



PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Cuneo

Prot. N. 41-20

Ai Magistrati

**Ai Responsabili delle Aliquote
di polizia giudiziaria**

SULLE
INTERCETTAZIONI

PARTE PRIMA

1. Chi troppo vuole...

Le intercettazioni sono uno strumento di ricerca della prova tanto irrinunciabile quanto invasivo.

Un male necessario a beneficio delle indagini, dunque, seppure la sempre più marcata diffusione mediatica di colloqui registrati che hanno nulla a che spartire con l'oggetto delle indagini, ma che suscitano i più diversi appetiti a causa della qualità dei loquenti o della scabrosità dei temi trattati, rischia di fare perdere di vista quel beneficio, evidenziando solo il danno, talora irreparabile.

Per questo, il tema delle intercettazioni si risolve in un interminabile e acceso dibattito nel tentativo di trovare un punto d'equilibrio tra le esigenze investigative e la tutela dei diritti alla riservatezza di tutte le persone coinvolte, terzi e finanche indagati stessi.

Tra i tanti tentativi irrisolti di cogliere questo punto di equilibrio, nel tentativo di arginare ogni possibile nociva diffusione di colloqui non pertinenti con le indagini, la delega parlamentare di cui alla legge 23 giugno 2017 n.103, poi trasfusi nel Decreto Legislativo n.216/2017, aveva scopo di aumentare il livello di tutela della riservatezza dei soggetti sottoposti ad intercettazioni, specialmente di coloro che risultassero occasionalmente coinvolti ed estranei all'attività investigativa.

A questo fine, la legge delega chiedeva che la riforma prevedesse

- una serie di misure per bloccare la conoscibilità all'esterno di tali comunicazioni o conversazioni, anche ricorrendo alla sanzione penale (tutela a valle);
- di limitare la possibilità per la p.g. di verbalizzare le conversazioni "irrilevanti" (tutela a monte);
- un uso parsimonioso di quelle "rilevanti" da parte del P.M. prima e del Giudice poi in caso di eventuale richiesta e applicazione di una misura cautelare, prescrivendo la riproduzione soltanto dei brani essenziali a fini di prova.

Da qui, prendeva le mosse il testo elaborato nel Decreto Legislativo n.216/2017, nel difficile tentativo di conciliare i poteri investigativi con la tutela dei diritti alla riservatezza di terzi (e pure degli stessi indagati), secondo cinque momenti qualificanti:

- introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, di
 - a) intercettazioni irrilevanti;
 - b) intercettazioni non rilevanti e contenenti dati sensibili;
 - c) intercettazioni intercorse tra indagato e difensore o comunque attinenti al mandato difensivo;
- nuova disciplina sul deposito dei verbali e delle registrazioni;
- introduzione di una nuova procedura di acquisizione al fascicolo delle indagini (quello del p.m., per intendersi) delle intercettazioni rilevanti;
- istituzione dell'archivio riservato delle intercettazioni;
- limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari.

Come si legge nella *Relazione illustrativa* al provvedimento, le disposizioni adottate perseguivano “lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall’attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l’indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell’attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova”¹.

2. Critiche.

Andando a comprimere uno dei nervi scoperti nei sempre difficili rapporti tra l’esigenza punitiva insita nel doveroso accertamento della responsabilità penale e la tutela della libertà e riservatezza delle conversazioni, il testo della riforma aveva immediatamente suscitato più che perplesse reazioni da più parti, anche contrapposte.

Ed infatti, unanimemente si criticava la scelta di voler sacrificare sull’altare della tutela della riservatezza sia uno dei più efficaci strumenti dell’indagine penale sia il diritto all’informazione sia quello alla difesa.

Si tratta di critiche che, risoltesi in pressioni politiche, poco a poco hanno, se non spento, certamente attenuato i lustrini di una riforma che forse aveva osato troppo, spingendosi oltre il consentito.

Chi troppo vuole, nulla stringe.

Prova ne sia che l’adagio popolare ha trovato puntuale e plastica espressione in quel tortuoso cammino seguito per l’entrata in vigore della riforma.

Si è trattato di un cammino fin da subito in salita, sempre più faticoso e, via via, trasformatosi da un percorso a ostacoli ad uno di guerra.

3. L’entrata (chissà quando) in vigore della riforma.

Come noto, le nuove disposizioni sarebbero dovute entrare in vigore dal 26 luglio 2018.

