



Processo Penale

La Riforma delle intercettazioni

di [Giorgio Spangher](#)

17 novembre 2018

Sommario: 1. Intercettazioni: il tentativo di riforma – 2. Gli aspetti oggetto dell'intervento. - 3. L'attuale stato della disciplina.

1. . Intercettazioni: il tentativo di riforma

Con il d.lgs. 216 del 2017 il legislatore ha dato attuazione alla delega di cui alla l. n. 103 del 2017 ove si prevedeva di riformare la disciplina delle intercettazioni di comunicazioni secondo i criteri indicati al comma 84, lett. a, nn. 1-5, lett. b, c, d, e nn. 1-8, dell'art. 1.

Si è trattato invero di un ulteriore tentativo di modificare una materia particolarmente sensibile e complessa. Sensibile per la forte capacità probatoria dei risultati che questo strumento investigativo consente di ottenere; complesso per il difficile equilibrio che la sua disciplina richiede in relazione al rispetto dei diritti, spesso contrapposti e molte volte ritenuti inviolabili.

In questo senso, si trattava altresì della necessità di esaminare le ricadute processuali dell'uso del "captatore informatico", anche alla luce dei primi arresti giurisprudenziali in materia, non escluso un intervento delle Sezioni Unite (Cass. del 28 aprile 2016, Scurato).

Il Governo, in linea con i citati criteri della delega, ha predisposto un testo ampio ed articolato, tuttavia, non destinato ad essere operativo in tutte le sue parti nei tradizionali termini della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ma in larga parte differito nel tempo, secondo le

indicazioni di cui all'art. 9, ove si prevedeva che le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 si applicassero alle operazioni relative ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centoventesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto, mentre l'art. 2, comma 1, lett. b (relativo alla pubblicazione dell'ordinanza cautelare) acquistava efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto.

In prossimità dell'entrata in vigore della parte residua del citato d.lgs., con il d.l. n. 91 del 2018, c.d. mille proroghe, il Governo ha deciso un ulteriore scivolamento dell'entrata in vigore della riforma.

Questo elemento non inciderebbe sulla ricostruzione della nuova disciplina, se non fosse che l'Esecutivo ha motivato il differimento con la volontà di riformare la normativa, fornendo – peraltro – indicazioni del tutto generiche e marginali sui nuovi approdi legislativi in materia.

Questo elemento rende inevitabilmente molto precaria sia qualsiasi ricostruzione dei dati normativi, sia la prospettazione adesiva o critica dell'annunciato *restyling*.

Appare, forse, da privilegiare, in primo luogo, una esposizione – *ad memoriam* – delle linee lungo le quali si è mosso il d.lgs. n. 261 cit., per poi affrontare le questioni legate all'attuale operatività della disciplina delle intercettazioni sia alla luce della disciplina che la riforma ha comunque reso operativa, sia in relazione alle ricadute delle decisioni giurisprudenziali intervenute in materia che comunque devono ritenersi applicabili.

2. . Gli aspetti oggetto dell'intervento

Sono nella sostanza due gli aspetti sui quali è intervenuto il legislatore: l'uso del captatore informativo e la disciplina, purtroppo molto articolata, che ruota attorno al cd. archivio riservato.

Sotto il primo profilo, il legislatore ha esteso ai reati di cui all'art. 266 c.p.p., per i quali si può procedere ad intercettazioni, l'uso del c.d. *trojan horse* inserito sul dispositivo elettronico portatile. Conseguentemente, per questi reati è possibile ricorrere sia al tradizionale sistema di intercettazioni, sia al captatore, specificando – tuttavia – in questo senso, le ragioni per le quali si ritiene di ricorrere allo strumento più invasivo.

Si è altresì precisato che solo per i reati di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, e 51, comma 3 *quater*, è possibile l'uso del captatore nei luoghi di privata dimora a prescindere dal fatto che ivi si stia

svolgendo l'attività criminosa. Solo per questi reati inoltre è possibile che il p.m. possa procedere autonomamente, in via d'urgenza, ferma la necessità di indicare le ragioni.

Una disciplina derogatoria – come si vedrà più approfonditamente, essendo la parte della riforma che è divenuta già operativa e quindi sottratta alla “proroga” – riguarda i reati gravi dei pubblici ufficiali nei confronti della pubblica amministrazione, sia in relazione all'uso degli ordinari strumenti di intercettazione, sia con riferimento all'uso del del captatore (art. 6 d.lgs. n. 216 del 2017).

Non mancano norme “di corredo” come quelle relative alle intercettazioni ai difensori (art. 103 c.p.p.), all'uso dei risultati delle captazioni con *trojan* in altri procedimenti o per reati diversi da quelli per i quali le intercettazioni sono state autorizzate (art. 271 c.p.p.).

Il nucleo centrale della riforma era costituito dalla disciplina ruotante attorno all'archivio riservato ed a quello che potrebbe essere definito un vero e proprio incidente (probatorio) sull'utilizzabilità delle intercettazioni.

Le linee guida della materia possono essere così delineate. Si prevede(va) una triplice modalità di documentazione delle intercettazioni: l'annotazione dell'intercettazione ritenuta dalla polizia meramente irrilevante (per l'oggetto e per i soggetti); il verbale (o c.d. brogliaccio), nel quale è trascritto, anche sommariamente il contenuto dell'intercettazione; la trascrizione (da effettuare, con le forme, i modi e le garanzie della perizia) da ritenersi – peraltro – residuale.

