

Docente **dott. Alberto ROMEO**

Anno accademico 2017-2018

Scuola di specializzazione per le professioni legali

II anno – XV ciclo

Programma del corso

DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI TELEFONICHE ED AMBIENTALI

Caratterizzate, come gli altri mezzi di ricerca della prova, da una ontologica idoneità ad incidere invasivamente sui diritti fondamentali di libertà dell'individuo (art. 13 e ss. Cost.), le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni se ne differenziano indubbiamente per la più accentuata carica di insidiosità, riconducibile per un primo verso al loro carattere 'occulto', venendo eseguite all'insaputa del 'bersaglio' intercettato, e, per altro verso, alla fisiologica aggressione della sfera di riservatezza di soggetti estranei all'orbita dell'indagine nell'ambito di cui vengono disposte.

Ciò comporta, quanto al primo aspetto, l'impossibilità anche soltanto di immaginare un qualsivoglia sistema di garanzie difensive contestuali all'esecuzione dell'atto, differentemente da quanto avviene per le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri, che pur fondati sull'effetto 'sorpresa' consentono ai destinatari, quand'anche non indagati, di valersi nell'immediatezza di un composito sistema di tutele e controllo sulla relativa esecuzione (oltre che di rimedi successivi tesi a contestarne la legittimità).

In relazione al secondo profilo, deve invece rilevarsi la fisiologica idoneità dello strumento captativo a vulnerare il diritto costituzionale alla riservatezza delle comunicazioni non soltanto delle persone sottoposte ad indagine (i c.d. 'bersagli') ma altresì di una moltitudine previamente non determinabile di soggetti del tutto estranei ad essa, che con le prime vengano per le più svariate ragioni in contatto, frequente od occasionale.

E' evidente dunque che rispetto alla posizione di costoro si ponga una cogente questione di tutela della riservatezza, da circoscriversi ovviamente ai soli dialoghi comunque privi di rilevanza investigativa, dovendo diversamente il diritto di libertà presidiato dall'art. 15 Cost. soccombere rispetto all'antinomica esigenza dell'accertamento processuale. Non può escludersi infatti che anche le conversazioni tra un indagato ed un terzo possano esprimere interesse per l'indagine, ogniqualvolta da esse possano comunque desumersi elementi a qualsiasi titolo provvisti di rilevanza probatoria, in chiave accusatoria o difensiva. Specularmente deve ammettersi che anche il dialogo tra 'bersagli' possa risultare del tutto ininfluenza ai fini dell'investigazione, ponendosi tuttavia in tal caso il problema della salvaguardia della riservatezza con caratteri sicuramente più affievoliti rispetto all'evenienza della captazione della conversazione indagato/terzo estraneo.

Dal momento quindi che le caratteristiche proprie dell'atto ostano alla possibilità di utilizzare come criterio discretivo per la scrematura delle conversazioni di interesse quello dei 'soggetti coinvolti', è inevitabile che l'unico parametro utilmente impiegabile per realizzare un congruo temperamento tra le esigenze dell'accertamento e quelle della

tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti sia quello della ‘rilevanza’ dell’oggetto della conversazione per la prova dei fatti, che ovviamente non potrà che condursi in una fase successiva a quella dell’esecuzione delle operazioni e nel contraddittorio tra le parti, ben potendo accadere che conversazioni prive di significato per l’accusa siano invece considerate rilevanti in chiave difensiva o viceversa.

Orbene proprio sulle modalità e sulla tempistica di realizzazione di siffatto confronto tra le parti, teso a selezionare le conversazioni che confluiranno nel compendio probatorio direttamente fruibile dal giudice per la decisione e, per converso, a ‘cecinare’ quelle da ritenersi irrilevanti, si è da sempre registrata una particolare tensione, anche al di fuori degli ambienti propriamente giudiziari, essendosi rivelato il meccanismo a tal uopo predisposto nel codice di procedura penale marcatamente inadeguato a scongiurare il rischio di una indebita diffusione del contenuto di conversazioni prive di effettivo valore investigativo, in specie se relative a dialoghi coinvolgenti soggetti a forte esposizione mediatica.

Da un lato, infatti, l’inidonea regolamentazione codicistica della c.d. ‘udienza stralcio’ di cui all’art. 268, co. 6, c.p.p., perlopiù obliterata nelle prassi applicative, e dall’altro l’assenza di una specifica figura di reato volta a sanzionare le condotte di divulgazione indebita dei contenuti dei dialoghi intercettati, hanno permesso con allarmante frequenza la diffusione sui mass media di conversazioni sprovviste di rilevanza investigativa e dotate invece di valenza esclusivamente ‘informativa’ (o presunta tale) in relazione ai temi trattati per la sola esposizione pubblica dei soggetti coinvolti, con intollerabile violazione del relativo diritto alla riservatezza. Non v’è dubbio infatti che un mezzo investigativo processuale ad accentuatissima carica di lesività di diritti costituzionali primari non possa per alcuna ragione diventare lo strumento per l’acquisizione, e la veicolazione all’esterno, di notizie e dati irrilevanti per il processo stesso, dovendo necessariamente limitarsi la cronaca giudiziaria a riferire i fatti della vicenda processuale e non già dati che in occasione di essa siano stati acquisiti, venendo tuttavia stimati già nella fase iniziale non utili per il prosieguo dell’indagine e l’accertamento.

