle intercettazioni eseguite nel procedimento penale sono pienamente utilizzabili sia dal giudice tributario sia dalla Sezione disciplinare del Consiglio

superiore della magistratura, senza le limitazioni che l'art. 270 c.p.p. prevede per l'utilizzazione in altri procedimenti penali^[3].

Si ritiene in particolare che «le intercettazioni telefoniche o ambientali, effettuate in un procedimento penale, sono pienamente utilizzabili nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati, purché siano state legittimamente disposte nel rispetto delle norme costituzionali e procedurali, non ostendovi i limiti previsti dall'art. 270 c.p.p., norma quest'ultima riferibile al solo procedimento penale deputato all'accertamento delle responsabilità penali dell'imputato o dell'indagato sicché si giustificano limitazioni più stringenti in ordine all'acquisizione della prova, in deroga al principio fondamentale della ricerca della verità materiale»^[4]. E quanto al procedimento tributario si sostiene che «non ricorre nei procedimenti diversi da quello penale in seno al quale siano state autorizzate ed espletate le intercettazioni telefoniche, la ratio sottesa al divieto stabilito dall'art. 270 c.p., la quale è volta ad evitare che procedimenti con imputazioni fantasiose possano legittimare il ricorso alle intercettazioni, al fine di propiziare l'utilizzazione in procedimenti per reati che non avrebbero consentito questo mezzo d'indagine»^[5].

Analogamente è orientata la giurisprudenza amministrativa, nel presupposto, ancora più radicale, che «in tema di rapporti fra processo penale e procedimento disciplinare dei dipendenti pubblici, gli eventuali errori nella procedura di acquisizione delle prove da parte dell'autorità giudiziaria che rendano le stesse inutilizzabili nel procedimento penale non ne comportano l'automatica inutilizzabilità in sede amministrativa»^[6]; sicché l'inutilizzabilità delle intercettazioni non può spiegare effetti oltre gli ambiti processuali penali^[7] e «gli atti e le risultanze tutte del procedimento penale, comunque acquisiti, devono essere valutati autonomamente dall'Amministrazione»^[8].

Sicché si riconosce l'utilizzazione a fini extrapenali dei risultati di intercettazioni che non siano stati selezionati come rilevanti in alcun procedimento penale, come se si ammettesse l'intercettazione anche a fini amministrativi, in palese violazione della Costituzione.

Anche questa giurisprudenza deve ritenersi comunque superata dall'attuale disciplina delle intercettazioni, perché i verbali e le registrazioni custoditi nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p. sono assolutamente inutilizzabili; e possono esserne prelevati solo in quanto selezionati ai fini dell'utilizzazione in un processo penale. Nessuno potrebbe estrarre copia di verbali o registrazioni conservate nell'archivio di cui all'art. 269 comma 1 c.p.p.

Sarebbe pertanto necessario che anche la giurisprudenza civile, in particolare delle Sezioni unite della Corte di cassazione, prendesse atto di questa evoluzione normativa.

[1] Per un esame più completo e dettagliato rinvio a www.guidanappi.it

[2] Cass., sez. VI, 24 marzo 2010, Haj, m. 247007, Cass., sez. V, 26 marzo 2013, Nocella, m. 255655, Cass., sez. VI, 3 novembre 2015, Sedira, m. 265730.

[3] A. Nappi, Sull'utilizzazione extrapenale dei risultati delle intercettazioni, in Cass. pen., 2014, p. 386.

[4] Cass., sez. u, 15 gennaio 2020, n. 741, m. 656792, Cass., sez. un., 12 febbraio 2013, n. 3271, m. 625434, Cass., sez. un., 24 giugno 2010, n. 15314, m. 613973, Cass., sez. un., 23 dicembre 2009, n. 27292, m. 610804.

[5] Cass., sez. V, 7 febbraio 2013, n. 2916, m. 625254.

[6] Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009, n. 7703.

[7] T.A.R. Roma Lazio sez. III, 19 marzo 2008, n. 2472, T.A.R. Roma Lazio sez. II, 6 giugno 2013, n. 5638.

[8] T.A.R. Lecce Puglia sez. III, 15 ottobre 2010, n. 2079.