

tmdp



D.L. 30.12.2019 N.161 «Modifiche urgenti alla disciplina
delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni»

a cura dell'avv. Mario Mele

L'art. 1 del D.L. 30 dicembre 2019, n. 161, in modifica all'art. 9 del d.lgs. n. 216 del 2017, ha stabilito che le nuove norme sulle intercettazioni si applicano **“ai procedimenti penali iscritti dopo il 30 aprile 2020”** e, quindi, non più “alle operazioni di intercettazione relative ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019”, come fissato in precedenza. Di poi, la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 216 del 2017, relativa alla pubblicazione dell'ordinanza cautelare, acquista efficacia a decorrere dal 1° maggio 2020. La data di iscrizione del procedimento penale assume ora rilevanza ai fini dei limiti temporali per l'applicazione della disciplina del mezzo di ricerca della prova.

Con la finalità specifica di evitare la commistione di discipline diverse applicabili alle intercettazioni disposte nello stesso procedimento con successiva disposizione, contenuta nell'art. 2, comma 8, del d.l. n. 161 del 2019, lo stesso decreto legge ha differito l'applicazione di tutte le norme contenute nell'art. 2 "ai procedimenti iscritti successivamente al 30 aprile 2020".

QUESTIONI TRANSITORIE

Invero, va sottolineato che in ogni caso, il dettato normativo potrebbe dar luogo a questioni di natura transitoria, ad esempio, nel caso in cui all'iscrizione di un reato, avvenuta prima del 30 aprile 2020, dovessero succederne altre in epoca successiva aventi ad oggetto fatti nuovi. In tale ipotesi, l'eventuale applicazione del principio dell'autonomia di ogni iscrizione, che invero è stato elaborato ai fini del computo del termine di durata delle indagini preliminari, risulterebbe determinante per l'applicazione delle nuove norme per le indagini relative alle successive iscrizioni.

Questioni transitorie potrebbero insorgere anche qualora due o più procedimenti, con una diversa data di iscrizione, per alcuni antecedente e per altri successiva al 30 aprile 2020, vengano riuniti, oppure quando da un procedimento iscritto prima del 30 aprile 2020 ne scaturisca, per separazione, un altro iscritto dopo tale data. In assenza di disposizioni transitorie, opera il principio "*tempus regit actum*".

L'UTILIZZO DEL CAPTATORE INFORMATICO DURANTE LE INTERCETTAZIONI

La legge di conversione del d.l. n. 161 del 2019 ha quindi modificato la disciplina del captatore informatico consentendo un più ampio ricorso allo strumento investigativo nel corso delle indagini per i reati contro la Pubblica Amministrazione estendendone altresì l'applicazione anche agli *“incaricati di pubblico servizio”*.

In forza dell'art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen., come interpolato dall'art. 2, comma 1, lett. c), del d.l. n. 161 del 2019, conv. con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020, l'utilizzo del captatore informatico per realizzare intercettazioni tra presenti è “**sempre consentito**” non solo per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen. (categoria più limitata di quella dei reati di criminalità organizzata, non contenendo, in particolare, il delitto di cui all'art. 416 cod. pen.)

ma anche, *“previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l’utilizzo anche nei luoghi indicati dall’articolo 614 del codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, per i quali è prevista la stessa pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni”*.

Questa disposizione pare determinare un ampliamento dell'area operativa del captatore informatico consentendone l'utilizzazione anche per tutti i **“delitti contro la Pubblica Amministrazione”**, compresi nel titolo II, del Libro II del codice penale, commessi tanto dai pubblici ufficiali, quanto dagli incaricati di pubblico servizio (sempre che siano puniti con una pena edittale non inferiore nel massimo a cinque anni ex art. 266, comma 1, lett. b), cod. proc. pen.).

UTILIZZO DEL
CAPTATORE
INFORMATICO A
TUTTI I DELITTI
CONTRO LA P.A.

Nel caso di utilizzo del captatore informatico nel corso delle indagini, in base all'art. 267, comma 1, cod. proc. pen., come interpolato dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.l. n. 161 del 2019, il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante l'utilizzo di captatore informatico su dispositivo portatile, **deve indicare** le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini e questo anche se si procede per 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 per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni

INDICAZIONE DELLE RAGIONI DELL'UTILIZZO NEL DECRETO DI AUTORIZZAZIONE

(mentre per gli altri reati occorre indicare pure i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono).

Per la particolare capacità di introdursi nella sfera di riservatezza del cittadino, lo strumento investigativo in esame deve essere utilizzato solo nei casi in cui è effettivamente necessario. Il giudice deve quindi dare conto, della necessità di prediligere tale modalità di captazione per realizzare le intercettazioni, nella stessa motivazione del provvedimento autorizzativo. Questo aspetto, rappresenta uno dei contenuti tipici del decreto autorizzativo del giudice delle indagini preliminari, che ne impone una motivazione “**rafforzata**”.

