

La riforma delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Nuovi percorsi operativi per il difensore. Note sul D.L. 161/2019 in corso di conversione.

di *Francesco Antonio Maisano e Claudia Maria Piazza*

Sommario: **1.** L'individuazione della data di iscrizione del procedimento penale. – **2.** Il D.L. 161/2019: la *discovery* degli atti di intercettazione. – **2.1.** La richiesta cautelare e una scelta soppressiva poco convincente. – **3.** L'udienza di "stralcio". – **4.** Il *Trojan Horse*: l'ottica garantista della Sentenza S.U. n. 51/2020 a confronto con il nuovo art. 270 C.p.p. – **4.1.** L'eccezione del *Trojan*. – **5.** La tutela della riservatezza quale obiettivo dichiaratamente perseguito dal D.L. 161/2019. – **6.** Il divieto di trascrizione delle conversazioni e comunicazioni con il difensore

1. L'individuazione della data di iscrizione del procedimento penale

All'art. 1 del D.L. 161/2019 è stabilito che il termine di entrata in vigore della riforma in tema di intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni viene prorogato al 1 marzo 2020. Sul punto, risulta certamente apprezzabile il chiarimento operato dal legislatore: le nuove disposizioni in tema di intercettazioni troveranno applicazione per tutti i procedimenti relativi a notizie di reato iscritte nel registro della procura a norma dell'art. 335 C.p.p. a partire dal 1 marzo 2020, rimanendo invece ancorati alla disciplina ante-riforma i procedimenti iscritti anteriormente alla suddetta data. Si pone così fine all'estenuante differimento dell'entrata in vigore della riforma, soggetta a continue proroghe.

Risulta del tutto evidente che il difensore deve preliminarmente individuare la data di iscrizione della notizia di reato presso la Procura così da determinare la disciplina applicabile al procedimento cui è demandato assistere. Nel caso di notizia di reato iscritta nel registro fino al 29 febbraio 2020 trova applicazione il regime in materia di intercettazioni ante-riforma, e ciò deve intendersi nella sua totalità: non solo quindi le

richieste, ma anche le proroghe sono soggette al regime vigente dal 1988.

2. Il D.L. 161/2019: la *discovery* degli atti di intercettazione.

La nuova disciplina in tema di intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni introdotta nel nostro ordinamento attraverso il D.L. 161/2019 prevede tre differenti, e alternative fra loro, disposizioni dirette a consentire al difensore dell'imputato (*rectius* indagato) di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni ovvero prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche.

Il primo meccanismo di *discovery* degli atti di intercettazione è previsto all'art. 268 C.p.p. comma 6 laddove si introduce l'obbligo in capo al pubblico ministero di depositare presso l'archivio digitalizzato di cui all'art. 269 C.p.p. gli atti relativi alle intercettazioni e di darne avviso ai « difensori dell'imputato », salvo il possibile differimento del deposito, non oltre la chiusura delle indagini preliminari, in caso di « grave pregiudizio per le indagini »; tale avviso autorizza il difensore dell'indagato a esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni ovvero prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche entro il termine fissato dal pubblico ministero che ha disposto le intercettazioni (o prorogato dal Giudice su richiesta del difensore) . Il primo periodo dell'art. 268 comma 6 appare simile a quanto già previsto dal legislatore del 1988: viene dunque riproposto dalla riforma il *vulnus* normativo circa la facoltà del difensore di estrarre copia degli atti visionati, ponendo così l'accusa in netto vantaggio rispetto alla posizione dell'indagato. Dal disposto normativo il difensore avrebbe la legittimazione ad estrarre copia degli atti investigativi relativi alle intercettazioni solo a seguito della trascrizione (art. 268 comma 8 C.p.p.) o dell'acquisizione (art. 89-*bis* comma 4 disp. att. C.p.p.). Tale compressione del diritto di difesa assume particolare rilevanza in relazione alla facoltà delle parti di indicare al giudice le conversazioni e/o i flussi di comunicazioni informatiche/telematiche da acquisire (art. 268 comma 6 C.p.p.); non si comprende quale sia la *ratio* sottesa alla mancata previsione della facoltà del difensore dell'indagato di poter estrarre copia del materiale intercettativo a cui consegue necessariamente uno svantaggio giuridico ed ingiustificato per l'indagato, impedito della possibilità di una preliminare analisi completa di quanto raccolto dall'accusa. Per quanto appena affermato si dovrà necessariamente ricorrere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, facendo leva soprattutto sul consolidato insegnamento della Consulta (C.Cost. n.192/1997 e 336/2008) che valorizza il diritto ad una *discovery* (anche) con funzioni di controllo.

