



Processo Penale

La riforma delle intercettazioni: le Procure in mezzo al guado.

di [Claudio Gittardi](#)

17 novembre 2018

Sommario:

Sommario: 1. La “riforma Orlando” sulle intercettazioni. Il Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216. - 2. La proroga dell’entrata in vigore della riforma con il c.d. Decreto Milleproroghe. 3. Le criticità della riforma sulle intercettazioni. - 4. In mezzo al guado quali prospettive sulla disciplina delle intercettazioni?

1. La “riforma Orlando” sulle intercettazioni. Il Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216.

Il Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216 di modifica della disciplina delle intercettazioni, come noto, è stato emanato nella scorsa legislatura in attuazione della delega di cui all'articolo 1 commi 82,83 e 84 lett.a) e b) c) d) ed e) della legge 23 giugno 2017 n° 103 contenente modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario.

La riforma interviene su punti essenziali del regime processuale delle intercettazioni nella prospettiva di garantire un’adeguata tutela e il conseguimento di finalità ed interessi

potenzialmente confliggenti.

Il Decreto contiene una serie di norme che mirano da un lato ad assicurare l'efficacia di tale mezzo fondamentale di ricerca della prova e dall'altro lato intendono assicurare un adeguato livello di tutela della riservatezza delle comunicazioni attraverso la repressione della diffusione di intercettazioni non rilevanti ai fini di indagine e potenzialmente lesive dei diritti alla riservatezza in particolare se coinvolgenti terzi soggetti estranei al procedimento.

Per quest'ultimo aspetto nella Relazione illustrativa al provvedimento si espone come le disposizioni in esame *“perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante ai fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova”*.

Tale obiettivo è stato perseguito in primo luogo attraverso la rigida selezione delle trascrizioni inseribili nei verbali delle operazioni (*c.d brogliacci*) redatti dalla Polizia Giudiziaria oltre che con la previsione dell'inserimento, solo se necessario e comunque limitato ai brani essenziali, delle conversazioni e comunicazioni nell'ambito dei provvedimenti cautelari.

In questa prospettiva assume un rilievo centrale l'istituzione presso ogni Procura del *c.d Archivio riservato delle intercettazioni*, destinato alla conservazione e custodia degli atti relativi alle intercettazioni prima della dichiarazione di rilevanza da parte del Giudice e della conseguente acquisizione delle stesse al fascicolo delle indagini del Pubblico Ministero nonché delle conversazioni o comunicazioni ritenute non rilevanti ai fini di indagine.

Nel quadro di tali esigenze sono state inoltre dettate dal legislatore specifiche disposizioni in materia di intercettazione ambientale attraverso captatori informatici installati su dispositivi elettronici mobili (*c.d trojan horses*).

Quanto ai tempi di entrata in vigore della riforma il legislatore del 2017 ha introdotto all'articolo 9 del Decreto in sede di disciplina transitoria un meccanismo di applicazione differenziata sul piano della efficacia temporale del complesso delle disposizioni.

Risultavano applicabili al 26 gennaio 2018, data di entrata in vigore DLVO, le disposizioni di cui all'articolo 1 e 6 che prevedono rispettivamente l'introduzione della nuova figura delittuosa di cui all'articolo 617 septies CP di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente e quelle che modificano le modalità di impiego di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni

telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati contro la Pubblica Amministrazione estendendo alle stesse la disciplina di cui all'art. 13 del D.L 13.5.1991 n° 152.

Le restanti norme sub articoli 2 (ad eccezione della disposizioni di cui al comma 1 lettera b) 3, 4, 5 e 7 in materia di deposito, trascrizione ed acquisizione delle comunicazioni e conversazioni oggetto di intercettazione nonché in materia di Archivio informatico, di fatto le disposizioni principali che modificavano il regime delle intercettazioni, si sarebbero dovute applicare alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 180° giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto e quindi alle intercettazioni autorizzate con provvedimenti emessi a partire dal 26 luglio 2018 .

