

QUESITI E CASI IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI: LE RISPOSTE DI GIORGIO SPANGHER, GIUSEPPE SANTALUCIA ED ANTONELLA MARANDOLA

Redazione

TIME OUT

PENALE – **Diritto e Procedura**

giovedì 18 febbraio 2021 – ORE 18

Webinar

In diretta su  <https://www.facebook.com/PenaleDP>

QUESITI E CASI IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI

Modera

Avv. Fabrizio Galluzzo

Coordinamento di redazione di PENALE DP

Rispondono ai quesiti

Prof. Giorgio Spangher

Emerito di Procedura Penale – Sapienza Università di Roma

Cons. Giuseppe Santalucia

Presidente Associazione Nazionale Magistrati

Prof.ssa Antonella Marandola

Ordinario di Procedura Penale – Università di Benevento



Pubblichiamo le risposte ai quesiti proposti nel corso del Webinar "Quesiti e casi in materia di intercettazioni", tenutosi in data 18 febbraio 2021.

Le risposte ai quesiti e la soluzione dei casi pratici sono state predisposte sinteticamente dai relatori del webinar, Giorgio Spangher, Giuseppe Santalucia ed Antonella Marandola.

Per riguardare il Webinar, potete collegarvi al seguente sito:

www.facebook.com/PenaleDP/videos

Scarica qui la [locandina](#)

QUESITI

1. Può il difensore accedere al registro riservato di cui all'art. 267, comma 5, c.p.p.?

Risponde Antonella Marandola:

No, il difensore della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non può accedere al "registro riservato", gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, nel quale sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni (art. 267, comma 5, c.p.p.).

2. Può effettuarsi la riunione di un reato presente in un procedimento iscritto prima del 1° settembre con uno iscritto dopo il 1° settembre, in relazione al problema della disciplina utilizzabile per le intercettazioni telefoniche?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Sì. La riunione dei processi (non dei reati, formula questa a-tecnica) risponde alle condizioni indicate in generale dall'art. 17 cod. proc. pen. I limiti temporali di utilizzabilità delle intercettazioni, secondo le previsioni dell'ultima riforma, non possono interferire con la disciplina della riunione dei processi. Detti limiti, però, non possono e non debbono essere elusi proprio dalla riunione dei processi utilizzata come

espedito per aggirare i divieti di utilizzazione espressi con la previsione che alcuni ampliamenti nel ricorso alle intercettazioni valgono soltanto per i procedimenti iscritti successivamente al 31 agosto 2020.

3. Il termine di venti giorni di cui all'art 415 bis c.p.p. è comprensivo anche del termine per accedere all'archivio?

Risponde Giorgio Spangher:

La risposta è affermativa, anche se il termine è troppo breve. Come lo è quello di 15 giorni nel giudizio immediato soprattutto in relazione alla richiesta di rito abbreviato. In caso di un eventuale allungamento dei termini, invero si potrebbero prospettare questioni sulla possibile scadenza del termine delle misure cautelari.

4. Può il giudice accedere all'archivio digitale delle intercettazioni dopo il deposito e la richiesta di misura cautelare?

Risponde Antonella Marandola:

Il giudice non potrà accedervi e quindi non potrà integrare il corredo probatorio posto a fondamento della richiesta cautelare. Ci sarà da parte sua un potere di filtro per cui il giudice deciderà in questo caso le intercettazioni che sono inutilizzabili o non rilevanti ai fini cautelari e le restituirà al pubblico ministero. D'altra parte il giudice si muove sulla richiesta del pubblico ministero, non ha questo potere di accesso.

5. E' ammesso l'accesso della persona sottoposta alle indagini/imputato all'archivio digitale?

Risponde Giorgio Spangher:

Sì, è ammesso l'accesso insieme al difensore.

6. In caso di nomina di due difensori l'accesso è consentito ad entrambi?

Risponde Giorgio Spangher:

Sì, l'avviso va rivolto ad entrambi.

7. L'art. 270 c.p.p. opera anche in relazione a soggetti terzi estranei all'intercettazione?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Si. I riferimenti che l'articolo opera per definire l'ambito di utilizzabilità dei risultati delle operazioni di intercettazione sono il procedimento (diverso o medesimo) e il reato, non altro. Non rileva, pertanto, chi siano i soggetti coinvolti nell'ascolto, se gli indagati/imputati o i terzi; quel che importa è che le comunicazioni e conversazioni siano indispensabili o rilevanti, secondo la formula selettiva che quell'articolo ha adottato.

