

Penale

PROCESSO PENALE

Riforma Orlando: brevissime note sulla delega in materia di intercettazioni

lunedì 17 luglio 2017

di **Suraci Leonardo** Dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università La Sapienza di Roma

La riforma del codice di procedura penale, attuata con Legge 23 giugno 2017, n. 103, contiene, come è noto, una delega al Governo affinché intervenga sulla materia delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Il termine per l'esercizio del potere delegato è stato stabilito in tre mesi, mentre il coinvolgimento delle Camere nell'itinerario legislativo dovrà avvenire mediante l'espressione di pareri da parte delle competenti commissioni sugli schemi che il Governo dovrà provvedere a trasmettere.

Legge 23 giugno 2017, n. 103 – GU 4 luglio 2017, n. 154

La disciplina delle intercettazioni contenuta negli artt. 266 ss. c.p.p., ha osservato la Corte costituzionale, mira a contemperare il potenziale contrasto fra i due valori costituzionali espressi dal diritto dei singoli individui alla libertà e segretezza delle loro comunicazioni e dall'interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono (C. Cost., 17 luglio 1998, n. 281).

Il **tema** è, inoltre, **tra i più delicati e complessi della procedura penale**, trattandosi di un mezzo di ricerca della prova in relazione al quale la disciplina processuale si misura con gli effetti del progresso tecnologico, inarrestabilmente prolifico sul terreno degli strumenti e delle metodologie di captazione ma, prima ancora, sul versante delle forme comunicative.

Prendendo le mosse dalla **distinzione dei concetti di “comunicazioni” e “conversazioni”** – essi, fa notare la dottrina, hanno un'estensione concentrica in quanto la comunicazione riguarda qualsiasi scambio di informazioni o notizie, mentre le conversazioni rappresentano una specifica forma di comunicazione perché relativa allo scambio di dati informativi che si attua mediante l'uso della voce - la legge innanzitutto si propone di tutelare la riservatezza di entrambe prevedendo un intervento legislativo che si sviluppi lungo due direttrici: da un lato le modalità di utilizzo delle risultanze nell'ambito del procedimento cautelare, dall'altro e più in generale la definizione di un puntuale itinerario selettivo delle risultanze stesse.

Gli obiettivi di protezione, invece, dovranno avere peculiare riguardo - rispetto, è chiaro, al complessivo oggetto del mezzo di ricerca della prova, da salvaguardare comunque sul versante della riservatezza - ai dialoghi intercorrenti tra assistito e difensore, ai dialoghi riguardanti soggetti occasionalmente coinvolti nel procedimento - ossia estranei al procedimento in cui vengono disposte le intercettazioni – ed a quelli irrilevanti sul versante investigativo e probatorio.

I criteri direttivi delineati dal legislatore delegante mediante il ricorso ad una metodologia espressiva il più delle volte ridondante prospettano un rafforzamento della procedura di selezione delle risultanze investigative, differenziando gli itinerari a seconda che le indagini preliminari siano interessate o meno dall'innesto di vicende cautelari.

Nel primo caso, essendo ovvio che le esigenze tipiche del procedimento cautelare non consentono forme di *discovery* anticipata, la riservatezza delle conversazioni e comunicazioni - anche informatiche e telematiche - non può che essere garantita dal pubblico ministero, il quale è gravato di un preciso e, per quel che sembra, rafforzato obbligo selettivo finalizzato ad

assicurare la protezione non soltanto delle esigenze investigative, ma anche di quelle di segretezza di dati emergenti da attività a qualsiasi titolo inutilizzabili e di dati sensibili (ai sensi dell'art. 4, comma 1 lett. d, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196) emersi nell'ambito dell'attività di captazione ma del tutto irrilevanti rispetto alle finalità delle indagini.

Il pubblico ministero, dunque, deve selezionare dal complesso delle risultanze dell'attività captativa quelle inutilizzabili e quelle contenenti dati sensibili, evitando di trasmettere ex art. 291 c.p.p. le prime (tutte!) e, nella misura in cui si dovessero manifestare irrilevanti, le seconde.

Operando in questi termini il pubblico ministero preclude, rispetto a siffatte tipologie di atti, il venire meno del segreto investigativo ex art. 329 c.p.p. e, di riflesso, rende intangibile il divieto assoluto di pubblicazione ex art. 114 c.p.p.

Infatti, la disciplina contenuta nell'art. 114, commi 2 e 3 c.p.p., nella versione corretta dalla sentenza della Corte costituzionale 24 febbraio 1995, n. 59, impone il divieto di pubblicazione degli atti - non del loro contenuto, venendo meno esso con la cessazione, appunto, del segreto investigativo - fino a che non siano emessi provvedimenti che escludono l'instaurazione del processo - decreto di archiviazione - o lo concludono anticipatamente - sentenza di non luogo a procedere, sentenza che applica la pena su richiesta, sentenza di merito nell'udienza preliminare - o fino a che non sia divenuto esecutivo il decreto di condanna, ovvero, in caso di emissione di provvedimenti che determinano il passaggio al dibattimento, fino a che gli atti medesimi non siano utilizzati.

