

La nuova disciplina della intercettazioni telefoniche

Autore: Paolo Gentilucci

In: Diritto penale

Sommario

1. La disciplina delle intercettazioni di conversazioni di cui al d.lgs.n. 216/2017 ed alla legge n.7/2019
2. La sentenza della Corte di Giustizia Europea n.C-746/2018 del 2 marzo 2021 8
3. La nuova disciplina introdotta dal decreto legge n.132/2021
4. Conclusioni

Abstract. La necessità di adeguare la normativa penale alla disciplina europea si è anche manifestata nel campo delle intercettazioni telefoniche. Il legislatore, anche nel rispetto della sentenza della Corte di Giustizia Europea n.C-746/2018 del 2 marzo 2021, ha previsto un nuovo regime, in linea con i principi dell'attuale processo penale, anche questa volta, tuttavia, provocando critiche soprattutto da parte della classe giudiziaria.

La disciplina delle intercettazioni di conversazioni di cui al d.lgs.n. 216/2017 ed alla legge n.7/2019

In data 26 gennaio 2018 è entrata in vigore la riforma della disciplina delle intercettazioni attuata con il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216.

Il decreto, recante "Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, è stato emesso in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della [HYPERLINK "https://www.altalex.com/documents/news/2017/03/15/riforma-codice-penale-e-procedura"](https://www.altalex.com/documents/news/2017/03/15/riforma-codice-penale-e-procedura) legge 23 giugno 2017, n. 103".

La riforma conferma il ruolo delle intercettazioni come fondamentale strumento di indagine e si propone

di creare un giusto equilibrio tra la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione e il diritto all'informazione.

Queste le principali disposizioni del decreto legislativo:

viene introdotto il reato di "diffusione di riprese e registrazioni di comunicazioni fraudolente". La norma punisce con la reclusione fino a quattro anni chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione. La punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si tratta di una norma posta a tutela della *privacy* e che tuttavia non è riuscita ad arginare il fenomeno della pubblicazione delle intercettazioni non pertinenti al procedimento penale e quindi potenzialmente dannose per la reputazione di terzi;

una maggiore tutela della riservatezza nelle comunicazioni tra avvocato difensore e assistito. Il divieto, già previsto, di attività diretta di intercettazione nei confronti del difensore, con conseguente inutilizzabilità delle relative acquisizioni, viene infatti ampliato, prevedendo che l'eventuale coinvolgimento, in via anche solo occasionale, del difensore nell'attività di ascolto legittimamente eseguita, non possa condurre alla verbalizzazione delle relative comunicazioni o conversazioni. Anche questa disposizione appare quanto mai opportuna, ma tuttavia si è assistito talvolta ad una violazione della stessa;

l'introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni ritenute irrilevanti per le indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, sempre ove non fossero ritenute rilevanti a fini di prova, fatta salva la facoltà del pubblico ministero di disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni e conversazioni siano trascritte nel verbale quando ritenute rilevanti per i fatti oggetto di prova e altresì necessarie al medesimo fine, se attengono a dati personali sensibili. Si ritiene che questa statuizione attribuisce un'eccessiva discrezionalità al P.M. e finisce per vanificare l'efficacia reale della previsione;

una nuova disciplina del deposito degli atti riguardanti le intercettazioni e la selezione del materiale raccolto, con l'introduzione di una procedura in due fasi. Tale procedura prevede dapprima il deposito delle conversazioni e delle comunicazioni, oltre che dei relativi atti, e solo successivamente l'acquisizione di quelle rilevanti e utilizzabili e il contestuale stralcio, con destinazione finale all'archivio riservato, di quelle irrilevanti e inutilizzabili. Inoltre, il pubblico ministero viene individuato come garante della riservatezza della documentazione, poiché a lui spetta la custodia, in un apposito archivio riservato, del materiale irrilevante e inutilizzabile, con facoltà di ascolto ed esame, ma non di copia, da parte dei difensori e del giudice, fino al momento di conclusione della procedura di acquisizione. Di conseguenza, viene ridefinita la procedura volta a selezionare il materiale raccolto dal pubblico ministero e, come previsto dalla delega, si prevede un meccanismo differenziato di acquisizione nel caso in cui il materiale

