



**PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI**

prot. 708/2016 INF.U.

**Al Consiglio Superiore della Magistratura
Roma**

**Al Consiglio Giudiziario
presso la Corte di Appello di
Napoli**

**Al Sig. Procuratore Generale della Repubblica
presso la Corte di Appello di
Napoli**

Oggetto: Trasmissione Direttiva n.1/2016/Proc. del 16.2.2016.

Trasmetto, per opportuna conoscenza, copia della Direttiva n.1/2016 in data 16.2.2016, in tema di intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti nonché di intercettazioni di conversazioni del difensore.

Napoli, 19 Febbraio 2016

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA

Giovanni Colangelo

NOTIZIALE TAR DI NAPOLI

SM-Prot. CSM n. A-9882/2016 del 24/02/2016



PROCURA DELLA REPUBBLICA
PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI

Direttiva n. 1/2016

Ai Sig.ri Magistrati dell'Ufficio

Oggetto: criteri direttivi in tema di intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti nonché in tema di intercettazioni di conversazioni del difensore.

1. Premessa. Con il presente provvedimento si intende, in primo luogo, dettare specifiche direttive al fine di evitare l'ingiustificata diffusione di conversazioni intercettate nel corso di indagini che siano del tutto estranee e irrilevanti ai fini della proficua conduzione delle stesse o addirittura inutilizzabili; in secondo luogo, analizzare gli adempimenti gravanti sul pubblico ministero al fine di distruggere le conversazioni inutilizzabili o senza alcun dubbio prive di qualsivoglia rilevanza penale, specie nel caso in cui la obbligatorietà di detta distruzione sia stata esplicitamente rimarcata dal legislatore.

2. Le cautele finalizzate ad impedire la diffusione delle intercettazioni. La diffusione delle intercettazioni è strettamente connessa alla loro trascrizione ed alla loro inclusione nelle annotazioni di polizia giudiziaria con le quali si richiede la loro proroga ovvero nelle informative destinate ad essere depositate a sostegno di eventuali richieste cautelari ovvero ad essere depositate al termine delle indagini preliminari.

E' del tutto evidente come il dato fisiologico della loro conoscenza/conoscibilità da parte di terzi cessa di essere tale, divenendo invece patologico, nel caso di irrilevanza delle captazioni ovvero della loro inutilizzabilità ai fini delle investigazioni.

2.1. Irrilevanza delle intercettazioni. Laddove le singole intercettazioni risultino estranee alla dimostrazione di fatti costituenti reato, l'esigenza di evitare ingiustificate compressioni del diritto alla riservatezza delle proprie comunicazioni impone di evitare che le relative trascrizioni siano riportate, per esteso o per estratto, nei brogliacci, nelle annotazioni di p.g. e nelle informative e, tantomeno, che possano essere utilizzate dal magistrato procedente per fondare richieste al giudice. In tal caso la polizia giudiziaria dovrà limitarsi a riportare, sul brogliaccio di ascolto, la annotazione "intercettazione irrilevante ai fini delle indagini".

In caso di dubbio in merito alla possibile rilevanza penale della conversazione, la polizia giudiziaria ne sottoporà il contenuto al pubblico ministero procedente, al quale la relativa trascrizione sarà trasmessa con nota autonoma, per le opportune direttive. Se il pubblico ministero riterrà la conversazione intercettata inutilizzabile o irrilevante, trasmetterà la nota, con il 'visto' del procuratore

aggiunto competente, alla segreteria del Procuratore il quale disporrà per la conservazione delle intercettazioni e degli atti con protocollo riservato; tali atti ed intercettazioni saranno distrutti se e quando il Giudice ordinerà la distruzione delle intercettazioni.

2.2. Intercettazioni inutilizzabili. L'inutilizzabilità delle intercettazioni può dipendere, in primo luogo, da un vizio genetico, afferente al procedimento autorizzatorio (nel caso di mancata convalida di intercettazioni disposte in via di urgenza ovvero di operazioni di captazione protrattesi per errore oltre il termine di scadenza, ecc.); in secondo luogo, può derivare dalla esistenza di limiti imposti dalla legge in vista della esigenza di garantire il diritto alla riservatezza e alla libertà di comunicazione di alcuni soggetti, in considerazione della particolare funzione dagli stessi svolta (e nei limiti in cui ciò sia necessario per tutelare quest'ultima): è il caso delle intercettazioni di conversazioni coinvolgenti i difensori o i parlamentari o altri soggetti sottoposti a garanzie costituzionali.

Nel primo caso, è del tutto evidente come le intercettazioni non dovranno ricevere alcuna forma di documentazione e il pubblico ministero dovrà chiedere immediatamente che il giudice disponga la distruzione ai sensi dell'art. 271, comma 3, c.p.p.