8. In caso di dichiarazioni lesive va espunta tutta la conversazione oppure solo le espressioni lesive?

Risponde Antonella Marandola:

La questione è aperta: secondo l'Interpretazione letterale dell'art. 268, comma 2-*bis*, c.p.p. incentrato sulle modalità espressive, piuttosto che sul contenuto della comunicazione, andrebbero eliminate sole le prime; la soluzione fondata sulla *ratio* logico-sistematica conduce ad eliminare dal materiale le conversazioni potenzialmente lesive per l'interesse alla riservatezza delle persone coinvolte nella captazione, non rilevanti a fini probatori.

9. In caso di intercettazione al difensore in relazione all'attività difensiva è necessario interrompere la captazione?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Si. Anzi, una intercettazione del tipo di quella indicata in domanda non dovrebbe essere né autorizzata né ovviamente eseguita. L'art. 103, comma 5, cod. proc. pen., prescrive testualmente che non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori...né a quelle tra costoro e le persone da loro assistite. È ovvio quindi che una intercettazione fatta nei confronti del difensore per carpire notizie relative all'espletamento del mandato difensivo, non potendo essere richiesta, autorizzata ed eseguita, va interrotta.

10. E' regolamentata l'attività di p.g. di attivazione e spegnimento del trojan?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Soltanto in parte. L'art. 89 disp. att. cod. proc. pen. si limita a dare alcune indicazioni ma non sono regolate le attività materiali di installazione del trojan né quelle di cd. spegnimento, rimesse alla discrezionalità

esecutiva del pubblico ministero.

11. E' necessario nel verbale delle operazioni indicare i nomi degli operatori?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Si, anche se l'omissione non è causa di nullità o di inutilizzabilità. Il verbale delle operazioni è anzitutto un verbale, appunto, e soggiace quindi anche alle regole generali. L'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., specificamente dedicato al verbale delle intercettazioni, prescrive che esso debba contenere i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni.

12. E' possibile accedere all'archivio con un consulente (fonico o linguista)?

Risponde Antonella Marandola:

L'art. 89-bis disp. att. c.p.p. indica che all'archivio possono accedere, (omissis) i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Superando il tenore letterale la legge pare abilitare l'accesso ai cd. consulenti tecnici delle parti tra cui potrebbe annoverarsi un fonico o linguista.

13. E' possibile nel rito abbreviato l'uso dei brogliacci?

Risponde Antonella Marandola:

Sembrerebbe che la riforma avrebbe imposto l'osservanza della nuova procedura prevista all'art. 268, comma 6 c.p.p. anche per l'individuazione del materiale rilevante e utilizzabile anche per il loro impiego nel giudizio abbreviato.

14. E' possibile disporre la trascrizione (perizia) in sede dibattimentale?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Si. L'art. 268, comma 7, cod. proc. pen. prevede che la trascrizione nelle forme della perizia sia disposta dal giudice della cd. udienza stralcio o dal giudice dell'udienza preliminare in sede di formazione del fascicolo per il dibattimento. Non si tratta però di norme che esprimano un divieto di disporre perizia successivamente.

15. E' possibile che il giudice disponga d'ufficio ex art. 507 c.p.p. il recupero di intercettazioni dall'archivio?

Risponde Giuseppe Santalucia:

Si. L'accesso all'archivio, operazione preliminare e necessaria per il recupero postumo di registrazioni inizialmente scartata, è consentito al giudice, al pubblico ministero e ai difensori delle parti, secondo quanto stabilito dal codice – art. 89 bis disp. att. cod. proc. pen. –. La formula normativa “secondo quanto stabilito dal codice” sta a significare che l'accesso è consentito e non può essere impedito se richiesto in corrispondenza con momenti processuali che possono connotarsi per l'esercizio di attività istruttoria.

16. E' possibile per le parti recuperare altre intercettazioni dall'archivio digitale nel corso del dibattimento?

Risponde Antonella Marandola:

Si, il nuovo sistema di acquisizione delle comunicazioni non pone sul punto alcuna preclusione. A richiesta di parte, è possibile acquisizione di materiale rilevante e utilizzabile, ai sensi dell'art. 242 c.p.p. e il giudice ne dispone, se necessario, la trascrizione a norma dell'art. 268, comma 7, c.p.p.

17. Quando potrà il difensore accedere all'archivio delle intercettazioni nella procedura di applicazione delle misure cautelari reali?

Risponde Antonella Marandola:

La legge n. 7 del 2020 non ha conferito un particolare diritto all'accesso all'archivio delle intercettazioni alla difesa nel corso del procedimento cautelare per cui occorrerà riferirsi alla disciplina ordinaria in materia cautelare reale (e personale), salvo il fatto che la novella ha stabilito che il P.M., nel richiedere al giudice competente la misura cautelare, gli presenta “gli elementi su cui la richiesta si fonda”, compresi i verbali ed i “brogliacci”, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti, e, comunque, conferiti nell'archivio delle intercettazioni, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate (art. 291, comma 1, c.p.p.).