d'intercettazione rilevante sia stato già utilizzato per l'emissione di un provvedimento cautelare. Si supera quindi il precedente modello incentrato sulla cosiddetta "udienza stralcio", caratterizzato dal fatto che tutto il materiale d'intercettazione era sin da subito incluso nel fascicolo delle indagini preliminari, anziché essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile. Tutto ciò al fine di escludere, sin dalla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e, in generale, il materiale d'intercettazione 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. Si deve rilevare, tuttavia, che tale norma non è stata sempre rispettata;

una nuova disciplina sui *trojan horse*, ovvero intercettazioni di comunicazioni o conversazioni mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili. In particolare, si prevede che tali dispositivi non possano essere mantenuti attivi senza limiti di tempo o di spazio, ma debbano essere attivati *da remoto* secondo quanto previsto dal pubblico ministero nel proprio programma d'indagine e che, tra l'altro, debbano essere disattivati se l'intercettazione avviene in ambiente domiciliare, a meno che non vi sia prova che in tale ambito si stia svolgendo l'attività criminosa oggetto dell'indagine o che l'indagine stessa non riguardi i delitti più gravi, tra i quali mafia e terrorismo, di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-*quater*, del Codice di procedura penale. Anche a tale proposito si ritiene che questa previsione, al di là delle fattispecie più gravi facilmente identificabili, aveva attribuito un ampio margine di discrezionalità al P.M.;

semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, attraverso la previsione di presupposti meno restrittivi per la relativa autorizzazione;

innalzamento da cinque a dieci giorni del termine temporale attribuito alle difese per l'esame del materiale intercettato, una volta che questo sia stato depositato, prevedendo anche una prorogabilità del termine in ragione della quantità del materiale investigativo raccolto e della sua complessità;

l'anticipazione del rilascio di copia dei verbali di trascrizione sommaria (quella effettuata dalla polizia giudiziaria in corso di operazioni), una volta disposta l'acquisizione ad opera del giudice con pressoché definitiva espulsione, salvo recupero in udienza preliminare o in dibattimento, del materiale che in un primo momento era stato ritenuto irrilevante e che poi, anche in ragione di elementi sopravvenuti, venga diversamente valutato.

Successivamente, con decreto legge n.161, convertito con legge n.7 del 28 febbraio 2020, l'utilizzo dei c.d. *trojan horse* nelle intercettazioni per i reati contro la P.A. è stato esteso anche ai reati commessi dagli incaricati di pubblico servizio (in precedenza l'impiego era previsto solo per quelli commessi da pubblici ufficiali). A tal fine possono essere impiegati solo programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia. Il verbale delle operazioni deve indicare il tipo di

programma impiegato e, se possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni.

Le comunicazioni intercettate devono essere trasferite esclusivamente nell'archivio digitale, e durante il trasferimento dei dati è garantito il controllo costante di integrità che assicuri l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso. Se non è possibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale delle operazioni dà atto delle ragioni che lo impediscono e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate. Al termine delle operazioni il captatore viene disattivato con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi utilizzi.

I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al P.M. per la conservazione nell'archivio digitale, dove vengono depositati entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione; qui rimangono per il tempo fissato dal P.M., salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga; se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il P.M. a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Ai difensori dell'imputato è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato dal P.M., per via telematica avevano facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni o di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche.

Per quanto concerne lo stralcio di intercettazioni vietate, una volta scaduto il termine fissato dal P.M., il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiono irrilevanti; nel contempo il giudice procede anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui era vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardavano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne era dimostrata la rilevanza. Il P.M. e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno 24 ore prima.

La normativa in esame si occupa anche della trascrizione delle registrazioni e dei diritti della difesa e statuisce che il giudice, anche in sede di formazione del fascicolo per il dibattimento, dispone la trascrizione integrale delle registrazioni o la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire; le forme, i modi e le garanzie sono quelli previsti dal codice di rito per lo svolgimento delle perizie. Le trascrizioni o le stampe vengono inserite nel fascicolo per il dibattimento.

I difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto; per l'intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati o copia della stampa.

Con riferimento all'archivio digitale e modalità di accesso, cambiano i sistemi di conservazione della documentazione: l'archivio riservato presso l'ufficio del P.M. è sostituito da un apposito archivio digitale, gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Nella gestione dell'archivio deve essere garantita la segretezza della documentazione delle intercettazioni non necessarie per il procedimento, di quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione o riguardanti categorie particolari di dati personali.

Spetta al Procuratore della Repubblica impartire le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto; un apposito decreto del Ministro della giustizia, adottato sentito il Garante della *privacy*, stabilisce i criteri ai quali il Procuratore della Repubblica deve attenersi per regolare le modalità di accesso all'archivio, di consultazione e richiesta di copie, a tutela della riservatezza degli atti.

All'archivio possono accedere i seguenti soggetti:

il giudice che procede e i suoi ausiliari

il pubblico ministero e i suoi ausiliari, compresi gli ufficiali di p.g. delegati all'ascolto

i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete.

Ogni accesso è annotato in apposito registro informatico, nel quale sono indicati data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati.

I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro informatico, in cui sono indicati data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia.

Le registrazioni sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione; tuttavia, gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione; il giudice decide in camera di consiglio.

La sentenza della Corte di Giustizia Europea n.C-746/2018 del 2 marzo 2021

Nel dibattito sulle intercettazioni è intervenuta la sentenza del 2 marzo 2021 nella causa C- 746/18 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, resa relativamente a un caso sorto in Estonia, dove un imputato di furto, uso illecito di carta di credito e di violenza nei confronti di persone partecipanti a un procedimento giudiziario, era stato condannato sulla base dei dati personali acquisiti da fornitori di servizi di comunicazione. Tale decisione ha individuato, con riferimento all'articolo 15, paragrafo 1 della Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla

vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, due limiti di compatibilità:

l'accesso ai dati relativi al traffico telefonico e telematico deve essere circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica («conformemente al principio di proporzionalità, soltanto la lotta contro le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta»);

l'accesso ai dati non può avvenire direttamente da parte del pubblico ministero in quanto parte del procedimento penale in fase di istruttoria.

Secondo la Corte, quindi, «L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo.

L'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, come modificata dalla direttiva 2009/136, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale renda il pubblico ministero, il cui compito è di dirigere il procedimento istruttorio penale e di esercitare, eventualmente, l'azione penale in un successivo procedimento, competente ad autorizzare l'accesso di un'autorità pubblica ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione ai fini di un'istruttoria penale».

Al fine di garantire il rispetto di quest'ultima condizione, è necessario che l'accesso ai dati sia subordinato ad un controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente e che la decisione di tale giudice o di tale entità intervenga a seguito di una richiesta motivata presentata nel quadro di procedure di prevenzione o di accertamento di reati o di azioni penali instaurate.

Il requisito di indipendenza che l'autorità incaricata di esercitare il controllo preventivo deve soddisfare impone che tale autorità abbia la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati, di modo che la prima sia in grado di esercitare tale controllo in modo obiettivo e imparziale al riparo da qualsiasi influenza esterna.

Secondo la Corte «la normativa nazionale in questione deve fondarsi su criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati in questione. A questo proposito, un accesso siffatto può, in linea di principio, essere consentito, in relazione con l'obiettivo della lotta contro la criminalità, soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un illecito grave, o anche di essere implicate in una maniera o in un'altra in un illecito del genere. Tuttavia, in situazioni particolari, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone potrebbe essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo» (punto 50).

La Corte, infine, si sofferma sulla veste del pubblico ministero, ricostruita in funzione della sua posizione nel procedimento penale e non nell'ordinamento giudiziario.