2. La proroga dell'entrata in vigore della riforma con il c.d. Decreto Milleproroghe.

Sul "filo di lana" Il legislatore attuale con il DL 25 luglio 2018 n° 91 c.d decreto Milleproroghe all'art 2 comma 1 ha sospeso per quest'ultima parte l'entrata in vigore della riforma sulle intercettazioni sino al marzo del 2019 prevedendo che il termine dell'art 9 comma 1 del 180° giorno per l'entrata in vigore delle disposizioni sopra indicate sia prorogato e sostituito da un nuovo termine fissato nel provvedimento dopo il 31 marzo 2019 .

Le ragioni della proroga sono state indicate tra l'altro l'11 luglio 2018 in sede di audizioni del Ministro Giustizia Alfonso Bonafede avanti alle Commissioni parlamentari Giustizia di Camera e Senato.

Da un lato si prospettano ragioni tecniche relative ai tempi necessari per l'esecuzione nelle Procure dei lavori per la creazione e per l'appontamento dei supporti logistici, informatici e strumentali per gli Archivi riservati e per le sale ascolto per gli avvocati.

Dall'altro lato, in modo in parte non coerente rispetto alle indicate ragioni tecniche, vengono evidenziati rilievi fortemente critici sul contenuto della riforma ORLANDO. Si sottolinea infatti in quella sede come la riforma "... *Non riesca nell'obiettivo di assicurare un effettivo contemporamento dei diversi interessi richiamati. Le modifiche introdotte, anzi, appaiono come un dannoso passo indietro sulla strada della qualità ed efficacia delle indagini e rispetto alla corretta distribuzione dei compiti funzionali tra i diversi soggetti coinvolti. Si tratta di un testo che ha suscitato i rilievi critici tanto dei magistrati requirenti, quanto della classe forense...*" Tanto da

annunciare come si fosse "scelto di avviare sin da subito dopo l'insediamento del nuovo Governo una capillare fase di ascolto e confronto, partendo dalle concrete esperienze vissute dalle Procure e dagli avvocati, in modo da giungere alla definizione di una base di lavoro condivisa che possa fungere da piattaforma su cui innestare la riscrittura della disciplina delle intercettazioni."

3. Le criticità della riforma sulle intercettazioni.

La riforma introdotta con il DLVO 216/2017 presenta un impianto complessivo che risponde, come visto, a finalità assolutamente condivisibili indicate in sede di delega ma disegna in vari punti scelte normative e una disciplina per alcuni versi eccessivamente rigida e di non facile gestione concreta in sede processuale.

Si devono ricordare, pur nella necessaria sintesi, alcuni degli aspetti di particolare criticità tralasciando per brevità alcuni rilievi sulla complessa disciplina in materia di captatori informatici su dispositivi portatili:

Si delinea in primo luogo un meccanismo eccessivamente rigido e "burocratico" nel circuito PM – PG per l'individuazione delle conversazioni/comunicazioni rilevanti e sul corrispondente contenuto dei brogliacci.

Il legislatore ha previsto con la modifica dell'art.267 comma 4 cpp che la Polizia Giudiziaria fornisca un'informazione preventiva al Pubblico Ministero sui contenuti delle comunicazioni o conversazioni per le quali la Polizia Giudiziaria abbia operato una valutazione di non trascrivibilità.

Tale informazione deve essere trasmessa dalla Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero in una comunicazione in forma scritta mediante un'annotazione di PG che deve indicare non soltanto gli estremi delle comunicazioni e conversazioni ma anche il contenuto delle stesse.

Il Pubblico Ministero in base alla previsione dell'articolo 268 comma 2 ter c.p.p potrà disporre con decreto motivato, ove valuti diversamente rispetto alla PG la rilevanza delle conversazioni o comunicazioni, che le stesse siano trascritte nel verbale/brogliaccio quando ne ritenga la rilevanza per i fatti oggetto di prova. Allo stesso modo potrà disporre la trascrizione nel verbale se necessarie ai fini di prova delle comunicazioni e conversazioni relative a dati personali

definiti sensibili dalla legge.