Di seguito, viceversa, verrà trattata la materia delle intercettazioni coinvolgenti le specifiche categorie alle quali si è appena accennato.

2.2.1. Intercettazione delle conversazioni con i difensori. La problematica delle intercettazioni di conversazioni con i difensori è disciplinata, notoriamente, dall'art.103, commi 5 e 7, c.p.p.

Il primo di tali commi sancisce che *"non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e i loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite"*. Il secondo prevede, *"Salvo quanto previsto dall'art.271", che "i risultati...delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati"*.

Il riferimento dell'art. 271 c.p.p. va inteso in duplice senso: in primo luogo, esso sottrae alla disciplina della inutilizzabilità quelle intercettazioni riferite a conversazioni che costituiscono esse stesse reato (Cass., sez.VI, 16.6.2003, n.35656 Rv.226659); in secondo luogo, postula che alla inutilizzabilità consegua la necessaria distruzione della documentazione delle intercettazioni.

Non è il caso di richiamare la copiosa elaborazione giurisprudenziale sui limiti all'inutilizzabilità delle intercettazioni intercorse tra l'indagato ed il difensore. Può in generale affermarsi che la suprema Corte, con orientamento ormai assolutamente consolidato, ha affermato il principio della necessità di un sindacato postumo sull'utilizzabilità o meno delle intercettazioni stesse (sul punto, v. Cass., Sez. V, 12.2.2003, n. 20072, Rv. 224944: *"la prescrizione anzidetta non si traduce, in definitiva, in un divieto assoluto di conoscenza "ex ante" come se il legale godesse di un ambito di immunità assoluta o di un privilegio di categoria, ma implica una verifica postuma del rispetto dei relativi limiti, la cui violazione comporta l'inutilizzabilità delle risultanze dell'ascolto non consentito, ai sensi dell'art. 103, comma 7, e la distruzione della relativa documentazione, a norma dell'art. 271, richiamato dallo stesso art. 103, comma 7, del codice di rito"*; conf. Cass., Sez. VI, 4.5.2005, n. 36600, Rv. 232266).

Allorchè le intercettazioni rientrino pacificamente nell'ambito di applicabilità dell'art.103, comma 5, c.p.p. esse non dovranno essere trascritte e la polizia giudiziaria dovrà riportare sul brogliaccio l'indicazione "conversazione con il difensore".

Nel caso di dubbio dovrà procedersi come per le intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili.

2.2.2. Le intercettazioni di parlamentari. La materia delle intercettazioni nei confronti dei parlamentari è disciplinata dagli artt. 4 e 6 della L. 140/2003, avente ad oggetto *"disposizioni per*

2


l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato".

L'art. 4 disciplina le intercettazioni dirette di parlamentari, prevedendo la necessità della autorizzazione della Camera di appartenenza. La disposizione non presenta problemi specifici sul tema oggetto di trattazione nel presente provvedimento in quanto, se l'intercettazione sia stata autorizzata, essa si svolgerà come tutte le altre. Nel caso in cui non lo sia stata, essa non potrà avere luogo.

Più complessi problemi sono invece implicati dall'art. 6, che disciplina la materia delle intercettazioni indirette. Detta disposizione stabilisce che *"il giudice per le indagini preliminari, anche su istanza delle parti ovvero del parlamentare interessato, qualora ritenga irrilevanti, in tutto o in parte, ai fini del procedimento i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali hanno preso parte membri del Parlamento, ovvero i tabulati di comunicazioni acquisiti nel corso dei medesimi procedimenti, sentite le parti, a tutela della riservatezza, ne decide, in camera di consiglio, la distruzione integrale ovvero delle parti ritenute irrilevanti, a norma dell'art. 269, commi 2 e 3, del codice di procedura penale."*

Anche per queste intercettazioni si procederà come per le intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili.

3. Distruzione delle intercettazioni. In genere. Il procedimento di distruzione delle intercettazioni *inutilizzabili*, in quanto eseguite fuori dai casi consentiti (art. 271 c.p.p.), sia pure laddove ciò sia accertato *ex post*, come avviene per le intercettazioni con i difensori, si differenzia marcatamente da quello dettato dall'art. 269 del codice di rito per le intercettazioni *non rilevanti* ai fini del procedimento.

In entrambi i casi le norme prevedono che la distruzione debba essere disposta dal giudice.