Tuttavia, il Decreto Legge 25 luglio 2018 n. 91, convertito con modificazioni nella legge n.108/2018, prorogò il termine al 31.3.2019.

A sua volta, la legge di Bilancio 2019 (legge 30 dicembre 2018. n. 145), ne dispose altra proroga al 31.7.2019.

Quindi, con il Decreto Legge 4.6.2019 n.53 (“*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*” o cosiddetto *decreto sicurezza bis*), l’efficacia delle nuove disposizioni slittò a “*dopo il 31 dicembre 2019*”, ossia al 1° gennaio 2020.

Tuttavia, con il Decreto Legge 30 dicembre 2019 n.161, l’entrata in vigore fu ancora prorogata a dopo il 29 febbraio 2020.

Nondimeno, la legge 28 febbraio 2020 n.7, di conversione del D.L., ha ancora una volta prorogato l’entrata in vigore a dopo il 30 aprile 2020, ossia al 1° maggio 2020.

Il varo era, pertanto, previsto il prossimo 1° maggio 2020.

L’ultimo colpo di coda è del 30 aprile scorso.

¹ Cfr. Relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni» (472-bis), consultabile sui siti internet di Camera e Senato.

Il D.L. 30.4.2020 n.27, in vigore dal 1° maggio successivo, è l'ennesima occasione di un rinvio, nuovamente modificando l'art.9 D.Lvo n.216/2017:

«Art. 9 (Disposizione transitoria).

1. Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 si applicano ai procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020.

2. La disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), acquista efficacia a decorrere dal 1° settembre 2020.»

La riforma dovrebbe, dunque, entrare in vigore dal **1° settembre 2020**, seppur sembri ormai un poco temerario darlo per scontato.

4. L'applicazione della riforma ai procedimenti iscritti dal 1° settembre 2020.

Intanto, per evitare la coesistenza di differenti regimi nell'ambito del medesimo procedimento, il D.L. n.161/2019 aveva modificato l'originaria disposizione dell'art.9, comma 1 Decreto Legislativo n.216/2017 che prevedeva che *“Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019”*.

La disposizione portava con sé il rischio che nell'ambito di un medesimo procedimento penale potessero trovare applicazione, contemporaneamente, due distinti regimi in tema di intercettazioni: quello *ante* riforma per le intercettazioni disposte prima dell'entrata in vigore e la nuova disciplina per quelle autorizzate dopo l'entrata in vigore.

Per evitarlo, l'art.1 n.1 D.L. n.161/2019 era intervenuto sull'art.9, comma 1 D.Lvo n.216/2017 prevedendo che *“Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 si applicano ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020.”* (non più facendo dipendere l'applicazione delle nuove norme dai provvedimenti autorizzativi emessi dopo l'entrata in vigore, indipendentemente da quando si era instaurato il procedimento, ma prevedendo che la nuova disciplina avrà applicazione soltanto per i procedimenti iscritti dopo la sua entrata in vigore).

La legge di conversione 27.2.2020 n.28 ha modificato la data, portandola a dopo il 30 aprile 2020

Infine, il testé emesso D.L. 30 aprile 2020 n.27 adegua questa data a quella di entrata in vigore della riforma, ossia a dopo il 31 agosto 2020.

Dunque, **la riforma si applicherà solo ai procedimenti iscritti dal 1° settembre 2020.**

5. La modifica dell'art.114 c.p.p.

L'art. 2, comma 1 lett. a) D.L.n.161/2019 è intervenuto sull'art.2, comma 1, lett. b) Decreto Legislativo n. 216/2017.

L'art.2, comma 1, lett. b) aveva modificato l'art.114, comma 2 c.p.p. inserendo, dopo le parole *“dell'udienza preliminare”*, quelle *“fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292”*.

In questo modo per le ordinanze che dispongono misure cautelari veniva meno il divieto di pubblicazione, anche parziale, *«degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino ai termine dell'udienza preliminare»*.

Il D.L.n.161/2019 interviene (anche) su questo aspetto, inserendo nell'art.114 c.p.p. il comma 2 bis: *“È sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415 bis c.p.p.”*

Ossia, anche in relazione al contenuto delle ordinanze che applicano le misure cautelari permane il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non acquisite agli atti secondo la procedura di cui agli artt. 268 e 415 bis c.p.p. (v. *infra*).