Il meccanismo previsto dal legislatore delegato, con la comunicazione scritta da parte della PG e la decisione nella forma del decreto del PM, appare frutto di una scelta legislativa eccessivamente rigida e formale se si tiene conto che coinvolge nell'ambito della fase di indagine i rapporti interni tra un organo quale il PM che ha poteri direttivi di indagine (e a cui deve essere sostanzialmente rimessa quale *dominus* delle indagini la valutazione in questa fase sulla rilevanza delle intercettazioni) e la PG che opera per delega nell'ambito di tali direttive.

E infatti in alcune Direttive emanate dalle Procure si ritiene auspicabile prevenire tale passaggio “burocratico” mediante contatti, interlocuzioni e comunicazioni in via informale e preventiva tra PM e PG delegata in tutti quei casi che appaiono di dubbia valutazione. Deve essere infatti ritenuto fondamentale in tal senso un collegamento ed un raccordo immediato tra la Polizia Giudiziaria e il Pubblico Ministero titolare dell'indagine e che esercita i poteri direttivi sulla stessa per sottoporre al PM, per le relative valutazioni e decisioni, i casi di conversazioni “problematiche” in punto di rilevanza e trascrivibilità anche in relazione al coinvolgimento di dati sensibili.

La disciplina risulta carente rispetto alle conversazioni e comunicazioni che contengono nel loro sviluppo sia dati rilevanti che dati non rilevanti per l'indagine (si pensi ad un'intercettazione ambientale prolungata all'interno di un'abitazione o di un ufficio).

Nulla si prevede infatti da parte del legislatore in caso di rilevanza parziale della conversazione intercettata e il vuoto nella disciplina ha imposto alle Procure in questa fase l'individuazione di meccanismi compatibili con le contrapposte esigenze di tutela del diritto alla riservatezza e della conservazione del materiale di indagine.

In caso di parziale rilevanza, in forza di una corretta interpretazione sistematica, la comunicazione / conversazione, non essendo scindibile ai fini dell'acquisizione, dovrebbe essere considerata rilevante ai fini di indagine e quindi il supporto fonico acquisibile nella sua integralità nel fascicolo di indagine e trascrivibili in brogliaccio ed utilizzabili i passaggi della comunicazione/ conversazione che contengono elementi rilevanti o necessari ai fini di indagine pur se confliggenti con la protezione di dati sensibili.

Unica soluzione alternativa, pur nel silenzio della legge, per evitare tale conseguenza in parziale conflitto con la *ratio* della novella legislativa sarebbe quella di “frazionare” la conversazione/ comunicazione in più brani o passaggi basati sulla scansioni temporali interne di acquisire in copia la registrazione della comunicazione/ conversazione soltanto nelle parti rilevanti ai fini di

indagine mediante duplicazione informatica di tali punti ed invio della registrazione integrale in originale nell'archivio riservato intervenendo nei brogliacci con *omissis* sulle parti non rilevanti. Una soluzione peraltro comportante un aggravio notevole sul piano degli incombenti per le Procure e la PG.

Il punto più critico della riforma risulta essere peraltro indiscutibilmente quello inherente alla disciplina dell'Archivio riservato delle intercettazioni ed alle modalità di accesso per le parti alle conversazioni coperte dal segreto di indagine contenute nello stesso.

Si deve ricordare che l'Archivio riservato viene gestito anche con modalità informatiche e rientra nella direzione e sorveglianza diretta del Procuratore della Repubblica che deve assicurare modalità idonee a tutelare la segretezza della documentazione custodita impartendo, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie per garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

Con la modifica dell'articolo 269 c.p.p . nell'Archivio riservato presso l'ufficio del Pubblico Ministero che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni devono essere custoditi integralmente e sono coperti dal segreto:

- le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni, prima dell'acquisizione delle conversazioni o comunicazioni al fascicolo di indagine del Pubblico Ministero in quanto ritenute rilevanti, con riferimento agli atti di intercettazione delle conversazioni/comunicazioni non utilizzati per fondare una richiesta di applicazione di una misura cautelare;
- gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal Giudice non rilevanti o inutilizzabili (art 92 comma 1 bis Disp. Attuazione CPP).