LA MOTIVAZIONE «RAFFORZATA»

L'impiego del solo termine "*necessità*" e non, ad esempio, di quello "*indispensabilità*" parrebbe legittimare un'interpretazione secondo cui l'utilizzo del captatore informatico non impone di riscontrare l'impossibilità di realizzare intercettazioni con i mezzi tradizionali, apparendo sufficiente che ricorra la mera difficoltà di conseguire il medesimo risultato captativo con l'utilizzo di un diverso meccanismo tecnico.

TRA «NECESSITA'»
ED
«INDISPENSABILITA'»

Evidente che la «necessità» deve consistere in un giudizio di congruità tra la tecnica esecutiva utilizzata ed il particolare contesto investigativo contingente nel quale si deve andare ad operare per svolgere proficuamente le indagini. Contenuto necessario, quindi, del decreto autorizzativo è anche l'indicazione delle ragioni che giustificano l'impiego del mezzo tecnologico in esame all'interno del domicilio, che è stato inserito al fine di ottenere un rafforzamento della motivazione che induce al ricorso al captatore in luoghi sensibili assimilabili o qualificabili come domicilio.

CONTENUTO NECESSARIO DEL DECRETO AUTORIZZATIVO

Tale contenuto, peraltro, non sembra coincidere con il fondato motivo per ritenere che in un ambiente, riconducibile alla previsione dell'art. 614 cod. pen., sia in corso l'attività criminosa, presupposto richiesto dall'art. 266, comma 2, cod. proc. pen. per lo svolgimento di intercettazioni tra presenti per reati diversi da quelli contemplati dal comma 2-bis dello stesso art. 266 cod. proc. pen. in simili luoghi. Si tratta, verosimilmente di qualcosa di meno della dimostrazione che sia in atto l'attività criminosa, ma comunque di un dato tale che sia sufficiente a giustificare l'intrusione nel domicilio.

Va precisato che il Pubblico Ministero può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile soltanto nei procedimenti 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 per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 cod. proc. pen.

A tal fine, deve indicare, oltre a quanto previsto dal comma 1 secondo periodo (cioè i presupposti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova), le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice.

Non è consentito il ricorso al captatore informatico con provvedimento d'urgenza del pubblico ministero per i reati diversi da quelli di cui all'art. 267, comma 2-*bis*, cod. proc. pen.

Il decreto legge n. 161 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020, ha altresì riformato la disciplina dell'art. 270 cod. proc. pen. È opportuno premettere che l'art. 4, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 216 del 2017 aveva normato uno dei profili più delicati della disciplina del “captatore informatico”, prevedendo una limitazione all'uso dei risultati delle intercettazioni compiute tramite captatore informatico nei procedimenti diversi rispetto a quello nel quale queste ultime sono state autorizzate.

ART. 270 C.P.P.
L'UTILIZZO DEGLI
ESITI DELLE
INTERCETTAZIONI
IN «ALTRI
PROCEDIMENTI»

Questa norma, infatti, ha aggiunto all'art. 270 cod. proc. pen., che disciplina l'utilizzo degli esiti delle intercettazioni *“in altri procedimenti”*, il comma 1-bis, precisa che *“i risultati delle intercettazioni tra presenti operate mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, non possono essere utilizzati per la prova di reati, anche connessi, diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza”*.

La norma introdotta dal d.lgs. n. 216 del 2017, dunque, in relazione alle sole intercettazioni compiute per mezzo del captatore informatico - per giunta, secondo il dato letterale, solo per quelle compiute “su dispositivo portatile” - aveva esteso l’area operativa della clausola di esclusione dell’utilizzazione del materiale probatorio raccolto per mezzo delle intercettazioni prevista dall’art. 270 cod. proc. pen. dai “*procedimenti diversi*” da quello in cui le intercettazioni sono state disposte ai “*reati diversi*” da quello per il quale è stato emesso il decreto autorizzativo.

Tale disposizione, anche se per un verso, costituiva un argomento logico a favore della tesi giurisprudenziale secondo cui nell'art. 270, comma 1, cod. proc. pen. il termine "*procedimenti*" non equivalesse a "*reati*"; per altro verso, invece, pareva non consentire l'uso "obliquo" del materiale probatorio frutto delle intercettazioni realizzate tramite captatore informatico, cioè l'impiego anche per la prova di reati, diversi da quelli per i quali inizialmente erano state disposte le captazioni, che fossero scaturiti dalle operazioni condotte nel medesimo procedimento.