Orbene, proprio di tali esigenze — dopo plurimi tentativi di riforma sistematicamente naufragati durante le ultime legislature per il mancato rinvenimento di un adeguato punto di equilibrio tra gli opposti interessi in gioco — si è fatto encomiabilmente carico il legislatore con la c.d. *Riforma Orlando* (l. 23 giugno 2017, n. 103), contenente sul punto una dettagliata delega per la riforma del sistema delle intercettazioni, attuata con insolita tempestività dal Governo con il recentissimo d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante appunto *Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all’art. 1, co. 82, 83, e 84 lett. a, b, c, d ed e della l. 23 giugno 2017, n. 103.*

Al di là di alcuni quanto mai opportuni aggiustamenti tesi ad uniformare il dato normativo alle caute indicazioni operative offerte dalla giurisprudenza della suprema Corte per sopperire alla mancata regolamentazione di taluni insidiosi strumenti captativi offerti agli investigatori dalla formidabile evoluzione della tecnologia delle telecomunicazioni (c.d. ‘captatori informatici’), la riforma si è essenzialmente incentrata proprio sui punti maggiormente nevralgici cui si è poc’anzi fatto riferimento, intendendo il legislatore porre efficacemente rimedio alle evidenti disfunzioni emerse nelle prassi applicative e generate dalla mancanza di un’adeguata regolamentazione dei criteri e delle procedure di selezione

delle intercettazioni rilevanti, di conservazione del materiale intercettato (rilevante e, in specie, non rilevante), di accesso agli atti da parte delle difese degli indagati e di utilizzazione dei risultati delle captazioni a fini cautelari. Ciò con il precipuo intendimento di realizzare un idoneo contemperamento tra le esigenze dell'accertamento e quelle della tutela della riservatezza dei soggetti coinvolti nell'investigazione, troppo spesso intollerabilmente sacrificate, non già, per come rilevato, in conseguenza dell'intercettazione in sé e per sé – in quanto consentita dall'interesse di pari grado alla repressione dei reati – quanto invece a causa dell'indiscriminata ed ingiustificata divulgazione di dialoghi sprovvisti di rilevanza probatoria.

In tale precipua ottica la riforma ha cercato di non porre preventivi e generalizzati 'bavagli' alla libertà di stampa ed al diritto all'informazione – accusa, questa, spesso all'origine dell'opposizione espressa avverso talune proposte di riforma orientate a modalità di segretezza dei risultati delle captazioni particolarmente severe –, tendendo comunque a precludere qualunque possibilità di veicolazione all'esterno delle conversazioni considerate irrilevanti per l'accertamento, non di rado sino ad oggi agevolata dalle plurime imperfezioni nella 'catena' di trasmissione dei risultati delle intercettazioni dalla P.G. al P.M. titolare dell'indagine. A corredo di questa direttrice è stata peraltro inserita nel codice penale una nuova fattispecie incriminatrice (art. 617-*septies* c.p.), rubricata '*Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente*', destinata a punire chiunque diffonda riprese audio o video fraudolentemente captate "*di incontri privati*" o di conversazioni "*svolte riservatamente*" al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine. Si legge nella *Relazione illustrativa* al provvedimento in esame che le disposizioni adottate "*perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova*".

Come si vedrà nello sviluppo delle lezioni in cui si articolerà il presente modulo didattico – e come bene osservato dai primi commentatori della riforma – nelle intenzioni del legislatore tale lodevole obiettivo va raggiunto attraverso una serie di misure destinate non soltanto a bloccare la conoscibilità all'esterno di tali comunicazioni o conversazioni, sanzionandone penalmente in taluni casi la diffusione, ma anche e prima di tutto limitando già a monte la possibilità per la polizia giudiziaria finanche di procedere alla verbalizzazione di simili conversazioni "irrilevanti" e, poi, a cascata, che le stesse siano utilizzate a fini di prova, così come, parimenti, a fronte di intercettazioni viceversa considerate "rilevanti", imponendo una loro utilizzazione *parsimoniosa e misurata* da parte del PM prima e del Giudice poi in caso di eventuale richiesta e applicazione di una misura cautelare, prescrivendo la riproduzione (e per il PM, ancor prima, una trasmissione per così dire *selettiva* del materiale captato) soltanto dei "*brani essenziali*" delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

Premesso quindi un generale inquadramento dell'istituto, volto in specie alla compiuta identificazione delle specifiche caratteristiche di questo mezzo di ricerca della prova – operazione questa indispensabile per delimitare il perimetro d'operatività della relativa disciplina, marcatamente meno garantistica rispetto a quella dei restanti strumenti

investigativi volti all'acquisizione di elementi ad immediata valenza probatoria —, si procederà dapprima all'enucleazione di quelle attività investigative di dubbia catalogazione dogmatica (riprese video, controllo delle comunicazioni via mail, registrazione delle conversazioni scambiate tramite le più comuni app di messaggistica istantanea, positioning tramite coordinate gps dei telefoni cellulari o delle autovetture, acquisizione dei tabulati telefonici, conversazioni via skipe o simili, etc.), soffermando in particolare l'attenzione sulle condizioni — ora normate — per il legittimo impiego del c.d. 'captatore informatico', per poi procedere all'approfondita analisi della riforma attuata con il recente provvedimento legislativo, per il quale è stata prevista peraltro, con scelta quanto mai inusuale, una entrata in vigore frazionata nel tempo per comparti di disposizioni.