L'art. 268 comma 6 prima parte presenta però una differenza sostanziale rispetto a quanto previsto ante-riforma: il legislatore del 2019 ha inspiegabilmente ridotto i soggetti a cui è destinato l'avviso di deposito degli atti, con contestuale facoltà di prenderne cognizione per via telematica; infatti, sebbene il “vecchio” art. 268 C.p.p. si esprimesse in termini di « difensori delle parti », scelta giuridicamente incorretta ma intesa comunque a includere anche il difensore della persona offesa ad esempio, dalla novella legislativa si evince espressamente che i soli « difensori dell'imputato » sono i destinatari del summenzionato avviso. In conseguenza di ciò e dal combinato disposto degli artt. 268 comma 8 C.p.p. e 89-*bis* disp. att. C.p.p. così come novellati con il D.L. 161/2019, si deduce che i difensori delle “parti” (dunque non solo i « difensori dell'imputato») sono autorizzati ad accedere all'archivio digitale delle intercettazioni solo quando queste ultime siano già state trascritte o acquisite.

La seconda disposizione che si occupa di disciplinare il primo contatto della difesa con gli atti delle intercettazioni è contenuta nel recentemente introdotto comma 2-*bis* art. 415-*bis* C.p.p.; secondo questo nuovo comma infatti, qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6, l'avviso di conclusione delle indagini

per reati iscritti a partire dal 1 marzo 2020 dovrà contenere l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno la facoltà di esaminare per via telematica gli atti depositati presso l'archivio delle intercettazioni ed estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Entro 20 giorni dalla notifica dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* C.p.p., il difensore può inoltre depositare l'elenco di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti al *dominus* delle indagini, e, qualora il pubblico ministero dovesse rigettare tale istanza, il difensore è legittimato a richiedere al giudice di procedere nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 C.p.p. . Il Legislatore del 2019 si è altresì premurato di disciplinare la *discovery* degli atti di intercettazione anche nel caso di giudizio immediato: all'articolo 454 C.p.p. è stato infatti introdotto il comma 2-*bis* che prevede l'obbligo in capo al pubblico ministero di depositare l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei flussi unitamente alla richiesta di giudizio immediato nel caso in cui non abbia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6 C.p.p. . Tale disposizione prevede le stesse facoltà garantite al difensore previste dall'art. 415-*bis* comma 2-*bis* con la differenza di una notevole compressione dei termini: in questo caso infatti, il difensore può depositare l'elenco di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti non già nel termine di 20 giorni, bensì in quello più limitato di 15 giorni. Anche in questo caso, il titolare legittimato a decidere sull'istanza del difensore risulta essere il pubblico ministero, e solo in caso di rigetto potrà essere adito dalla difesa il giudice, affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268 commi 6 C.p.p. . Appare evidente che, sebbene non espressamente previsto dalla norma, la richiesta di procedersi nelle forme del giudizio immediato faccia sorgere in capo al difensore la facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi alle intercettazioni, presupposto indispensabile affinché la difesa possa eventualmente depositare l'istanza di acquisizione di nuove e ulteriori intercettazioni.

2.1. La richiesta cautelare e una scelta soppressiva poco convincente.

Quanto al deposito degli atti utilizzati per l'emissione dell'ordinanza cautelare da parte del Gip (Art. 293 C.p.p.) qualche perplessità suscita la scelta contenuta nel D.L. 161/2019 di sopprimere nel corpo del comma 3 dell'art.293 C.p.p. il terzo ed il quarto periodo.

