



OSSERVAZIONI DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE SULLA CONVERSIONE IN LEGGE DEL D.L. 30.12.19 N. 161 IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI

La Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane, vista la conversione in legge del decreto legge 30.12.2019 n. 161 in materia di intercettazioni, osserva quanto segue.

L'intervento normativo appare gravemente censurabile sotto molteplici profili.

In primo luogo devono essere stigmatizzate le modalità con le quali si è pervenuti all'approvazione della novella, che incide sulla normativa introdotta, nella precedente legislatura, con il D. Lgs. 29.12.2017 n. 216, mai entrata in vigore in virtù di reiterate proroghe. Il Governo è intervenuto, con ulteriori modificazioni nonostante la precedente formulazione fosse il frutto di una legge delega e oggetto di un acceso dibattito, mediante un decreto legge, sul quale ha addirittura posto la fiducia, così impedendo il vaglio parlamentare.

Con tale deprecabile *modus operandi* il Governo si è così sottratto al confronto con gli Studiosi, l'Avvocatura e la Magistratura, che su tale tema, particolarmente sensibile, si erano espressi con approfondite analisi, le quali avrebbero trovato un fecondo momento di analisi in sede parlamentare.

Tutto ciò nonostante la Corte Costituzionale abbia reiteratamente censurato l'uso improprio della decretazione di urgenza, giusti i limiti imposti dall'art. 77, comma 2 della Carta Costituzionale, specie in materia penale coinvolgente fondamentali principi di libertà della persona, con l'evidente contraddizione di sostenere la sussistenza di "ragioni di straordinaria necessità ed urgenza" all'esito di reiterate e cospicue proroghe, donde la palese illegittimità della procedura seguita.

In secondo luogo, venendo al merito del provvedimento, si deve denunziarne l'aperto ed insanabile conflitto con i principi costituzionali posti a tutela sia dei valori fondamentali della persona che del diritto di difesa nel processo penale, con noncuranza dei principi ormai condivisi dagli studiosi e dalla giurisprudenza di legittimità ed una disorganicità destinata ad aumentare dubbi ed incertezze interpretative.

Si deve, innanzitutto, registrare il notevole ampliamento dei reati per i quali è consentita l'attività di intercettazione; sono state, infatti, aggiunte ulteriori ipotesi sia al comma primo che al comma 2 bis dell'art. 266 c.p.p.

Va poi segnalata l'ulteriore estensione dei reati per i quali si può procedere ad intercettare le comunicazioni tra presenti, a mezzo di captatore informatico, nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., a prescindere dalla circostanza che negli stessi si svolga l'attività criminosa.

Viene inoltre prevista l'utilizzabilità del "trojan" anche nei confronti degli incaricati di pubblico servizio, così giungendo ad una pressoché totale equiparazione dei reati contro la pubblica amministrazione a quelli relativi ai fenomeni di criminalità organizzata, nonostante l'evidente differenza delle due forme di devianza, che segue un percorso giustizialista e populista già avviato con la Legge 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. spazzacorrotti), che proprio nei giorni scorsi, come preconizzato dall'intera comunità dei giuristi italiani, ha incassato la prima censura dalla Corte Costituzionale.

Sotto tale profilo, a ben poco rileva che si sia previsto che per le captazioni nei luoghi di cui

Unione Camere Penali Italiane

Via del Banco di S. Spirito, 42 00186 Roma

Tel +39 06 32500588 - segreteria@camerepenali.it - www.camerepenali.it

C.F. 05386821002 - P.I. 08989681005



all'art. 614 c.p., relative a tale categoria di reati, “*debbano essere precisate le ragioni che ne giustificano l'utilizzo*”, in quanto si hanno fondate ragioni, desunte dalla prassi giudiziaria, per ritenere che si tratti una delle tante formule stile che consentono indicazioni generiche e stereotipate.

Non ci si può, inoltre, esimere dal rimarcare che il dilatare ulteriormente il catalogo dei reati, includendovi, peraltro, non singole fattispecie, ma intere categorie degli stessi, si pone sempre più in contrasto con il disposto dell'art. 15 della Carta Costituzionale, attesa la <<*natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 Cost.)*>> (Corte Costituzionale Sentenza n. 366 del 23.07.1991).

Il contrasto, peraltro, sussiste anche in relazione all'art. 8 della Cedu, che secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Europea richiede che la disciplina delle intercettazioni contenga <<*una serie di garanzie adeguate ed effettive contro gli abusi*>> (Corte Edu, Klass e altri c. Germania).