Il giudice del rinvio rileva che i suoi dubbi riguardo all'indipendenza richiesta dal diritto dell'Unione sono principalmente dovuti al fatto che il pubblico ministero non solo dirige il procedimento istruttorio, ma rappresenta anche la pubblica accusa nel processo; e la Corte afferma che il pubblico ministero (estone) «è tenuto, conformemente al diritto nazionale, ad agire in modo indipendente, è soggetto soltanto alla legge e deve esaminare gli elementi a carico e quelli a discarico nel corso del procedimento istruttorio», ma lo stesso organo rappresenta la pubblica accusa nel processo, di cui è parte.

E' questo dunque che qualifica il pubblico ministero come «parte» e non gli opposti canoni della sua soggezione alla «sfera di competenza del Ministero della Giustizia» secondo le norme di ordinamento giudiziario ovvero del suo compito (ai sensi dell'art. 211 del c.p.p. estone) di verificare «gli elementi a carico e quelli a discarico raccolti nei confronti del sospettato o dell'indagato» prima di esercitare l'azione penale, con disposizione che riecheggia il nostro art. 358 c.p.p.

Si deve ritenere, quindi, che la sentenza della Corte avrebbe potuto incidere sull'ordinamento nazionale.

La prima questione riguarda il grado di immediata effettività nell'ordinamento nazionale. Tuttavia la lettura delle parti più significative della sentenza, che sopra si sono riportate, rendeva discutibile tale immediata effettività.

La Corte, infatti, non solo richiama più volte la legislazione nazionale, ma ricostruisce i limiti all'acquisizione dei dati con riferimento a una pluralità di elementi.

In questo contesto si ritiene prendere in considerazione anche l'opzione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, i cui parametri sono deducibili dalle osservazioni sin qui svolte e che poteva avere ad oggetto le norme del decreto legislativo n. 132 del 2006 o le norme del Codice di procedura penale in materia di intercettazioni.

Il limite di questa opzione era dato dall'alternativa che *prima facie* si offre all'interprete (e al potenziale remittente) di un'iniziativa puramente demolitiva dell'articolo 132 del decreto legislativo n. 196 del 2003 (che parrebbe eccedere il *dictum* della CGUE); ovvero della richiesta di una sentenza additiva della medesima norma nella parte in cui non prevede una definizione di reati gravi e un procedimento di acquisizione con l'intervento del giudice o dell'articolo 266 del c.p.p. nella parte in cui non prevede l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico.

Forse tale soluzione appariva eccessiva anche per una Corte Costituzionale proattiva; né si ritiene che poteva essere risolutiva una sentenza interpretativa di rigetto.

Rimaneva, pertanto, la soluzione della modifica normativa, considerato che la natura e la misura degli effetti possibili della pronuncia giurisprudenziale sovranazionale rendono legittimo anche il ricorso allo strumento del decreto-legge, tanto più trattandosi di una forma di ampliamento delle garanzie individuali. Tali indicazioni sono state sostanzialmente recepite dall'attuale normativa.

La nuova disciplina introdotta dal decreto legge n.132/2021

A pochi giorni dall'approvazione definitiva della riforma del processo penale, il Governo è intervenuto nuovamente sulla giustizia penale con un provvedimento di decretazione d'urgenza che va a modificare la disciplina di acquisizione dei tabulati telefonici e telematici dettata dall' art. 132 del D.Lgs. n.196/2003 (c.d. Codice in materia di protezione dei dati personali).

Si tratta di un intervento in larga parte atteso, in quanto sorto per porre rimedio alla difformità del nostro ordinamento penale rispetto al citato orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha ritenuto non conforme al diritto eurounitario una disciplina che attribuisca al P.M. anziché al giudice il potere di acquisire i dati di traffico c.d. esterno dei dispositivi telefonici e telematici.

Come si legge invero nel preambolo del provvedimento, l'intervento è stato determinato dalla ritenuta straordinaria necessità ed urgenza di garantire la possibilità di acquisire dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla C.G.U.E. nella menzionata sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, in particolare circoscrivendo «le attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme gravi di criminalità» e garantendo che «dette attività siano soggette al controllo di un'autorità giurisdizionale».