Il diritto per il difensore all' esame dei verbali del materiale oggetto di intercettazione, nonché quello alla trasposizione su nastro dei dati, sono stati eliminati *tout court*.

Difficile comprendere una scelta che è comunque menomativa del diritto di difesa. Né convince la tesi, invero minimalista (Circolare Procura Rep. Sondrio del 15/1/2020), di una pacifica reviviscenza di tali diritti a seguito di "interpretazione consolidata della giurisprudenza". Togliere qualcosa ha sempre una sua *ratio* e se il qualcosa ha ad oggetto guarentigie difensive è doveroso chiedersi il perché di una scelta. Sul punto sarà interessante seguire il dibattito parlamentare di conversione ad oggi ancora in corso.

3. L'udienza di "stralcio"

La seconda parte dell'art. 268 comma 6 C.p.p. prevede che, una volta scaduto il termine fissato dal pubblico ministero entro cui i difensori dell'imputato possono esaminare per via telematica gli atti e ascoltare le registrazioni, il giudice « dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza ».

Il D.L. 161/2019 riprende quasi *in toto* la disciplina prevista ante-riforma, rinnegando quindi la scelta operata dal legislatore del 2017 di rendere solo eventuale l'udienza di stralcio: il D.lgs. n. 216/2017 infatti prevedeva in via principale che il G.I.P. acquisisse con ordinanza le intercettazioni non manifestamente irrilevanti indicate dalle parti a seguito di un'udienza camerale non partecipata.

Con la novella del 2019 dunque le "parti" sono onerate dal presentare al giudice le conversazioni e/o i flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire in udienza. Il legislatore specifica altresì che al pubblico ministero e ai difensori deve essere dato avviso almeno 24 ore prima dell'udienza affinché essi possano parteciparvi; il punto meno chiaro di tale disposizione risulta essere proprio il termine "difensori": non avendo la norma null'altro specificato, deve intendersi che siano i soli difensori dell'indagato a poter partecipare all'udienza di stralcio, essendo i difensori delle altre parti private esclusi dall'avviso di deposito degli atti di intercettazione di cui all'art. 268 comma 6 prima parte C.p.p. .

Oltre alla limitazione dei soggetti legittimati alla partecipazione a tale udienza, il D.L. 161/2019 prevede due ulteriori aspetti di novità riguardanti l'udienza di stralcio; innanzitutto, il legislatore ha inciso sulla sfera delle registrazioni oggetto di acquisizione che dal 1 marzo 2020 in avanti dovranno essere « non irrilevanti », non essendo più prevista la non *manifesta* irrilevanza; in secondo luogo, il novellato comma 6 dell'art. 268 C.p.p. amplia i poteri del giudice consentendogli di procedere allo stralcio non solo delle conversazioni inutilizzabili, ma anche di quelle riguardanti « categorie particolari di dati personali », salvo che non ne sia dimostrata la rilevanza. In quest'ultimo caso, spetta al soggetto che intende far acquisire l'intercettazione riguardante una categoria particolare di dati personali dimostrare al giudice non già la non irrilevanza, bensì la rilevanza ai fini del procedimento.

Come precedente affermato, si procede all'udienza di stralcio anche nelle ipotesi in cui il difensore *dell'imputato* chieda di procedersi nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 C.p.p. a seguito del diniego del pubblico ministero all'acquisizione di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti nei casi di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* ovvero 454 comma 2-*bis* C.p.p. .

A mente di quanto previsto ante-riforma, una volta conclusasi l'udienza di stralcio il giudice dispone la trascrizione ovvero la stampa in forma intellegibile delle intercettazioni ammesse, «osservando le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie » (art. 268 comma 7 C.p.p.), e dette trascrizioni o stampe

sono inserite nel fascicolo del dibattimento di cui all'art. 431 C.p.p. . Il D.L. 161/2019 specifica però che la perizia trascrittiva può essere disposta dal giudice « anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 », legittimando così il G.U.P. a nominare il perito anche a seguito dell'udienza preliminare, in modo da anticipare la perizia e circoscrivere le dilazioni processuali dovute all'espletamento di questa. A nostro avviso in questa fase è da intendersi consentita la partecipazione del difensore di parte civile già costituitosi nell'udienza preliminare.

