LUCI ED OMBRE NEL DECRETO LEGGE SULLE INTERCETTAZIONI

Leonardo Filippi

LUCI ED OMBRE NEL D.-L. SULLE INTERCETTAZIONI

1.L'ennesimo rinvio.- L'approvazione definitiva del d.-l. n. 161/2019 ha comportato un ulteriore differimento dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 216/2017, o meglio delle disposizioni profondamente modificate di questo provvedimento legislativo. Infatti, la nuova disciplina introdotta dal d.-l. n. 161/2019 si applica alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 30 aprile 2020, mentre la disposizione sulla pubblicazione dell'ordinanza cautelare si applica a decorrere dal 1 maggio 2020.

Tra le modifiche intervenute sul testo originario del decreto-legge occorre distinguere. Alcune integrazioni sono necessarie e opportunamente sono state inserite; altre hanno comportato un'ulteriore involuzione della disciplina delle intercettazioni.

2.Le modifiche condivisibili.- Così, per un verso, si è posta una norma generale che prescrive che quando è acquisita una registrazione, il giudice ne dispone, se necessario, la trascrizione a norma dell'art. 268, comma 7, c.p.p. (art. 242, comma 2, c.p.p.), indicando tale modalità come quella ordinaria di trascrizione.

Si è opportunamente rafforzata la *privacy* vietando la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni conferite nell'archivio delle intercettazioni ed ivi giacenti perchè non acquisite ai sensi degli artt.268, 415-bis o 454 c.p.p. (art. 114,comma 2-bis, c.p.p.).

Si è completato il novero delle disposizioni che consentono l'acquisizione del contenuto delle intercettazioni di cui è vietata la pubblicazione, aggiungendo in diverse diposizioni l'art. 454 c.p.p. per il caso di giudizio immediato. Ugualmente opportuno, anzi doveroso è stato sanare la dimenticanza e ovviare alla evidente incostituzionalità del decreto-legge derivante dalla sentenza n. 192/1997, inserendo ora nell'art. 293, comma 3, c.p.p., la previsione che il difensore ha diritto di esaminare e di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, anche dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e poste dal p.m. a base della sua richiesta .

Si ascrive al novero delle modifiche condivisibili anche l'interpolazione dell'art. 266, comma 2-bis, c.p.p., che consente l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, oltre che per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. anche per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio 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.p.p., ma soltanto per questi ultimi si è opportunamente prescritta la "previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale".

Opportunamente si è corretta l'indicazione dei destinatari dell'avviso di deposito degli atti e delle registrazioni che sono ora i "difensori delle parti" (art. 268, comma 6, c.p.p.), cioè delle persone sottoposte

alle indagini (mentre nel decreto legge ci si riferiva impropriamente ai “difensori dell’imputato”). La modifica impedisce tuttavia che l’avviso sia notificato al difensore della persona offesa (che non è una parte), la quale continua così ad essere esclusa dalle operazioni di selezione e trascrizione delle registrazioni.

Altrettanto opportuna la previsione che il giudice, con il consenso delle parti, può disporre l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini. In caso di contestazioni si procede alla trascrizione osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l’espletamento delle perizie (art. 268, comma 7, c.p.p.).

Pure condivisibile è la modifica intervenuta sull’art. 269 c.p.p., in tema di conservazione della documentazione, laddove si prevede 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”. Intanto è poco chiaro in che modo verbali e registrazioni possano essere acquisiti al fascicolo delle indagini: infatti, posto che tutte le registrazioni confluiscono nell’archivio delle intercettazioni e che solo quelle ritenute utilizzabili e non irrilevanti dal giudice per le indagini preliminari possono essere trascritte, risulta incomprensibile tale “acquisizione” al fascicolo delle indagini, se non ammettendo una acquisizione derivata dall’impiego (peraltro non disciplinato dalla legge) dell’intercettazione perché posta a base di una richiesta cautelare o di un atto d’indagine. Ovviamente, in questi casi i verbali e le registrazioni cessano di essere coperti dal segreto. Anche nell’art. 269, comma 1, c.p.p. si è opportunamente corretta l’espressione “difensori dell’imputato” con quella “difensori delle parti” e si è precisato che sia al GIP sia ai difensori delle parti è consentito l'accesso all' “archivio delle intercettazioni” e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà, soltanto “successivamente al deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415-bis o nel caso previsto dall'articolo 454, comma 2-bis” c.p.p.

Nell’ art. 270, al comma 1-bis, c.p.p. si è opportunamente modificata la condizione di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico, nel senso che, mentre nella versione originaria del decreto-legge tali risultati potevano essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali era stato emesso il decreto di autorizzazione, essendo sufficiente che fossero “compresi tra quelli indicati dall’art. 266, comma 2-bis”, la modifica intervenuta in sede di conversione subordina l’utilizzabilità alla circostanza che i risultati emersi “risultino indispensabili per l’accertamento dei delitti indicati dall’articolo 266, comma 2-bis”.

3.Le modifiche criticabili.- Assai meno condivisibile l’aggiunta di un nuovo caso di intercettazione alla lett. f-quinquies) dell’art. 266 c.p.p., cioè i “delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”, che

si aggiunge alla già lunghissima lista dei reati suscettibili di intercettazione e che può riguardare anche reati bagatellari ma aggravati da tale modalità "mafiosa".