A seguito di una interlocuzione tra polizia giudiziarie e p.m., le annotazioni possono restare tali e rimanere nell'archivio riservato ovvero essere trasfuse nel verbale.

Il pubblico ministero, esaurite le operazioni, salvo differimenti o per la prosecuzione o per il completamento delle attività di investigazione (disposta dallo stesso p.m.) ovvero per giustificare esigenze investigative (riconosciute dal giudice), deposita le annotazioni, i verbali e le intercettazioni e ne dà comunicazione ai difensori che potranno prenderne visione ed ascoltarne le registrazioni.

Si apre una interlocuzione dialettica, tendenzialmente cartolare davanti al giudice, che potrà accedere all'archivio riservato, nella quale i difensori potranno chiedere l'acquisizione del materiale ritenuto rilevante a fini di prova, ovvero l'esclusione delle intercettazioni ritenute irrilevanti. Il giudice decide in ordine all'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini (art. 373 comma 5 c.p.p.). A questo punto viene meno il segreto. Il materiale potrà essere integrato a richiesta del p.m. in seguito ad elementi sopravvenuti.

Con una precisione di cui va sottolineato il profondo significato le operazioni di acquisizione sono gestite dal giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni, vero garante di captazione e conseguentemente conoscitore delle tematiche oggetto delle indagini.

In tal modo, il percorso delineato si configura – come anticipato – come sub specie di incidente probatorio.

Una disciplina specifica, stante le esigenze a sottesa e la conseguente esternazione delle intercettazioni è (era) prevista con le modifiche introdotte agli artt. 291, 292 e 293 c.p.p.

3. L'attuale stato della disciplina

Il differimento della riforma, attuata come detto, con il d.l. n. 91 del 2018 impone di considerare l'attuale stato della disciplina delle intercettazioni.

Con il cit. d.l. n. 91 si è ora, infatti, disposto che all'art. 9 cit. le parole “dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto” sono sostituite da “dopo il 31 marzo 2019”.

Il tempo del differimento – nelle intenzioni del Governo – si è reso necessario – come anticipato – per l'intendimento dell'Esecutivo di rivisitare la materia soprattutto perché ritenuta troppo vincolante per una completa informazione sulle indagini.

Nel frattempo il Ministro aveva già provveduto a dare attuazione ad alcune disposizioni del d.lgs. n. 216 (Decreto ministeriale 20 aprile 2018). Come è emerso dalle previsioni richiamate, nessun differimento era previsto per l'art. 6 del citato d.lgs. che conseguentemente sono diventate efficaci con l'entrata in vigore del d.lgs.

La previsione – al comma 1 – riguarda i procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p.) per i quali sono estese le disposizioni dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 come nella l. n. 203 del 1991, cioè, quella prevista per le intercettazioni per i reati di criminalità organizzata, sia con riferimento ai presupposti, sia in relazione alla durata dell'attività di intercettazione.

Con il comma 2 del cit. art. 6 si dispone che l'intercettazione di comunicazione tra presenti nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p. non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore

informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa. Si tratta dell'elemento che differenzia l'uso del captatore per questi reati rispetto a quelli di criminalità organizzata.

Deve pertanto ritenersi che mentre il d.l. n. 91 ha differito la disciplina delle intercettazioni anche in relazione a quanto diversamente previsto dal d.lgs. n. 216 cit. in relazione all'uso del captatore informatico, non ha toccato quella di cui al citato art. 6 relativamente ai reati contro la p.a., nei due profili considerati ai commi 1 e 2.

Resta, pertanto, ferma l'attuale disciplina delle intercettazioni regolate dal codice e dalla legge speciale per i reati di criminalità organizzata ed ora anche per i reati dei pubblici ufficiali contro la p.a.; quanto all'uso del captatore informatico questo strumento potrà essere usato sia in alternativa allo strumento ordinario per i reati di cui all'art. 266 c.p.p., sia nei termini indicati per la criminalità organizzata della sentenza Scurato delle Sezioni Unite e per i reati dei pubblici ufficiali contro la p.a. anche nei luoghi di privata dimora se ivi sia in corso l'attività criminosa. Sotto quest'ultimo profilo, va evidenziato che mentre l'ipotizzata modifica fa riferimento ai reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis* e comma 3 *quater* c.p.p., le Sezioni Unite Scurato, recependo le indicazioni delle Sezioni Unite Petrarca del 22.3.2005, allargano il raggio di operatività della previsione.

Restano naturalmente aperte tutte le questioni attinenti all'uso del captatore in relazione alla molteplicità e flessibilità delle sue funzioni, sia in reazione alla sua collocazione sistematica, nel panorama delle prove, sia con riferimento alla sua disciplina ed alle garanzie conseguenti. Peraltro, di questo profilo, la riforma non si era occupata lasciando alla giurisprudenza la soluzione dei relativi risvolti processuali, connessi alle modalità e soprattutto alle garanzie.

Non è ancora scaduto il termine di dodici mesi per dare efficacia alla nuova disciplina della pubblicazione delle ordinanze cautelari di cui al citato art. 2, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 216 cit., dove si prevede una modifica del cpv dell'art. 124), essendo il d.l. n. 91 intervenuto solo sull'art. 9, comma 1, del cit. d.lgs. n. 216.