Ancora maggiori perplessità suscita l'ulteriore modifica della parte sostanziale dell'istituto in esame, vale a dire la novella dei commi 1 e 1 bis dell'art. 270 c.p.p., che disciplinano l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti e reati estranei al procedimento autorizzativo.

Va subito detto che l'intervento su tale norma è probabilmente la ragione nascosta che ha indotto il governo ad avvalersi, nonostante la richiamata illegittimità sotto il profilo costituzionale, della decretazione di urgenza.

Come è noto, infatti, sulla materia sono intervenute recentemente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione Penale con la sentenza n. 51 del 2 gennaio 2020 – udienza del 28.11.2019 (Cavallo), in relazione alla quale il testo del decreto e gli emendamenti introdotti in sede di conversione palesano l'intento di “sterilizzare” gli effetti dei principi di apprezzabile civiltà giuridica affermati dal giudice di legittimità nella sua massima espressione.

Sostanzialmente, dalla sentenza Cavallo sono desumibili in *subiecta materia* due principi.

Il primo concerne la nozione di “*procedimento diverso*” di cui al primo comma dell'art. 270 c.p.p.

Secondo il *dictum* delle Sezioni Unite si è nell'ambito dello stesso procedimento solo allorquando tra i reati sussista una connessione *ex art. 12 c.p.p.*, indipendentemente dal dato numerico del procedimento rinvenibile nel registro *ex art. 335 c.p.p.*

Ne consegue che il procedimento sarà diverso in tutte le altre ipotesi, ivi comprese quelle di cui all'art. 371 c.p.p., co 2 lett. b) e c) (c.d. “*Connessione ai fini di indagine*”).

Il secondo principio è relativo al concetto di “*reato diverso*” rispetto a quello per il quale l'autorizzazione è stata concessa.

Le Sezioni Unite precisano che l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni telefoniche per reati diversi rispetto a quelli indicati nel provvedimento autorizzativo può avvenire solo allorquando si tratti di reati rientranti nel catalogo di cui al comma primo dell'art. 266 co. 1, vale a dire per i reati in ordine ai quali l'autorizzazione era comunque richiedibile autonomamente.

Applicati tali principi alla normativa antecedente all'intervento legislativo in commento ne scaturiva che i risultati delle intercettazioni telefoniche, oltre che per i reati per i quali la captazione era stata autorizzata, erano utilizzabili:



- per i reati connessi *ex art* 12 c.p.p. a condizione che gli stessi fossero tra quelli ricompresi nell'elenco di cui all'art. 266 co. 1 c.p.p. (reati in ordine ai quali l'autorizzazione è astrattamente concedibile);
- per i reati, a prescindere da ogni connessione, per i quali è previsto obbligatoriamente l'arresto in flagranza.

Per quanto concerneva invece le risultanze dell'intercettazione tra presenti a mezzo captatore informatico (oggetto di interventi sia da parte della novella di cui al D. Lgs. 216/2017 che da parte della L. 3/2019), va subito evidenziato che il comma 1 *bis*, nella sua formulazione antecedente al decreto legge n. 191/2019, prevedeva che le stesse non potessero essere utilizzate per reati diversi rispetto a quelli per i quali era stata emessa l'autorizzazione, salvo che si trattasse di reati per i quali era obbligatorio l'arresto in flagranza.

Risultava, pertanto, evidente che l'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite riportava l'utilizzo dei risultati dell'attività intercettativa ad una stretta aderenza ai principi costituzionali; ossia alla stringente eccezionalità delle deroghe al diritto consacrato nell'art. 15 Cost. da un lato e, dall'altro, al conseguente divieto di trasformare l'intervento del giudice <<*in una inammissibile autorizzazione in bianco a disporre intercettazione, con conseguente lesione della sfera privata legata al riconoscimento del diritto inviolabile di comunicazione e al connesso dovere di riservatezza incombente su tutti coloro che per ragioni di ufficio vengano a conoscenza di fatti inerenti a quella sfera*>> (Corte Costituzionale sentenza n. 63 del 24.02.1994 e n. 336 del 1991).

Il Governo non ha, evidentemente, saputo o voluto cogliere il valore dei principi affermati dal Giudice di legittimità ed ha preferito consegnarsi alle istanze più giustizialiste ed illiberali che lo blandiscono, così realizzando una inaccettabile neutralizzazione dei principi affermati dalle Sezioni Unite.