Ma la modifica veramente inaccettabile perché incostituzionale in rapporto alla necessità dell " atto motivato dell'autorità giudiziaria" è quella intervenuta sull'art. 270, comma 1, c.p.p. Infatti, si lascia apparentemente ferma la regola generale per cui i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, ma si sconvolge l'eccezione che non è più quando i risultati emersi risultino "indispensabili", ma, pleonasticamente, anche "rilevanti" (infatti è evidente che ciò che indispensabile deve necessariamente essere anche rilevante) per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, ma soprattutto sembrerebbe volerla estendere a tutti i "reati di cui all'articolo 266, comma 1": tale infelice locuzione, a meno che non voglia indicare due condizioni cumulative di utilizzabilità, sembra indicare due condizioni tra loro alternative e quindi il legislatore ha voluto ammettere come prova utilizzabile quella emersa dall'intercettazione disposta per un diverso reato e utilizzabile per qualsiasi altro reato emerso dalla captazione purchè sia suscettibile di intercettazione perché ricompreso nell'art. 266, comma 1, c.p.p. Se dovesse intendersi in questo modo, sarebbe evidente la portata dirompente sulla garanzia del previo atto motivato dell'autorità giudiziaria, che ora diventerebbe in questo modo una "autorizzazione in bianco" , cioè una "licenza di intercettare" che rende utilizzabile la prova per qualsiasi reato emerga dalla captazione. In questo modo, si è andati contro il *dictum* della Corte costituzionale, che precisò che la *ratio* del divieto di utilizzazione trasversale dei risultati dell'intercettazione risiede nella considerazione che sul diverso procedimento manca la garanzia del previo intervento del giudice, col rischio che l'autorizzazione diventi una "inammissibile autorizzazione in bianco" ad eseguire intercettazioni (Corte cost. 10 febbraio 1994, n.63, e, già in precedenza, Corte cost.11 luglio 1991, n.366). E si è persino dimenticato il recente principio di diritto affermato dalle Sezioni unite Cavallo del 2020, che avevano posto un preciso limite alla indiscriminata utilizzabilità di quanto emerso dall'intercettazione. Com'è noto, secondo le Sezioni unite, il divieto di cui all'art. 270 c. p. p. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 c. p. p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge (Cass., Sez. un., ud. 28 novembre 2019, (dep.2 gennaio 2020),Cavallo, n. 51).

In tema di procedimento applicativo di misura cautelare, si consente, come già avviene oggi, che la richiesta del pubblico ministero al GIP di una misura cautelare si possa fondare anche sui cosiddetti "brogliacci" della polizia giudiziaria di cui all'art. 268, comma 2,c.p.p., limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti, esigendosi soltanto che siano conferiti nell' "archivio delle intercettazioni" di cui all'articolo 269, oltre che tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate

(art. 291, comma 1, c.p.p.). In questo modo, però, si perpetua la prassi per cui le misure cautelari sono adottate senza che né il P.M. né il GIP abbiano ascoltato le registrazioni, che vengono poste a base della limitazione della libertà personale facendo affidamento soltanto sull'udito, sulla percezione, se non sull'interpretazione, della sola polizia giudiziaria.

Equivoca risulta la precisazione che, qualora non si sia proceduto al "deposito ordinario" ai sensi dell'art. 268, commi 4, 5 e 6, c.p.p., l'avviso di conclusione delle indagini 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.). Infatti, la precisazione che gli atti devono essere stati già "depositati" sembra lasciare aperta la possibilità che persino al momento di conclusione delle indagini possano esservi atti relativi alle intercettazioni non ancora depositati e quindi sottratti alla conoscenza della difesa; il che sarebbe inammissibile.

E' inaccettabile che, in caso di richiesta del P.M. di giudizio immediato, la decisione in prima battuta sull'ammissibilità della lista delle registrazioni rilevanti per la difesa competa allo stesso P.M. anziché al GIP. E' risibile poi il termine di appena dieci giorni, a fronte dei novanta di indagini preliminari, di proroga per il difensore (art. 454, comma 2-bis. c.p.p.).

4.Conclusioni.- In definitiva, evidenti ragioni di premura, oltre che di divergenze all'interno della stessa maggioranza, hanno impresso un'accelerazione al procedimento di conversione del decreto legge, impedendone una meditata e riflessiva ponderazione. Tale affrettata approvazione sconta quindi diversi punti critici che sicuramente presteranno il fianco a censure di incostituzionalità: sia sufficiente pensare alla modifica dell'art. 270, comma 1, c.p.p. che introduce nel nostro ordinamento una "autorizzazione in bianco ad intercettare" perché ammette come prova utilizzabile quella emersa dall'intercettazione disposta per un diverso reato ma utilizzabile per qualsiasi altro reato emerso dalla captazione purchè sia suscettibile di intercettazione. Sul punto, penso che la Consulta non tarderà a ricordare i suoi precedenti e a cancellare questa vergognosa disposizione.

Qui di seguito il testo delle norme modificate (in nero sono evidenziate le modifiche rispetto al testo previgente; in rosso le modifiche operate in sede di conversione).

Norme modificate