4. Il Trojan Horse: l'ottica garantista della Sentenza S.U. n.51/2020 a confronto con il nuovo art. 270 C.p.p.

Conformemente a quanto previsto ante-riforma, al comma 1 dell'art. 270 viene confermato che « i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che non risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza ».

Partendo da una disamina dei vari orientamenti giurisprudenziali, le Sezioni Unite si sono recentemente pronunciate sul significato sotteso alla disposizione in questione. Nella Sentenza n. 51 del 2 gennaio 2020, la Suprema Corte analizza in un'ottica del tutto garantista la deroga legislativa al divieto di utilizzabilità delle intercettazioni, mezzo di ricerca della prova fortemente invasivo della sfera personale di un soggetto, in procedimenti “diversi”; il bilanciamento tra il diritto di cui all'art. 15 Cost. (libertà e segretezza della corrispondenza) e l'interesse pubblico alla repressione dei reati deve necessariamente condurre al principio di tassatività, quale strumento idoneo ad inibire eventuali « autorizzazioni in bianco » del giudice lesive dell'inviolabile diritto di riservatezza delle comunicazioni; la disposizione in questione prevede quindi espressamente che l'unica eccezione al divieto di inutilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti è costituita dai reati per i quali la legge prevede l'arresto obbligatorio in flagranza, in quanto espressivi di maggiore allarme sociale sempre che ricorrano le peculiarità tipiche della connessione.

Una volta individuata la *ratio* sottesa alla deroga legislativa, la Corte procede dunque interrogandosi sul significato di “diverso procedimento”, quale limite all'utilizzabilità delle intercettazioni autorizzate *ab origine* per un reato incluso nel catalogo di cui all'art. 266 C.p.p. . La Suprema Corte giunge ad affermare che proprio a causa della inviolabilità della segretezza delle comunicazioni, quale prolungamento della personalità di un individuo, i risultati del mezzo di ricerca della prova in questione, possono essere utilizzati in procedimenti che risultino connessi *ex art. 12 C.p.p.* a quello in cui le intercettazioni furono autorizzate, non potendosi parlare di diversità dei procedimenti se i reati risultano appunto connessi.

4.1 L'eccezione del Trojan.

Il D.L. 161/2019 interviene sulla disposizione di cui all'art. 270 C.p.p. ampliando la sfera di utilizzabilità delle intercettazioni operate con captatore informatico e

vanificando così, limitatamente a tali intercettazioni, la lettura garantista data dalla Corte di Cassazione nella Sentenza S.U. 51/2020; a tal riguardo il legislatore modifica *in toto* il comma 1-*bis* originariamente introdotto dal d. lgs. n. 216/2017, estendendo ora l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate con il c.d. *trojan horse* per la « prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'art. 266, comma 2-*bis* ». Dal 1 marzo 2020 in poi, dunque, potranno essere utilizzate le intercettazioni operate mediante captatore informatico in procedimenti diversi da quello in cui queste furono autorizzate senza che queste risultino indispensabili alla prova di reati diversi, ma solo sulla base del fatto che tale nuovo reato consenta astrattamente *ex art. 266 comma 2-bis* l'ammissibilità del summenzionato mezzo di ricerca della prova.

A tal proposito va rilevato che sia il d. lgs. n. 261/2017 prima, che il d. l. 161/2019 poi, hanno esteso la sfera dei reati per i quali risulta ammissibile l'intercettazione mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile. Al comma 2-*bis* dell'art. 266 è ora previsto che l'intercettazione di comunicazione tra presenti mediante inserimento del c.d. *trojan horse* « è sempre consentita per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4 ».

Vi è una chiara scelta politica alla base dell'allargamento, ben oltre la cornice dei delitti di criminalità organizzata, di uno strumento così invasivo. Una scelta che si è fortemente connotata a partire dall'approvazione della Legge n.3/2019 (cd "spazzacorrotti").