Non sono invece coperti da segreto e non sono destinati alla conservazione nell'Archivio riservato:

- gli atti di intercettazione utilizzati per fondare la richiesta di applicazione di una misura cautelare destinati all'acquisizione ed all'inserimento immediato nel fascicolo di indagine del Pubblico Ministero;
- gli atti, i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni dopo che sono dichiarati utilizzabili e come tali acquisiti e facenti parte del fascicolo di indagine del PM di cui all'articolo 373, comma 5 cpp.

Il Giudice in vista delle valutazioni sulla acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti e i difensori dell'imputato per l'esercizio dei loro diritti e facoltà sul punto possono accedere

all'Archivio riservato per la consultazione degli atti e per l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate.

L'accesso all' Archivio riservato, o meglio alle sale ascolto (posto che gli archivi riservati sono stati predisposti e forniti dal Ministero quali supporti informatici con la dotazione ed installazione di un sistema di collegamento e derivazioni dei dati ivi contenuti alle sale ascolto) prevede il solo ascolto delle conversazioni /comunicazioni secondo rigide garanzie di riservatezza stante la consultazione di materiale di intercettazione coperto da segreto di indagine.

La disciplina risulta strettamente collegata al regime di rigida segretezza voluto dal legislatore per il complesso degli atti di intercettazione depositati informaticamente negli Archivi riservati nella fase precedente alla fase di acquisizione al fascicolo di indagine delle intercettazioni rilevanti per le parti.

A seguito del deposito di tali atti da parte del PM, alla scadenza delle singole operazioni di intercettazione o alla conclusione delle indagini come avviene usualmente a seguito di richiesta da parte del PM di ritardato deposito degli atti di intercettazione, i difensori delle parti potranno dunque solo visionare ma non estrarre copia dei brogliacci e non avranno la possibilità di avere copia delle registrazioni , registrazioni che potranno essere oggetto solo di ascolto . Le copie degli atti e dei supporti audio o informatici potranno essere ottenuti dalle difese delle parti solo una volta emessa da parte del Giudice l'ordinanza di acquisizione delle conversazioni/ comunicazioni rilevanti indicate dalle parti ai sensi dell'art 268 quater comma 3 cpp in quanto in quel momento viene meno il segreto di indagine.

Sono escluse da tale disciplina, come detto, gli atti di intercettazione utilizzati per fondare la richiesta di applicazione di una misura cautelare destinati con *discovery anticipata* all'acquisizione ed all'inserimento immediato nel fascicolo di indagine del Pubblico Ministero senza transitare nell'Archivio riservato.

Si tratta di una scelta normativa chiaramente penalizzante e con aspetti di possibile rilievo costituzionale per l'attività delle difese in quanto impone alle stesse la necessità di ascoltare le intercettazioni depositate senza averne copia, a prescindere dalla rilevanza valutata dal Pm, per la selezione delle conversazioni rilevanti ai fini difensivi e per l'interlocuzione sulla rilevanza delle singole intercettazioni ritenuta dal PM e per le successive determinazioni.

L'attività di ascolto potrà risultare prolungata e defatigante specie in procedimenti complessi e caratterizzati da lunghe attività di intercettazione anche in considerazione dei tempi contenuti

(10 giorni prorogabili dal Giudice per un periodo non superiore ad ulteriori 10 giorni) riservati alle difese per la formulazione delle richieste di acquisizione delle intercettazioni. Inoltre il meccanismo previsto dal legislatore comporta un aggravio non indifferente anche per le Procure in merito ai correlativi impieghi del personale amministrativo per le attività connesse all'attività presso le sale ascolto.

4. In mezzo al guado quali prospettive sulla disciplina delle intercettazioni?

Dopo la proroga temporanea introdotta con il Decreto Milleproroghe si è in presenza di un quadro di totale incertezza sul destino della riforma, delle costose strutture investite con la stessa e sul contesto normativo che si definirà in questi mesi e sino al marzo 2019.

I rilevanti investimenti informatici e strumentali previsti e avviati nella passata legislatura per la realizzazione degli archivi riservati, delle sale di ascolto e delle sale CIT, con la ulteriore realizzazione di *server* e di sistemi di videosorveglianza e di controllo accessi e la installazione di porte REI, sono di fatto "congelati" e non si comprende se e come potranno essere completati ed in ogni caso utilizzati sia pure in un diverso contesto normativo sulla materia.