DEROGHE AL DIVIETO DI UTILIZZAZIONE DEGLI ESITI DELLE INTERCETTAZIONI

Anche dopo la riforma continua ad essere previsto un divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti. Due distinte sono le deroghe a tale divieto di utilizzazione. La prima ricalca la disciplina previgente e riguarda l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza;

la seconda concerne i reati di cui all'art. 266, comma 1, cod. proc. pen. (tra i quali, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b-bis), del d.l. n. 161 del 2019, come modificato dalla legge di conversione n. 7 del 2020, che ha introdotto nell'art. 266, comma 1, la lett. f-quinquies, anche i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo).

Resta inteso che per la prova di reati che rientrano nelle suddette deroghe, i risultati delle intercettazioni sono utilizzabili anche in procedimenti diversi da quello in cui sono state autorizzate se sono *“rilevanti”* e *“indispensabili”*. Questa locuzione, che aggiunge al carattere di indispensabilità, anche quello di rilevanza, pare presupporre, ancor più di prima, una valutazione del “peso” del mezzo di prova, rimessa al giudicante e che appare di difficile circoscrivibilità.

MODIFICA DELL'ART. 270 CO. 1-BIS

Il d.l. n. 161 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020 ha modificato anche l'art. 270, comma 1-bis, cod. proc. pen. Secondo la nuova formulazione di questa norma i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di “*reati diversi*” da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, sempre che si tratti di risultati indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti indicati dall'art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen.

I risultati delle intercettazioni compiute tramite trojan, anche per la prova di ulteriori delitti emersi dalle captazioni sono stati consentiti, previo giudizio di “indispensabilità” probatoria di tali esiti. I reati ulteriori che sono emersi, però, devono essere delitti di cui all’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, oppure 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 ai sensi dell’art. 4 cod. proc. pen. (cioè, reati per i quali l’impiego del captatore “è sempre consentito” ex art. 266, comma 2-bis, cod. proc. pen.).

ESCLUSIONE DEL DIVIETO DI TRASCRIZIONE

La nuova disciplina, introdotta dal d.l. n. 161 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020, ha altresì integralmente rimodulato la tutela “preventiva” della riservatezza, escludendo il divieto di trascrizione inizialmente previsto.

Prima di procedere all’esame dell’art. 268, comma *2-bis*, cod. proc. pen. così come riformulato, è bene delineare sinteticamente il quadro normativo in cui la norma va ad inserirsi e la conseguente prassi applicativa.

RIFORMULAZIONE DELL'ART. 268 C.P.P.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 268 cod. proc. pen. si limitava a prescrivere che le comunicazioni intercettate vanno annotate in apposito verbale, con la trascrizione, anche sommariamente, del contenuto della conversazione (comma 2), senza indicare se, fin da tale trascrizione sommaria (c.d. brogliacci di ascolto), occorra effettuare una qualche forma di selezione in merito alle conversazioni utilizzabili.

Invero, secondo una consolidata prassi operativa, la polizia giudiziaria, incaricata dell'ascolto, ometteva autonomamente la verbalizzazione sommaria di quelle conversazioni dal contenuto palesemente irrilevante per le indagini, avendo cura di evidenziare agli atti tale valutazione mediante individuazioni generiche circa l'oggetto della comunicazione (ad es. conversazioni su "argomenti familiari", "questioni personali", argomenti "generici" o "privi di rilievo investigativo").

Nel regime *ante* riforma, pertanto, l'omissione della trascrizioni delle intercettazioni ritenute irrilevanti ai fini delle indagini, non era oggetto di alcuna specifica disciplina e la valutazione sulla necessità o meno della trascrizione sommaria era in concreto affidata alla valutazione compiuta dalla polizia giudiziaria sotto la vigilanza del pubblico ministero.

L'art. 268, comma 2-*bis*, cod. proc. pen. è stato riformulato mediante la cassazione del divieto di trascrizione previsto nella riforma cd. "Orlando", ma al contempo si è cercato di disciplinare meglio quella fisiologica selezione preventiva che, in precedenza, era affidata esclusivamente alla prassi seguita presso ciascuna Procura. La norma in esame prescrive al pubblico ministero di "*dare indicazioni*" e "*vigilare*" affinché nei verbali non siano trascritte espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini.

RIFORMULAZIONE DELL' ART. 268 CO.2-BIS C.P.P.

L'attuale formulazione del comma 2-bis si pone chiaramente come una soluzione di compromesso tra la previsione originaria dell'art. 268 cod. proc. pen. ed il regime previsto con la riforma "Orlando", da un lato non si introduce alcun divieto di trascrizione e tanto meno si delega in toto la facoltà di selezione preventiva alla p.g.; dall'altro si forniscono delle indicazioni normative che, integrate con le specifiche indicazioni provenienti dal p.m., dovrebbero meglio guidare la p.g. nell'individuare tempestivamente le conversazioni irrilevanti.