Sulla scorta di ciò, e tenuto conto delle indicazioni operative offerte dalle prime applicazioni pratiche, potrà quindi esprimersi un giudizio circa l'idoneità dei correttivi introdotti con la riforma rispetto al raggiungimento degli ambiziosi obiettivi enucleati, valutandosi la tenuta complessiva dal punto di vista costituzionale del sistema così delineato.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- CASCINI G., *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore*, in *Quest. giust.*, 19 aprile 2016.
- CAMON A., *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 1.
- CISTERNA A., *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, in *Guida dir.*, 2017, 32, p. 65
- CONTI C., *La riservatezza delle intercettazioni nella delega Orlando. Una tutela paternalistica della privacy che può andare a discapito del diritto alla prova*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 3/2017, p. 78 ss.
- FILIPPI L., *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, p. 294 ss.
- GALANTINI N., *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in AA.VV., *Le intercettazioni di comunicazioni*, a cura di T. Bene, Cacucci ed., in corso di pubblicazione.
- GIGLIO V., *Manuale delle intercettazioni. Il nuovo regime normativo, i principi e la giurisprudenza*, Filodiritto ed., Bologna, 2018.
- GIORDANO L., *Dopo le sezioni unite sul 'captatore informatico': avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 3/2017, p. 177 ss.
- GRIFFO M., *Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 2/2018, p. 23 ss.
- PARODI C., *La delega in materia di intercettazioni contenuta nella riforma della giustizia penale*, in AA. VV., a cura di C. Parodi., *Il penalista*, giugno 2017, p. 115 ss.
- PESTELLI G., *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 1/2018, p. 169 ss.
- PRETTI D., *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, fasc. 1/2018, p. 189 ss.
- SPANGHER G., *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 921 ss.

Lezioni

27/4/2018: Inquadramento generale del tema. Confronto sul 'Programma' e dimostrazione, tramite esempi concreti, dell'importanza della questione afferente alla 'rilevanza' del contenuto delle intercettazioni per le indagini e, specularmente, di quella concernente la tutela della riservatezza dei soggetti estranei all'indagine in relazione alle notizie prive di rilevanza investigativa. Esatta definizione della nozione, dal punto di vista tecnico-normativo, di 'intercettazione' ai fini della delimitazione del perimetro di operatività della disciplina positiva dell'istituto e cenni alle attività investigative affini di dubbio inquadramento dogmatico (rinvio alla lezione successiva). Elementi essenziali della disciplina codicistica delle intercettazioni e tipologie normativamente previste (per la ricerca dei latitanti e preventive). Il doppio binario per i procedimenti di 'criminalità organizzata' (→ relativa nozione).

28/4/2018: Attività di indagine atipiche, libertà domiciliare e libertà e segretezza delle comunicazioni. In particolare video riprese domiciliari e captatori informatici. Le decisioni delle sezioni unite e le soluzioni normative adottate per quest'ultima attività di indagine con il d.lgs. n. 216/2017.

3/5/2018: La riforma della disciplina delle intercettazioni nel d.lgs. attuativo della delega contenuta nella l. 103/2017 (c.d. riforma Orlando). La clausola di preservazione dei limiti e dei criteri di utilizzabilità vigenti. L'impianto generale della riforma e le innovazioni volte a rafforzare la tutela della riservatezza dei soggetti estranei all'indagine nonché degli indagati per fatti comunque privi di rilevanza investigativa:

- la redazione dei brogliacci d'ascolto e la selezione delle intercettazioni da non trascrivere. Criteri di scrematura *ab initio* e possibili valutazioni contrarie del P.M.; la mancanza di una previsione espressa sull'obbligo di verbalizzazione di conversazioni utili alla difesa; l'assenza di qualsivoglia meccanismo di recupero delle conversazioni non verbalizzate ed il rischio di una disparità di posizione per accusa e difesa; la difficile realizzazioni, nelle prassi applicative, del dialogo preventivo tra P.M. e P.G. per la selezione del materiale intercettivo da non verbalizzare
- la selezione a fini cautelari;
- la procedura di stralcio: la non obbligatorietà della procedura, volta alla sola eliminazione delle conversazioni da tutelare, e la scansione procedurale;
- le intercettazioni delle conversazioni con il difensore;
- il reato di cui all'art. 617-bis c.p.