Nel modificare la disciplina relativa all'acquisizione dei tabulati telefonici e telematici, il decreto legge in esame è intervenuto invero a novellare i presupposti e i requisiti per poter procedere alla loro acquisizione, ripristinando in parte la disciplina vigente nel nostro ordinamento negli anni 2004/2005.

La nuova normativa prevede una disciplina ordinaria e una d'urgenza. Comuni ad entrambe sono i presupposti richiesti perché si possa procedere all'acquisizione dei tabulati, secondo le nuove regole fissate nell' art. 132, comma 3, D.Lgs. n. 196/2003.

In via ordinaria, in presenza di tali requisiti, i dati sono acquisiti presso il fornitore dei servizi telefonici e telematici con decreto motivato del Giudice su richiesta del P.M. o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Si ripristina, dunque, il sistema vigente nel nostro ordinamento negli anni 2004/2005, quando era appunto il giudice che, su richiesta del P.M. (o delle altre parti), autorizzava l'acquisizione dei tabulati. Non compare, invece, rispetto al passato, la possibilità per il difensore dell'imputato o dell'indagato di richiedere direttamente al fornitore dei servizi i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito tramite indagini difensive, ipotesi che viene invero cancellata dalla nuova norma. Per contro, le difese - tanto dell'indagato/imputato, quanto della parte offesa. e delle altre parti private - avranno l'onere, a questo punto, di trasmettere le proprie richieste direttamente al giudice, senza passare per il tramite del P.M.

Per quanto riguarda, invece, l'acquisizione d'urgenza di tali tabulati, è il successivo comma 3-bis dell'art. 132 D.Lgs. n. 196/2003, introdotto *ex novo* dal decreto-legge in esame, ad inaugurare invece un innovativo procedimento di acquisizione d'urgenza, sulla falsariga della disciplina delle intercettazioni.

Secondo tale nuova previsione, infatti, quando ricorrono «ragioni di urgenza» e se vi sia «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini», il P.M. è autorizzato a disporre l'acquisizione dei dati con decreto motivato, che va tuttavia comunicato immediatamente e comunque non oltre le 48 ore al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria, il quale, nelle 48 ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del P.M. non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.

Da qui in avanti, quindi, di norma ogni richiesta - sia del P.M. che delle difese - dovrà necessariamente essere diretta al G.I.P., che dovrà decidere se autorizzare o meno l'acquisizione di tali dati in base alla sussistenza dei requisiti sopra indicati. Solo in casi urgenti e qualora dal ritardo possa derivare grave pregiudizio per le indagini, il P.M. potrà acquisirli in autonomia con proprio provvedimento, comunque soggetto alla successiva convalida del G.I.P. entro termini stringenti e con il rischio di una inutilizzabilità dei risultati acquisiti in caso di non convalida.

Alcuni autori ritengono che in applicazione del principio del *tempus regit actum*, non potrà porsi alcun problema di utilizzabilità dei tabulati finora già acquisiti con il sistema previgente e neppure di quelli che saranno acquisiti sulla base di decreti autorizzativi già emessi dal P.M alla data di entrata in vigore della novella, in quanto tali tabulati risulteranno ritualmente acquisiti secondo le disposizioni *ratione*

temporis vigenti all'epoca in cui era stata autorizzata la loro acquisizione, sulla base di una norma che legittimamente attribuiva tale potere all'organo inquirente. Ma si ritiene che su questo aspetto bisognerà attendere l'evoluzione giurisprudenziale.

Secondo tali autori, il provvedimento in esame presenterebbe possibili vizi di legittimità costituzionale per difetto del requisito di omogeneità delle disposizioni contenute al suo interno.

Il D.L. n. 132/2021 si articolerebbe infatti in una pluralità di norme - come già preannuncia il suo titolo - che non riguardano soltanto la materia della giustizia e, in particolare, il tema dei tabulati, ma che attengono anche ad una congerie di misure relative al codice dell'ordinamento militare ed alla proroga di termini in materia di *referendum*, assegno temporaneo per figli minori e versamenti IRAP.