5. La tutela della riservatezza quale obiettivo dichiaratamente perseguito dal D. L. 161/2019

Attraverso il D.lgs. n. 216/2017 è stato introdotto l'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p., norma di dettaglio sull'archivio delle intercettazioni tenuto sotto la direzione e sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Tale disposizione, così come modificata dal legislatore del 2019, non solo prescrive al pubblico ministero di depositare i verbali, gli atti e le registrazioni nell'archivio digitale di cui all'art. 269 C.p.p., ma impone altresì le modalità di gestione di tale archivio volte ad assicurare la segretezza delle intercettazioni non necessarie per il procedimento, di quelle irrilevanti, di quelle inutilizzabili, ovvero di quelle riguardanti dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia, così come specificato nella relazione tecnica al decreto legge.

Il difensore dell'indagato, a differenza del difensore delle altre parti private, potrà avere accesso all'archivio digitale in questione già a seguito dell'avviso di deposito di cui all'art. 268 C.p.p., ovvero a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini di cui all'art. 415-*bis* C.p.p., non dovendo egli attendere l'acquisizione o la trascrizione delle intercettazioni.

L'accesso all'archivio di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p. pone il difensore

dell'indagato nella posizione di prendere cognizione di tutto il materiale risultante dalle intercettazioni, ivi compreso quello ritenuto non rilevante da parte del pubblico ministero, e ciò a espressione della tutela del diritto di difesa. Invero, una volta visionati tutti gli atti, compresi quelli coperti da segreto perché inutilizzabili, irrilevanti a parere del Procuratore, ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali, il difensore sarà in grado di indicare eventualmente le ulteriori registrazioni da acquisire al fine di contrastare l'accusa.

Il D.L. 161/2019 ha poi modificato sensibilmente l'originaria previsione di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p. sopprimendo al comma 4 il divieto per i difensori di fare copia delle registrazioni e degli atti custoditi nell'archivio riservato; viene ora prevista la facoltà in capo ai difensori delle parti di ottenere copia delle registrazioni acquisite a norma degli articoli 268 e 415-*bis* C.p.p.

La novità di maggiore rilievo è però costituita dall'introduzione nel corpo dell'art. 114 C.p.p. di un comma 2 bis che prescrive il divieto assoluto di pubblicazione anche parziale delle intercettazioni non acquisite o acquisite irregolarmente. L'intenzione del legislatore è di eliminare la mala prassi di pubblicare o diffondere brani o stralci di conversazioni che nulla hanno a che fare con l'accertamento del reato ma solleticano solo la curiosità per dati sensibili che invece vanno ora affidati al necessario segreto.

6. Il divieto di trascrizione delle conversazioni e comunicazioni con il difensore.

L'art. 103 C.p.p., recante disposizioni in materia di garanzie di libertà del difensore, viene arricchito dal D.lgs. 216/2017, laddove il legislatore aggiunge una seconda parte al comma 7; trattasi del divieto di trascrizione, anche in forma riassuntiva, delle comunicazioni con il difensore casualmente captate che si aggiunge al divieto di utilizzabilità delle stesse.

Detta modifica, non soppressa dal D.L. 161/2019, impone ora -in aggiunta al divieto di utilizzazione- di non trascrivere nemmeno nei c.d. brogliacci di ascolto le conversazioni tra difensore e assistito; nel verbale infatti dovranno essere indicati soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

Trattasi, all'evidenza, di uno scudo (aggiuntivo ma sempre) parziale a garanzia del diritto di difesa che avrebbe meritato, a nostro avviso, maggiore protezione con l'inserimento di diversa modalità operativa comportante direttamente l'interruzione dell'intercettazione stessa. A tal proposito si segnala l'importante approfondimento curato dal Consiglio nazionale Forense che in sede di audizione parlamentare (Audizione del 4 febbraio 2020, Consigliera Giovanna Ollà) ha sottolineato come "solo l'immediata interruzione dell'intercettazione (attraverso lo spegnimento dei sistemi informatici utilizzati) o della captazione (ndr: attraverso il c.d. trojan)" possono garantire una reale ed effettiva tutela del diritto di difesa mettendolo al riparo dall'ascolto da parte di ausiliari dell'accusa.