Piuttosto che intervenire doverosamente sul concetto di "*procedimento diverso*", adeguando la norma ai principi fissati dal Giudice di legittimità, il legislatore ha addirittura ampliato le deroghe, prevedendo l'utilizzazione delle risultanze dell'attività di intercettazione, anche nei procedimenti diversi (quelli non connessi *ex art* 12 c.p.p.), non solo per i reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, ma anche per tutti quelli di cui all'art. 266 co. 1 c.p.p., (ossia tutti i reati per i quali l'autorizzazione ad intercettare è astrattamente concedibile).

In definitiva, il legislatore ha ritenuto di superare il principio introdotto dalla Corte di Cassazione in materia di "*procedimenti diversi*", aumentando considerevolmente il numero delle eccezioni e quindi di fatto contraddicendolo.

Infatti, le risultanze delle intercettazioni, nel nuovo quadro normativo, al di fuori del reato per il quale sono state concesse, non sono utilizzabili solo ed esclusivamente per quei reati in ordine ai quali l'intercettazione telefonica non sia autonomamente concedibile (a prescindere che appartengano o meno allo stesso procedimento).

Appare dunque evidente l'incoerenza di siffatta scelta normativa con la richiamata interpretazione costituzionale, in forza della quale l'utilizzo in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni è consentito solo "*eccezionalmente e per reati di particolare allarme sociale*" (Corte Cost., sent. n. 63 del 1994).

Del tutto privo di concreto effetto attenuativo appare l'aver aggiunto, in sede di conversione, il termine "*rilevante*" a quello "*indispensabile*".

Sarà facile argomento quello per cui ciò che è indispensabile non può che essere anche rilevante.



Va segnalato, inoltre, che la novella appare finanche meno garantista del Codice Rocco, che prevedeva l'utilizzabilità nei procedimenti diversi limitatamente ai reati per il quale era obbligatorio il mandato di cattura obbligatorio (cfr. 226 quater co. 6 c.p.p.).

Veramente l'orologio della giustizia penale sembra girare all'incontrario, se si considera che l'attuale catalogo dei reati per i quali è previsto l'arresto in flagranza è talmente variegato da ricomprendere fattispecie per le quali *"il particolare allarme sociale"* evocato dal giudice delle leggi è del tutto insussistente.

In ordine all'utilizzo in altri procedimenti o per altri reati dell'intercettazione delle conversazioni tra presenti a mezzo captatore informatico, l'intervento legislativo appare, se possibile, ancor più inaccettabile.

Il legislatore modifica il comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. inserendo all'inizio la frase *"Fermo restando quanto previsto dal comma 1"* e, alla fine di tale disposto normativo sostituendo l'inciso *"che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza"* con *"qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'art. 266, comma 2 bis"*.

Come significativamente segnalato anche nel parere al decreto reso dal Consiglio Superiore della Magistratura, si tratta di una formulazione che per la sua oscurità e complicazione crea non pochi problemi interpretativi.

Non risulta, infatti, chiaro se il dettato normativo di cui al comma 1 *bis* voglia disciplinare solo l'ipotesi di reato diverso nell'ambito dello stesso procedimento, rimandando per l'utilizzabilità nei procedimenti diversi al primo comma del medesimo articolo, oppure rappresenti un ampliamento, per le sole intercettazioni a mezzo captatore informatico, della deroga prevista al primo comma.

In definitiva, l'utilizzo delle risultanze dell'attività di intercettazione a mezzo captatore informatico, al di fuori del provvedimento autorizzativo che prima risultava più ristretto, rispetto all'attività intercettativa di cui al primo comma, ora risulterebbe ampliato, con la conseguenza che proprio riguardo allo strumento maggiormente invasivo, quello tramite *trojan horse*, si introduce una disciplina meno rigorosa e quindi più limitativa dei diritti di libertà costituzionalmente protetti, segnando un'ulteriore svolta giustizialista ed illiberale che deve essere decisamente stigmatizzata.