Tuttavia, la disciplina - nelle due ipotesi - si differenzia per diversi aspetti:

a).1. nel caso di intercettazioni non utilizzabili, la competenza a disporre la distruzione spetta al giudice che procede nel momento in cui viene avanzata la richiesta (art. 271 c. 3 c.p.p.) e, in tal senso, v. Cass. sez. I, 30.3.1993, n.1364, Rv.194010;

a).2. nel caso di intercettazioni non rilevanti ai fini del processo, la competenza, invece, appartiene al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione (art. 269 c. 2 c.p.p.);

b).1. la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili può essere disposta dal giudice "in ogni stato e grado del processo" (art. 271 c. 3 c.p.p.) ed è da ritenere che il dovere di promuoverla spetti allo stesso pubblico ministero, rispondendo il provvedimento ad esigenze di legalità;

b).2. per le intercettazioni irrilevanti, invece, è previsto che il procedimento di distruzione sia attivato dagli "interessati" (art. 269 c. 2 c.p.p.) e sembra doversi escludere un potere di ufficio in capo al giudice. Va da ultimo osservato, quanto allo specifico procedimento previsto per la decisione del giudice, che:

c).1. nel caso di intercettazioni non utilizzabili, l'art. 271 c.p.p. nulla prevede al riguardo;

c).2. nel caso di intercettazioni non rilevanti, invece, l'art. 269 c.p.p., al comma 2, espressamente prevede che il giudice decide sull'istanza di distruzione "in camera di consiglio, a norma dell'articolo 127 c.p.p."

Per quanto concerne le intercettazioni di cui all'art. 271 c.p.p., sebbene la norma non preveda espressamente la disciplina per la procedura di distruzione, non può certamente escludersi una forma di contraddittorio per la decisione del giudice.

La categoria della inutilizzabilità (art. 271 c.p.p.), infatti, ricomprende una tipologia di casi estremamente eterogenea, a cui sono riconducibili sia tutte le ipotesi (di natura sostanziale) in cui le intercettazioni siano state eseguite fuori dei casi previsti dalla legge, sia le ipotesi (di natura formale) in cui siano state violate le norme di cui agli artt. 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p..

Nella prospettiva del verificarsi di una così ampia varietà di situazioni, è evidente che non può escludersi la necessità di dovere assicurare ad una o a più parti di rappresentare le proprie

argomentazioni a sostegno della sussistenza ovvero della insussistenza dei presupposti della inutilizzabilità e, quindi, della possibilità di procedere alla distruzione delle intercettazioni.

Del resto, non può escludersi – pure in presenza di una evidente causa di inutilizzabilità (ad es. per violazione delle norme di cui agli artt. 267 e 268 c.p.p.) – che lo stesso imputato abbia un concreto interesse alla conservazione della intercettazione, perché decisiva ai fini difensivi.

Alla stregua di tali considerazioni e in difetto di una specifica previsione, deve, pertanto, ritenersi che dovrà essere il giudice, quale organo designato, ai sensi dell'art. 271 comma 3 c.p.p., a decidere, in relazione alla specifica situazione di fatto, il procedimento più opportuno per pervenire alla decisione ed eventualmente ad assicurare il contraddittorio, senza escludere il ricorso al procedimento di cui all'art. 127 c.p.p..

Per quanto attiene, invece, alla interpretazione delle norme di cui all'art. 269 comma 2 c.p.p. e, quindi, alla distruzione delle intercettazioni "non necessarie", è da osservarsi come un contraddittorio, il cui luogo naturale di realizzazione è l'udienza camerale, sia indispensabile ove si discuta di rilevanza delle intercettazioni.

In altri termini, allorché le intercettazioni siano utilizzabili, ma semplicemente non rilevanti ai fini delle indagini, le esigenze di "tutela della riservatezza" vanno contemperate con quelle del diritto della parte processuale a una piena conoscenza del materiale raccolto durante la fase delle indagini ed alla salvaguardia degli elementi favorevoli emersi durante tali attività. E' evidente, infatti, che le intercettazioni (tutte o alcune) potrebbero contenere elementi a questa favorevoli ed in tal caso la loro distruzione determinerebbe la definitiva impossibilità di avvalersene.

Da tale considerazione (e da quella ulteriore secondo cui la valutazione circa la positiva rilevanza di elementi di prova raccolti durante la fase delle investigazioni non può spettare ad altri che a chi intenda avvalersene) deriva la necessità che la distruzione delle intercettazioni, in quanto irrilevanti, avvenga nell'ambito di un procedimento incidentale che veda necessariamente la partecipazione di tutte le parti del procedimento.

Si tratta di un principio pacificamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità. La VI sezione della S.C., infatti, ha affermato, con la pronuncia del 5.2.2007, n.5904 (in CED Cass. N. 236179) che " *la procedura per la distruzione della documentazione relativa ad intercettazioni telefoniche ritenute non necessarie deve avvenire nel contraddittorio di tutte le parti interessate e non solo degli interlocutori delle conversazioni in esame*". La Corte ha affermato, a tal proposito, che le parti processuali non avvisate possono, ai sensi del comma settimo dell'art. 127 citato, proporre ricorso in cassazione avverso l'ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari al termine della procedura stessa.