A tale riguardo si osserva che è pur vero che costituisce principio ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale quello per cui il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali di cui all' art. 77, comma 2, Cost. per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo implica la necessità di «una intrinseca coerenza delle norme contenute in un decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico», richiedendo per il suo rispetto un «insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo»; per cui, al contrario, l'inserimento all'interno di uno stesso provvedimento d'urgenza di norme eterogenee tra loro, quanto all'oggetto o alla loro finalità, spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo in ordine all'urgenza del provvedere ed il «caso» che lo ha reso necessario, «trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale» (così Corte cost. sentenza n. 22/2012).

La Corte costituzionale ha del resto anche individuato, tra gli indici alla stregua dei quali verificare «se risulti evidente o meno la carenza del requisito della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza di provvedere», la «evidente estraneità» della norma censurata rispetto alla materia disciplinata da altre disposizioni del decreto-legge in cui è inserita (*cfr.* Corte cost., n. 171/2007 e Corte cost., n. 128/2008).

Tuttavia, si rileva che è anche vero, come sottolineano gli stessi autori, che la Corte ha fatto comunque salvi in linea di principio i decreti legge che attengono ad ambiti materiali diversi ed eterogenei (come i c.d. "milleproroghe"), purché obbediscano «alla *ratio* unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento o di incidere su situazioni esistenti - pur attinenti ad oggetti e materie diversi - che richiedono interventi regolatori di natura temporale» (*cfr.* Corte cost., sentenza n. 22/2012), così come «i provvedimenti governativi *ab origine* a contenuto plurimo», che di per sé peraltro non sono esenti da problemi di rispetto del requisito dell'omogeneità (*cfr.* Corte cost., n. 32/2014 e Corte cost., n. 149/2020), purché presentino una «sostanziale omogeneità di scopo», ancorché le molteplici disposizioni che lo compongono siano eterogenee dal punto di vista materiale, così da farli risultare forniti di una intrinseca coerenza (*cfr.* Corte cost., sentenza n. 244/2016 e Corte cost. sentenza n. 170/2017), ovvero purché siano relativi a materie diverse ma «richiedenti rimedi urgenti a situazioni straordinarie» (*cfr.* Corte cost., sentenza n. 16/2017) o che consentano «di fronteggiare una situazione straordinaria complessa e variegata che richiede

interventi oggettivamente eterogenei, in quanto afferenti a materie diverse, ma indirizzati tutti all'unico scopo di approntare urgentemente rimedi a tale situazione» (cfr. Corte cost., sentenza n. 149/2020).

Si ritiene, pertanto, che nel caso di specie, le norme introdotte, pur se apparentemente eterogenee, sono state dettate dall'esigenza improcrastinabile di disciplinare alcuni aspetti del processo penale per adeguarlo all'ordinamento europeo, nonché esaminare aspetti rilevanti per la difesa dello Stato, disciplinare le proroghe in tema di *referendum* per salvaguardare il principio democratico del rispetto della volontà popolare e dettare norme per l'assegno temporaneo per i figli minori e la proroga dei termini di versamento dell'IRAP in un difficile momento caratterizzato dalla presenza, che ha i caratteri della straordinarietà, di una pandemia eccezionale. Ciò non esclude, tuttavia, che ragioni di opportunità avrebbero suggerito di adottare il provvedimento sulla giustizia con un decreto legge *ad hoc*.

Anche l'esclusione delle fattispecie punite con pene inferiori ai tre anni di reclusione, che da qui in avanti non consentiranno l'acquisizione di tabulati telefonici o telematici per giungere ad individuare il loro autore, appare una scelta ragionevole al fine di snellire i procedimenti penali minori ed evitare un aggravio di spese per l'amministrazione della giustizia. D'altro canto tale previsione era stata espressamente dettata dalla citata sentenza della Corte di Giustizia Europea.