La riforma Orlando sulle intercettazioni, per ora solo sospesa, di fatto sembra accantonata e sarà comunque oggetto, alla luce delle dichiarazioni del Ministro sopra riportate, di una profonda riscrittura e revisione.

In ogni caso non è certo che da qui a marzo 2019 si possa definire una nuova delega legislativa e l'iter per un nuovo provvedimento legislativo delegato in materia di intercettazioni, di modo che si imporrà verosimilmente un ulteriore proroga della riforma Orlando con il mantenimento delle disposizioni sulle intercettazioni attualmente in vigore.

Eppure una possibile linea di politica legislativa consentirebbe di raggiungere gli obiettivi di una riforma su vari punti condivisibile nei principi ispiratori superando le segnalate criticità con una correzione e rimodulazione delle norme della riforma Orlando su alcuni degli aspetti sopra indicati.

Si potrebbe intervenire prevedendo un meccanismo di valutazione sulla rilevanza delle conversazioni/comunicazioni rimesso esclusivamente al PM , quale organo con funzioni di direzione e coordinamento delle indagini, con il solo adempimento della formazione da parte del PM dell'elenco delle conversazioni rilevanti previsto dall' articolo 268 bis CPP previa costante

interlocuzione “interna” con la PG per la individuazione delle conversazioni di cui richiedere l’acquisizione e dunque eliminando il farraginoso meccanismo di invio di annotazione scritta da parte della PG e di emissione di decreto da parte del PM in caso di diversa valutazione sulla rilevanza.

E soprattutto si potrebbero ampliare le facoltà di accesso da parte delle difese ai verbali delle operazioni e alle registrazioni delle conversazioni/comunicazioni anche se non poste alla base delle richieste di misura cautelare prevedendo il diritto non solo di ascolto ma di estrazione di copia dei verbali e delle intercettazioni depositate dal Pubblico Ministero *quanto meno con riferimento alle comunicazioni e conversazioni depositate e che sono state inserite dal PM nell'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova ai sensi dell'articolo 268 bis comma 1 CPP.*

Si deve considerare in primo luogo, a fronte delle possibili obiezioni in ordine al pericolo di diffusione di dati e registrazioni coperte dal segreto e in violazione dei diritti dei terzi , che a seguito dell'usuale ricorso da parte del PM al meccanismo di ritardato deposito delle intercettazioni tale atto interviene normalmente in coincidenza con la notifica dell'avviso ex art 415 bis cpp di conclusione indagini o con il deposito della richiesta di giudizio immediato ex art. 454 cpp e quindi in una fase finale delle indagini in cui è prossimo il venir meno del segreto di indagine.

In secondo luogo tale possibilità di estrazione di copia "anticipata" degli atti di intercettazione da parte delle difese avrebbe per oggetto verbali e supporti audio di intercettazioni già valutate dal PM come utilizzabili e rivelanti rilevanti ai fini di prova e per le quali sussiste, se il vaglio del PM è stato attento, una rilevante probabilità di acquisizione a breve al fascicolo delle indagini con conseguente cessazione del segreto di indagine.

Il meccanismo di mera consultazione dei verbali delle operazioni e di solo ascolto da parte delle difese verrebbe ad essere pertanto limitato agli atti di intercettazione ed alle registrazioni delle comunicazioni e conversazioni non inserite dal PM nell'elenco ex 268 bis CPP in quanto non ritenute rilevanti o necessarie ai fini di prova da parte del Pubblico Ministero con il conseguente ampliamento dei diritti dei difensori e contrazione dei tempi per l'analisi degli atti e per l'ascolto supporti audio nella parte residua.

In conclusione: tali modifiche della riforma Orlando sia pure parziali consentirebbe in tempi relativamente brevi di perseguire in modo ragionevole le finalità delle riforma senza pregiudicare le esigenze di indagine, in modo di “attraversare il guado” e di superare la disciplina in vigore dando nel contempo certezza a tutti gli operatori sull’evoluzione del quadro

normativo in materia.

Claudio Gittardi