La normativa introdotta appare, peraltro, in evidente contrasto con l'art. 8 della Cedu, anche come interpretata dalla Corte Europea, che prevede che le eccezioni al principio della segretezza della vita privata della persona e della corrispondenza, debbano essere in linea con i valori di una società democratica. Non è superfluo rammentare che la stessa Giurisprudenza della Cedu ha indicato tra i requisiti che deve possedere la legge nazionale per essere rispettosa del dettato di cui all'art. 8 Cedu, che *"sia compatibile con lo stato di diritto e sia accessibile all'interessato"* (cfr. Corte Edu Sez. IV Kennedy v. United Kingdom).

Il legislatore appare dimentico che le intercettazioni possono essere disposte non solo nei confronti della persona indagata, ma anche nei riguardi di soggetti del tutto estranei alla condotta criminosa oggetto di indagine e che tali rimarranno per tutta la vicenda penale.

Come è noto, infatti, il quadro indiziario richiesto dall'art. 267 c.p.p. non è relativo alla persona dell'indagato, ma alla sussistenza del reato (cfr. Cassazione penale, Sez. II, sentenza n. 42763 del 23 ottobre 2015) e dunque esporre in maniera così cospicua un diritto irrinunciabile, anche per colui che non è neppure oggetto di indagine, ad un *"mezzo straordinariamente invasivo"*, come si legge nella stessa relazione del CSM, significa collocarsi al di fuori dei valori fondanti dello Stato



democratico.

Appare affetta da gravi incongruenze anche la parte procedurale della riforma.

Se da un lato è condivisibile la volontà di riportare dinanzi al giudice terzo lo scrutinio degli esiti dell'attività captativa, dall'altro la procedura di acquisizione prevista risulta gravemente penalizzante per l'attività difensiva, che viene compressa e subordinata ai poteri del pubblico ministero e quindi della controparte processuale.

Appare davvero inaccettabile, oltre che francamente sorprendente, che sia il pubblico ministero, piuttosto che il legislatore o in ultima analisi il giudice con il decreto autorizzativo, a fissare il termine, previsto dall'art. 268 comma 4 c.p.p., entro il quale il difensore può esaminare le risultanze e la documentazione inerente l'attività di intercettazione; tutto ciò in totale dispregio del principio della parità delle parti costituzionalmente sancito.

Sarebbe stato, viceversa, indispensabile prevedere, quanto meno, un termine minimo, invalicabile da parte del pubblico ministero, magari da calibrare anche in relazione alla tipologia di reato per il quale si procede, affinché la fissazione di un termine incongruo rispetto alla mole del materiale da consultare non concretizzasse, come accadrà, una sostanziale elusione delle prerogative attribuite alla difesa.

Palesamente in contrasto con l'esercizio dell'attività difensiva risulta, inoltre, la mancata previsione della facoltà di estrarre copia delle risultanze dell'attività investigativa.

Ed è parimenti lesiva del diritto difesa la modifica del criterio di acquisizione delle risultanze dell'intercettazione fissato nel comma 6 dell'art. 268 c.p.p., siccome degradato da "*manifestamente irrilevanti*" a meramente "*irrilevanti*".

Il difensore deve avere, come avviene nella normalità dei casi, diritto a consultare ed ottenere copia di tutto ciò che concerne l'indagine svolta nei confronti del proprio assistito; la pratica giudiziaria insegna che spesso ciò che appare non pertinente per l'accusa e per il giudice, non è tale per la difesa.

Dall'attività di acquisizione deve, pertanto, restar fuori solo tutto ciò che risulta essere in violazione di legge o *ictu oculi* manifestamente irrilevante.

Una differente lettura si porrebbe inevitabilmente in contrasto con l'art. 24 della Costituzione perché lesiva dell'effettività del diritto di difesa.

La procedura di acquisizione appare, inoltre, in contrasto con le prerogative del diritto di difesa anche in relazione alla regolamentazione del deposito degli atti relativi alle intercettazioni, introdotta mediante il comma 2 *bis* dell'art. 415 c.p.p.

In primo luogo, è da segnalarsi che sembra sfuggire al legislatore come nella prassi giudiziaria le risultanze delle intercettazioni vengano depositate quasi esclusivamente con la chiusura delle indagini, attesa la disinvoltura con la quale tale facoltà viene dal giudice concessa al pubblico ministero.

Una presa d'atto di tale dato avrebbe dovuto indurre, quantomeno, il legislatore ad introdurre un obbligo stringente, per il pubblico ministero al momento della richiesta e per il giudice nell'accoglierla, di motivare adeguatamente le ragioni del differimento in deroga ai termini di deposito previsti dall'art. 268 c.p.p.