L'elemento di assoluta novità del novellato, art. 268, comma *2-bis*, cod. proc. pen., invece, consiste nell'aver previsto che non solo non vanno trascritte le conversazioni relative a "*dati sensibili*", ma neanche quelle contenenti "*espressioni*" idonee a ledere la "*reputazione*" dei soggetti captati.

La norma in esame demanda al Pubblico Ministero una duplice funzione, consistente nel fornire indicazioni in merito a quali debbano essere le conversazioni da non trascrivere nonché quella di vigilare affinché ciò avvenga in concreto (“Il pubblico ministero da' indicazioni e vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini”).

Le locuzioni “*indicazioni*” e “*vigila*” sono il frutto di un principio generale che individua nel pubblico ministero il dominus delle indagini preliminari, con la conseguenza che le attività materiali – nel caso di specie le intercettazioni – poste in essere dalla polizia giudiziaria, devono in ogni caso ricadere sotto la vigilanza ed il controllo dell’organo giudiziario.

L'art. 268, comma 2-bis, cod. proc. pen., infatti, prescrive di non riportare nelle trascrizioni le “espressioni lesive della reputazione delle persone” o relative a dati personali sensibili. Attenendosi ad un'interpretazione letterale della norma, si potrebbe sostenere che l'attenzione è incentrata sulle modalità espressive, piuttosto che sul contenuto della comunicazione. Invero, per come formulata, la norma appare di scarsa utilità specie ove si consideri che il precetto fa riferimento ad una fase processuale in cui la trascrizione delle conversazioni è necessariamente sommaria e, quindi, le espressioni captate vengono riportate solo riassuntivamente.


Quanto detto comporta che, seguendo un'interpretazione eccessivamente formalistica, si dovrebbe concludere che, a fronte di comunicazioni non rilevanti ai fini delle indagini e potenzialmente lesive della reputazione delle persone coinvolte, la p.g. avrebbe il mero obbligo di eliminare le “espressioni” potenzialmente lesive, ma non anche il contenuto delle stesse. Le limitazioni alla trascrizione sommaria degli esiti delle intercettazioni sopra individuate sono destinate a non trovare applicazione lì dove le stesse risultino “rilevanti” ai fini delle indagini.


Tale previsione è chiaramente finalizzata ad operare un bilanciamento tra l'esigenza alla riservatezza e quella alla completezza delle indagini preliminari, dando prevalenza a quest'ultima esigenza in caso di conflitto. La nuova norma non prevede un divieto di trascrizione, ma si limita a fornire un criterio cui il p.m. e la p.g. dovranno attenersi nello svolgimento delle intercettazioni. In buona sostanza, l'art. 268, comma *2-bis*, risultante dalla novella sembra rappresentare una sorta di specificazione del comma 2 della stessa norma:


quest'ultimo detta la regola per cui nel verbale vanno sommariamente trascritte le comunicazioni, mentre il successivo comma fornisce un'indicazione in merito ai casi, meramente residuali, in cui la trascrizione può essere omessa. La previsione in esame, peraltro, fornisce un criterio selettivo – ancorato alla rilevanza della conversazione ai fini delle indagini – che di per sé si presta ad un'interpretazione *lata*; basti considerare che in fase di indagini anche conversazioni dal contenuto prettamente personale possono assumere rilievo, anche solo per accertare il grado di conoscenza e frequentazione tra i soggetti intercettati.

Quanto detto consente di ipotizzare che l'assenza di un espresso divieto, la mancanza di una sanzione processuale e l'ampiezza del criterio selettivo, potrebbero rendere la previsione dell'art. 268, comma *2-bis*, cod. proc. pen., scarsamente idonea ad evitare l'ingresso nei brogliacci di ascolto di comunicazioni che, in seguito, si possono rivelare di nessuna utilità probatoria ma che, al contempo, possono determinare una rilevante lesione alla riservatezza delle persone coinvolte.

Milano

 Corso Europa, 22 20122 Milano


 Telefono: +39 0230311367


 Fax: +39 0230311360

 E-mail: info.milano@tmdplex.it

Napoli


 Via del Parco Margherita, 23 80121 Napoli


 Telefono: +39 0812512346


 Fax: +39 081 409022

 E-mail: info.napoli@tmdplex.it

Roma

 Via Ulpiano, 29 00193 Roma


 Telefono: +39 081 423070


 Fax: +39 081 409022

 E-mail: info.roma@tmdplex.it

Palermo

 Via Santorre di Santarosa, 1 90141 Palermo

 Telefono: +39 091 301649

 Fax: +39 091 8165702

 E-mail: info.palermo@tmdplex.it