Rimane, invece, fermo, come prescritto da Corte cost. n. 336/2008, il diritto del difensore di “esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate” poste dal P.M. a fondamento

della sua richiesta di misura cautelare, oltre al diritto “in ogni caso” alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni (art. 293, comma 3, c.p.p.).

L'accesso sarà legato, peraltro, alle fase in cui la domanda è formulate vale a dire alle cd. finestre legali che consentono l'accesso all'archivio (v. artt. 268, 415-*bis* e 454, comma 2-*bis*, c.p.p.)

18. Quando potrà il difensore accedere all'archivio delle intercettazioni nella procedura di fermo ex art. 384 c.p.p. i cui gravi indizi sono sorretti da intercettazioni?

Risponde Giorgio Spangher:

Non può accedere. Potrà conoscere le intercettazioni soltanto dopo il deposito o in sede di interrogatorio ex art. 388 c.p.p. ovvero nell'udienza di convalida.

19. Quando potrà il difensore accedere all'archivio digitale nella procedura di applicazione della misura interdittiva dell'art. 289 c.p.p. fondata su intercettazioni?

Risponde Giorgio Spangher:

Non può accedere ma conoscerà le intercettazioni a seguita della richiesta della misura avanzata dal pubblico ministero nel corso dell'interrogatorio.

20. E' possibile nei procedimenti iscritti prima del 1° settembre, utilizzare lo strumento del captatore secondo le nuove previsioni?

Risponde Giuseppe Santalucia:

No. Le disposizioni ampliative delle possibilità d'uso del captatore informatico si applicano, per espressa previsione di diritto intertemporale – art. 9, comma 1, d. lgs. n. 216 del 2017, come modificato da ultimo dall'art. 1, comma 1, lett. a), d. l. n. 28 del 2020, conv. con modif., con la legge n. 70 del 2020 –, ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020. È conseguente ritenere che per i procedimenti penali iscritti in data precedente quelle disposizioni ampliative del ricorso allo strumento del captatore informatico non possano trovare applicazione.

21. Nel corso delle indagini, quando il difensore, dopo l'accesso all'archivio digitale ex art. 268 c.p.p.,

ritenga di formulare la richiesta di acquisizione di altre intercettazioni ritenute rilevanti (rispetto a quelle ammesse dal P.M.) deve formulare la domanda all'organo inquirente o solo al G.I.P.?

Risponde Antonella Marandola:

Il tema è affrontato, seppur in altra sede, dal novellato art. 415-bis, comma 2-bis, c.p.p. che ha sostanzialmente recepito l'interpretazione giurisprudenziale formatasi nel vigore della precedente disciplina per cui dopo l'avviso *"Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6" c.p.p.* Il protocollo pare selezionare le intercettazioni "rilevanti" al pubblico ministero, limitando l'intervento del giudice solo ai casi di disaccordo tra accusa e difesa, in particolare sulle ulteriori conversazioni o comunicazioni di cui la difesa volesse sollecitare l'acquisizione.

22. E' possibile avviare il trojan per videoriprese nei luoghi di privata dimora?

Risponde Giorgio Spangher:

E' possibile solo in riferimento ad attività comunicative.

23. In caso di inserimento del virus sul cellulare in Italia ed intercettazioni effettuate all'estero è necessario procedere alla rogatoria?

Risponde Giuseppe Santalucia:

No. Come è stato spiegato dalla Corte di cassazione, "l'intercettazione ambientale a mezzo captatore informatico installato in Italia su telefono collegato ad un gestore nazionale, non richiede l'attivazione di una rogatoria internazionale per il solo fatto che le conversazioni siano eseguite in parte all'estero, e temporaneamente registrate tramite wi-fi locale, a causa dello spostamento dell'apparecchio sul quale è inoculato il malware, atteso che la captazione ha avuto origine e si è comunque realizzata in Italia, attraverso le centrali di ricezione presso la procura della Repubblica" – Sez. 2, n. 29362 del 22/07/2020, Rv. 279815.

24. Può la difesa acquisire copia delle intercettazioni restituite dal gip al p.m. e all'archivio in caso di richiesta di misura cautelare perché ritenute irrilevanti?

Risponde Antonella Marandola:

No, posto che ai sensi dell'art. 92, comma 1-*bis* disp. att. c.p.p., contestualmente alla trasmissione dell'ordinanza che dispone la misura cautelare, il giudice deve restituire all'accusa le comunicazioni e conversazioni intercettate non rilevanti o inutilizzabili, perché le depositi in archivio prima da dare esecuzione alla misura cautelare.

25. E' possibile accedere all'archivio digitale con l'interprete?

Risponde Giorgio Spangher:

Risposta affermativa.