Viceversa, la previsione di cui al comma 2 *bis* si segnala per una patente violazione del principio



della parità delle parti.

In primo luogo laddove obbliga il difensore ad indicare quali siano le ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti, obbligandolo ad ostendere alla controparte le proprie strategie difensive, consentendole così di assumere le opportune contromisure e addirittura di dissentire in ordine alla ritenuta rilevanza.

Si ha l'impressione che per l'attuale legislatore il processo accusatorio sia stato introdotto invano e che gli artt. 24 e 111 della Carta Costituzionale siano dei meri suggerimenti e non dei principi cogenti.

Le ragioni della difesa risultano viepiù compresse dal fatto che il termine per l'esame delle risultanze delle intercettazioni è lo stesso previsto per il deposito delle richieste di integrazione delle indagini e della memoria difensiva; era abbastanza agevole intuire la necessità dell'introduzione di un doppio termine.

Siffatte censure valgono anche in relazione all'introduzione del comma 2 *bis* dell'art. 454 c.p.p. in materia di giudizio immediato.

Relativamente a tale modifica deve essere segnalato il mancato coordinamento con il termine previsto per la richiesta di riti alternativi; ne risulta, infatti, anche in ragione della facoltà di richiedere al giudice la proroga del termine, introdotta in sede di conversione, che l'imputato debba decidere in ordine alla scelta del rito ancor prima di aver compiutamente esaminato le risultanze delle intercettazioni.

In violazione delle prerogative della difesa appare anche l'aver previsto al comma 3 dell'art. 89 *bis* disp. att. c.p.p. che nel registro degli accessi all'archivio si debbano annotare pure "*gli atti specificatamente consultati*" dal difensore, consentendo così, ancora una volta, al pubblico ministero di avere contezza delle strategie investigative della controparte.

Si deve rimarcare che il legislatore si rivela incapace di coordinare e bilanciare due diritti fondamentali, entrambi costituzionalmente garantiti: il diritto alla riservatezza delle comunicazioni e quello di difesa. Non appare condivisibile che, infatti, nel tentativo, peraltro, nel concreto non riuscito, di meglio tutelare il diritto alla riservatezza il legislatore comprima quello di difesa impedendo all'indagato e per lui al difensore, di conoscere l'esito delle intercettazioni tempestivamente e di poter, nel rispetto, della parità delle parti nel processo, elaborare, senza condizionamenti ed interferenze le strategie difensive.

Da ultimo, va segnalato che la mancata tutela del diritto di difesa trova decisivo riscontro nella omissione di un necessario intervento per rendere effettive le prerogative pure già riconosciute al difensore.

Dal testo licenziato emerge infatti che le comunicazioni telefoniche con il difensore potranno ancora essere ascoltate dal pubblico ministero, non essendo stata prevista l'immediata interruzione della captazione quando uno degli intercettati sia, appunto, il difensore, consentendo, anche in tale ipotesi, all'accusa di conoscere le strategie difensive e non essendo certamente sufficiente la sanzione della inutilizzabilità a garantire la sacralità del perimetro del diritto di difesa.

Sorprende che in un intervento normativo che si afferma essere stato ispirato dall'intento di tutelare la segretezza delle comunicazioni, nulla venga disposto per tutelare la segretezza e l'inviolabilità delle comunicazioni tra il difensore ed il suo assistito

In conclusione, la novella è in palese ed insanabile contrasto, per il profilo sostanziale, con l'art.



15 della Costituzione e con l'art. 8 della Cedu e, sotto l'aspetto procedurale, è chiaramente e ripetutamente lesiva del diritto di difesa e della parità delle parti in evidente violazione degli artt. 24 e 111 della Carta Costituzionale.

Va, da ultimo, segnalato che l'entrata in vigore del provvedimento, proprio nel periodo di emergenza determinato dall'epidemia da Covid 19, rende del tutto problematico per non dire impossibile, l'esercizio delle prerogative difensive e segnatamente quello di controllo e selezione delle risultanze dell'attività di captazione. Si impone, pertanto, una proroga del termine di entrata in vigore della normativa in esame; tale lasso di tempo, che non potrà che essere successivo alla conclusione dell'emergenza, potrebbe essere l'occasione per una novella che riporti la materia in aderenza ai principi costituzionali e tra questi a quelli che sovrintendono all'esercizio del diritto di difesa, come testé richiamati.

Roma, 5 aprile 2020

La Giunta