I medesimi atti, allorché non siano stati allegati ad una domanda cautelare, divengono suscettibili di pubblicazione soltanto in quanto acquisiti a seguito della definizione della procedura selettiva prevista dall'art. 268, co. 6 e 7 c.p.p., fino a quel momento dovendo, invece, essere custoditi in un archivio riservato accessibile dai difensori per finalità di ascolto ed esame ma non di copia.

Proponendosi di superare prassi oramai invale, la riforma impone di effettuare la procedura di stralcio delle conversazioni inutilizzabili e contenenti dati sensibili irrilevanti in ogni caso prima che il pubblico ministero inoltri la richiesta di giudizio immediato ovvero disponga la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari.

Il sistema di protezione dovrà essere completato, da un lato, con la previsione del divieto di verbalizzazione sommaria ex art. 268, co. 2 c.p.p. - derogabile dal pubblico ministero con decreto motivato - e, dall'altro, mediante l'incriminazione di condotte diffusive di captazioni fraudolente finalizzate ad arrecare danni all'immagine ed alla reputazione altrui.

Secondo una logica, abbondantemente nota, di doppio binario, il legislatore dovrà infine prevedere forme semplificate - quali possano essere è dato estremamente incerto - di impiego delle risultanze di intercettazioni nell'ambito dei procedimenti per i più gravi reati compiuti da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

L'altro tema sul quale il Governo è chiamato ad intervenire è quello delle intercettazioni effettuate mediante ricorso all'agente intrusore (**c.d. captatore informatico**).

Il mezzo investigativo di cui si discute presenta caratteristiche tecniche del tutto peculiari ed una portata invasiva della sfera di riservatezza del tutto nuova e eccezionalmente penetrante.

L'intercettazione, nel caso in esame, viene effettuata mediante il ricorso ad un *software* il quale viene installato in un dispositivo del tipo *target* a distanza ed in modo occulto tramite l'invio con una *mail*, un *sms* o un'applicazione di aggiornamento. Il *software* è costituito da due moduli principali: il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo utilizzato dal *virus* per controllare siffatto dispositivo.

Utilizzando il programma informatico appena descritto è possibile, tra le altre cose, attivare il microfono del dispositivo di destinazione e, quindi, apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione (**Cass. pen., Sez. un., 1 luglio 2016, n. 26889**), occupandosi della questione relativa ai limiti di ammissibilità di un siffatto mezzo captativo, dopo avere ribadito la correttezza della qualificazione giuridica dell'attività investigativa svolta tramite agente intrusore come intercettazione di tipo "ambientale", hanno affermato i seguenti principi di diritto:

a) deve escludersi la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., con il mezzo indicato, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, non potendosi prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2 c.p.p., che in detto luogo "si stia svolgendo l'attività criminosa";

b) è invece consentita la captazione nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152.

La Corte di cassazione ha colto l'occasione per ribadire l'adesione ad una interpretazione ampia della nozione di "criminalità organizzata", definizione la cui precisazione non costituisce – dicono le Sezioni unite – un mero esercizio teorico poiché da essa dipende l'applicazione delle norme processuali che si riferiscono alla categoria di reati ad essa correlata.

Ha chiarito, pertanto, che per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi non soltanto quelli elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere ex art. 416 c.p.p., con esclusione del mero concorso di persone nel reato.

La legge di delega prospetta un intervento calibrato su tutti i punti della materia, innanzitutto omogeneizzando i limiti di ammissibilità rispetto ai delitti diversi da quelli appena richiamati - soltanto rispetto a questi, invece, sarà conservata la possibilità per il pubblico ministero di ricorrere alla procedura d'urgenza, in presenza di specifici presupposti e fermi puntualissimi obblighi motivazionali - mediante un sostanziale rinvio agli artt. 266, co. 1 e 2 c.p.p..

Sul versante procedurale, invece, è imposto un peculiare dovere motivazionale del giudice in punto di necessità della metodologia captativa in discorso - la quale dovrà utilizzare programmi conformi ai requisiti predeterminati da un apposito decreto ministeriale - rispetto a specifiche esigenze investigative.

L'esigenza di un controllo continuativo della dinamica esecutiva si pone, invece, alla base sia della previsione secondo cui l'attivazione del microfono dell'apparecchio di destinazione debba avvenire previo invio di un apposito comando e non in conseguenza dell'installazione del captatore, sia della previsione di specifici obblighi documentativi correlati alla durata delle singole registrazioni.

La **necessità di garantire integrità e originalità delle registrazioni** fonda, invece, la previsione secondo cui il trasferimento delle registrazioni deve essere effettuato esclusivamente verso il *server* della procura della Repubblica.

Infine, in termini derogatori rispetto ad un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ai restanti reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non siano consentite, (Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2014, n. 17939. L'impostazione è stata autorevolmente ribadita pochi mesi più tardi, da Cass. pen., Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 34765), il legislatore dovrà prevedere che, ferma l'operatività dell'art. 270 c.p.p., le risultanze dell'intercettazione eseguita mediante captatore informatico potranno essere utilizzate esclusivamente a fini di prova dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo.

Copyright © - Riproduzione riservata