A tanto va aggiunto che nel caso di pluralità di reati oggetto del medesimo procedimento, stante la contestualità della raccolta del materiale probatorio, non appare possibile limitare l'individuazione degli "interessati" all'uno o all'altro reato, dovendo questi individuarsi, in primo luogo, in tutti coloro che, nello stesso procedimento, risultino possedere la qualità di indagati.

Quanto al procedimento di distruzione, va evidenziato come la giurisprudenza di legittimità abbia precisato espressamente, sia pure con riferimento alla specifica procedura di cui al secondo comma dell'art.6 della L.140/2003, che l'udienza per lo stralcio delle intercettazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti debba essere preceduta dal loro deposito, ai sensi dell'art.268, comma 4, c.p.p., a cura del pubblico ministero e nella sua segreteria (Cass.VI, 28.5.2007, n. 30957, CED Cass.n.237343).

La conclusione può apparire in contrasto con le esigenze di tutela della *privacy* cui è palesemente ispirata la disposizione, nel senso che questa appare oggettivamente indebolita dal fatto che altri possano comunque ascoltare le conversazioni intercettate, come consentito dall'art.268, comma 6, a seguito del deposito. Essa, tuttavia, si spiega agevolmente in una lettura congiunta delle previsioni normative di cui agli artt.268, comma 6, e 269, comma 2 c.p.p., nel senso che il procedimento di distruzione previsto da tale ultima disposizione presuppone la conclusione del sub procedimento, disciplinato dalla prima, di acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti come rilevanti e la conseguente individuazione di quelle viceversa non necessarie per il procedimento ovvero inutilizzabili.



Tale ultima attività presuppone, ovviamente, la conoscenza delle intercettazioni, non altrimenti assicurabile che attraverso il loro ascolto nella segreteria del pubblico ministero.

Resta peraltro fermo che, in sede di deposito ex art. 268 c.p.p., i difensori, ai sensi del comma 6 di tale disposizione, hanno soltanto facoltà di esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni. Quella di estrarne copia, disciplinata dall'ultimo comma, fa infatti evidentemente riferimento alla fase della trascrizione che si svolge innanzi al giudice.

Ne consegue - fermo restando invece il diritto del difensore (e dello stesso indagato) alla estrazione di copia delle intercettazioni nel caso in cui si proceda a deposito degli atti ex art. 415 bis c.p.p. - che laddove esistano agli atti intercettazioni indirette irrilevanti e pertanto da distruggere, sarà opportuno attivare la procedura ex art. 269, comma 2, c.p.p. prima della conclusione delle indagini preliminari, al fine di evitare la circolazione, altrimenti inevitabile, di notizie riservate processualmente irrilevanti.

3.1. La distruzione delle intercettazioni indirette di parlamentari. La distruzione delle intercettazioni irrilevanti concernenti parlamentari è disciplinata dall'art. 6 L. 140/2003 in modo largamente conforme alla disciplina ricavabile dall'art. 269 commi 2 e 3 c.p.p. che, non a caso, è esplicitamente richiamata.

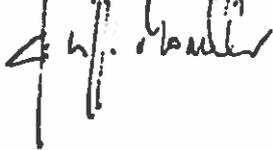
Una significativa differenza è, peraltro, costituita dal fatto che, per quanto concerne le intercettazioni indirette di parlamentari, l'art. 6 L. 140/03 attribuisce la legittimazione ad attivare il procedimento di distruzione, oltre che al "parlamentare interessato", alle "parti" (e pertanto anche al pubblico ministero), prevedendo inoltre, in termini di assoluta novità, la possibilità, per il giudice, di disporre di ufficio la distruzione, sia pure in assenza di esplicita richiesta, ricorrendone ovviamente le condizioni fattuali.

La parte rilevante della nuova disciplina legislativa, pertanto, sta proprio nell'avvenuto riconoscimento del relativo potere al pubblico ministero ed alle altre parti processuali, oltre che allo stesso giudice, previsione alla quale può essere dato, evidentemente, il solo significato di ritenere "doverosa" la deroga alla regola ordinaria di cui alla prima parte del secondo comma dell'art.269, prevedendosi un obbligo di attivazione della parte pubblica e del giudice laddove il parlamentare (e non ogni altro soggetto interessato) non si sia avvalso della facoltà attribuitagli dal secondo periodo della disposizione da ultimo citata.

Napoli, 16 febbraio 2016

IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA AGGIUNTO

Giuseppe Borrelli



IL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA

Giovanni Colangelo