Con riferimento al tracciamento degli spostamenti degli individui tramite il ricorso a mezzi di pedinamento mediante sistemi di rilevamento satellitare (GPS) sarà la giurisprudenza successiva a stabilire se, sia la localizzazione *da remoto* degli spostamenti di un soggetto a mezzo di tali sistemi, sia il controllo a distanza della presenza di tale soggetto in un dato luogo con gli stessi mezzi, costituiscono il prodotto di un'attività di investigazione atipica assimilabile al pedinamento e non alle operazioni di intercettazione, con la conseguenza pertanto che tali attività sono utilizzabili nel processo penale senza neppure la necessità di un'autorizzazione preventiva da parte dell'autorità giudiziaria, perché anche tale attività potrebbe determinare un'interferenza con il diritto alla riservatezza delle comunicazioni o una lesione dell'inviolabilità del domicilio, a nulla valendo la giurisprudenza precedente che ritiene che le stesse rientrano nella competenza della polizia giudiziaria quali mezzi atipici di ricerca della prova (cfr. *ex multis* Cass. pen. sez. II, 04/04/2019, sentenza n. 23172, rv. 276966 e o "10SE0001302939" \t "_blank" Cass. pen. sez. II, 13/02/2013, n. 21644, rv. 255542).

Non può, infine, ignorarsi che l'Unione Europea ha risposto alla crisi pandemica con il *Next Generation EU* (NGEU). Si tratta di un programma di portata e ambizione inedite, che prevede investimenti e riforme per accelerare la transizione ecologica e digitale, migliorare la formazione delle lavoratrici e dei lavoratori e conseguire una maggiore equità di genere, territoriale e generazionale.

Le sei Missioni del Piano sono: digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute.

Il Piano comprende un ambizioso progetto di riforme. Il governo intende attuare quattro importanti

riforme di contesto: pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza.

Inoltre, la riforma del sistema giudiziario, incentrata sull'obiettivo della riduzione del tempo del giudizio, è inserita dal PNRR tra le c.d. riforme orizzontali, o di contesto, che consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, tali da interessare, in modo trasversale, tutti i settori di intervento del Piano. Per realizzare questa finalità, il Piano prevede - oltre a riforme ordinamentali, da realizzare ricorrendo allo strumento della delega legislativa - anche il potenziamento delle risorse umane e delle dotazioni strumentali e tecnologiche dell'intero sistema giudiziario, al quale sono destinati specifici investimenti.

In particolare, per quanto concerne la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio penale, il PNRR si propone l'obiettivo di rendere più efficiente il processo penale e di accelerarne i tempi di definizione.

Di qui l'inderogabile necessità di procedere con la massima urgenza alla riforma della giustizia, *in primis* di quella penale e quindi anche alla riforma delle intercettazioni telefoniche si inserisce in questo piano strategico.

Conclusioni

Le osservazioni che precedono potrebbero insinuare il dubbio che la strada prescelta dal Governo non appaia la migliore percorribile e che la normativa *de qua* potrebbe costituire un *vulnus* per l'attività della magistratura inquirente e della polizia giudiziaria.

Tuttavia è anche vero che se il legislatore italiano ha ritenuto di configurare un tipo di processo a carattere accusatorio, è necessario trarne le estreme conseguenze come quella che delinea il P.M. come parte processuale, principio che richiede che tutti gli atti più delicati, come ad esempio le intercettazioni telefoniche, siano autorizzati da un giudice terzo.

Non si deve inoltre dimenticare il cattivo uso che negli ultimi anni è stato fatto di questo mezzo di indagine, certo non per colpa della magistratura inquirente, ma che comunque ha portato ad un utilizzo abnorme ed incontrollato delle intercettazioni telefoniche e della loro pubblicità.

Infine, appare del tutto evidente la necessità di adeguarsi alla giurisprudenza europea della Corte di Giustizia Europea, che forse, come visto, non avrebbe neanche richiesto un provvedimento del legislatore italiano.

Sarà comunque l'impegno istituzionale di tutte le parti in causa, Magistratura, Avvocatura ed uffici giudiziari a dare valore e maggiore efficacia alla normativa in questione.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/la-nuova-disciplina-della-intercettazioni-telefoniche/>