26. Dopo la chiusura delle indagini, è necessaria una autorizzazione del PM per l'accesso all'archivio riservato?

Risponde Giorgio Spangher:

Chiuse le finestre temporali di accesso (Artt. 268, 415 bis e 454 c.p.p.) potrebbe essere necessaria l'autorizzazione; ma l'art. 269 c.p.p. prevede l'ascolto e l'accesso come diritto.

27. Le registrazioni sono trasmesse al giudice per l'udienza preliminare e al giudice del dibattimento, oppure il giudice deve accedere all'archivio per l'ascolto diretto delle prove?

Risponde Giorgio Spangher:

Le registrazioni dovrebbero essere trasmesse ed essere contenute nel fascicolo del dibattimento: Comunque il giudice dovrebbe poter accedere all'ascolto ex art 269 c.p.p.

CASI PRATICI

- 1. Conversazione su WhatsApp, cancellata dall'app e trasferita sul computer a casa - intercettazione/sequestro- natura**

Risponde Antonella Marandola:

Nel caso di specie non vertendosi attorno ad una conversazione, ma al semplice riversare i messaggi nel pc, il regime applicabile appare quello delineato dalla giurisprudenza di legittimità che identifica i messaggi whatsapp come documenti (da ultimo Cass. Sez. 6 settembre 2018, n. 40074/) e non come intercettazioni. Segnatamente, pare mutuabile quell'orientamento secondo il quale "non è applicabile la disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p. in tema di sequestro di corrispondenza, bensì quella prevista dall'art. 234 c.p.p., concernente i documenti, con riferimento a messaggi whatsapp ed sms rinvenuti in un telefono cellulare sottoposto a sequestro, in quanto questi testi, non costituendo il diretto obiettivo del vincolo, non rientrano neppure nel concetto di "corrispondenza", la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito". Anche il richiamo alla disciplina delle intercettazioni non risulta pertinente, dovendosi ribadire la recente affermazione di questa Corte (Cass. Sez., 21 novembre 2017, n. 1822, Rv. 272319, invero già anticipata dalla citata sentenza n. 928/16), secondo cui i messaggi whatsapp e gli sms conservati nella memoria di un telefono cellulare sottoposto a sequestro hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché la loro acquisizione non costituisce attività di intercettazione disciplinata dagli art. 266 e ss. c.p.p., atteso che quest'ultima esige la captazione di un flusso di comunicazioni in atto ed è, pertanto, attività diversa dall'acquisizione ex post del dato conservato nella memoria dell'apparecchio telefonico, che documenta flussi già avvenuti".

2. Dichiarazione a casa del marito, pubblico ufficiale, alla moglie di aver ricevuto soldi per aggiustare una pratica/ ovvero, medesima situazione con riferimento al reato di truffa in pubbliche forniture. Intercettazione ambientale in luogo di privata dimora-utilizzabilità.

Risponde Giorgio Spangher:

Utilizzabilità delle intercettazioni qualora si proceda per il reato di corruzione. Inutilizzabilità qualora si proceda, invece, per il reato di truffa.

3. Intercettazione disposta per corruzione in una indagine nei confronti di una pluralità di pubblici dipendenti (agenzia delle entrate). Emersione per alcuni, soltanto del reato di abuso di ufficio. Utilizzabilità.

Risponde Giuseppe Santalucia:

Il caso evoca il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Cavallo: il p.m. ha richiesto e ottenuto l'intercettazione su un reato di corruzione, che è un reato ricompreso nell'elenco dell'art. 266 c.p.p. ma si imbatte in un reato "minore", l'abuso d'ufficio, che non è nell'elenco dei reati intercettabili. Con la sentenza

richiamata le Sezioni Unite ci hanno spiegato quando il procedimento è unico e quando è diverso; che pur all'interno del medesimo procedimento, quindi, non in applicazione dell'art. 270 c.p.p., ma in applicazione dell'art. 266 c.p.p. e della funzione di garanzia dell'autorizzazione, i risultati intercettativi non possono essere utilizzati se servono a provare un reato che non è stato oggetto del provvedimento autorizzativo, ma che è stato scoperto nel corso delle operazioni di intercettazioni. Altrimenti l'autorizzazione, ottenuta per un reato di corruzione, sarebbe una sorta di autorizzazione in bianco, quella che la Corte Costituzionale sin dal '73 con la sentenza n. 34, ha escluso che possa avere diritto di cittadinanza, perché l'autorizzazione serve proprio a verificare che ci siano quei presupposti di legittimità delle operazioni di intercettazione in applicazione diretta dell'art 15 Cost., quindi anche se siamo nello stesso procedimento, ipotesi di connessione dell'art 12 per i reati di corruzione e per il reato di abuso di ufficio, questo principio di diritto impedisce di rispondere affermativamente sull'utilizzabilità.