6. Dieta dimagrante.

Come rilevato, cercando un equilibrio tra le esigenze delle indagini e la tutela della riservatezza dei terzi (e pure degli stessi indagati), la riforma si articolava sui conseguenti punti:

- le modalità di redazione del c.d. brogliaccio, ossia dei verbali delle operazioni di ascolto delle conversazioni e delle comunicazioni;
- il deposito di tali verbali o il relativo avviso ai difensori;
- l'archivio per la conservazione del materiale intercettato, in attesa della cernita tra quello che doveva confluire nel fascicolo delle indagini di cui all'art.373, comma 5 c.p.p. (ossia il fascicolo del p.m.) e quello che doveva restare nell'archivio riservato;
- le richieste al giudice di acquisizione al fascicolo delle indagini delle conversazioni che avrebbero costituito il materiale probatorio;
- il relativo provvedimento del giudice e l'eventuale udienza stralcio;
- le modalità di trasposizione delle conversazioni nella richiesta di misura cautelare e nella successiva ordinanza cautelare del giudice;
- l'uso dei captatori informatici.

Si può convenire che il Decreto Legge n.161/2019 ha drasticamente "riformato la riforma", sottoponendola a una severa cura dimagrante prima dell'entrata in vigore, ridisegnandola.

7. Il divieto di trascrizione.

L'obiettivo della riforma era di comprimere il più possibile lo spazio della potenziale diffusione mediatica del contenuto dei dialoghi registrati ed era perseguito riducendo il portato di quel che poteva essere trascritto.

La scelta, pertanto, era stata di vietare la trascrizione nei verbali della polizia giudiziaria (i cosiddetti brogliacci) delle conversazioni:

- **irrilevanti** ai fini di indagine (art.268, comma 2 *bis* c.p.p.)
- **non rilevanti e contenenti dati personali sensibili** (art.268, comma 2 *bis* c.p.p.)
- **inutilizzabili** in quanto attinenti al rapporto difensivo (art.103, comma 7 c.p.p.).

In questi casi, il verbale della p.g. avrebbe riportato esclusivamente la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione era intervenuta ².

² "E' vietata la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge. Nel verbale delle operazioni sono indicate, in tali casi, soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta."

(art.268, comma 2 *bis* c.p.p.).

"Non è consentita l'intercezione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori...e le persone da loro assistite...Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommarialmente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta."

Al di là del già previsto divieto di trascrivere i dialoghi inerenti all'esercizio del mandato difensivo, la trascrizione delle altre conversazioni era ammessa se avesse superato il vaglio della irrilevanza.

Si tratta di un criterio che già presiedeva, o avrebbe sempre dovuto presiedere, all'operato della p.g., come, del resto, si aveva e si ha ancora modo di notare quando le annotazioni riportate sul brogliaccio ricorrono a formule del tipo "conversazione non utile"; "dialogo di natura privata"; "discussione familiare" e simili per indicare l'inutilità probatoria delle conversazioni che, pertanto, non vengono trascritte.

Il testo della riforma, però, andava oltre, con l'espresso divieto di riportare queste conversazioni fino a impedire anche il ricorso a sintetiche formule per fare intendere che il contenuto non atteneva alle indagini, dovendosi la p.g. limitare ad annotare nel verbale la data, l'ora e l'utenza intercettata. L'intento, pertanto, era di permettere la trascrizione soltanto delle conversazioni *rilevanti* ai fini dell'indagine, con il conseguente problema d'individuare l'ambito della rilevanza della conversazione.

La norma, però, non indicava quali fossero le intercettazioni da trascrivere in quanto rilevanti, limitandosi a prevedere che non erano da trascrivere:

- 1) le comunicazioni o conversazioni **irrilevanti** ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti
- 2) le comunicazioni o conversazioni parimenti **non rilevanti** che riguardano **dati personali** definiti **sensibili** dalla legge

lasciando all'operatore il compito di riempire di contenuto i termini "irrilevanti" e "non rilevanti".

Solo ancora un accenno, per ricordare che la valutazione di irrilevanza doveva riferirsi tanto all'oggetto del dialogo quanto ai soggetti interlocutori che, pertanto, non dovevano aver alcuna attinenza con l'indagine in corso.

Nulla, però, si prevedeva espressamente in caso di **irrilevanza parziale** della conversazione, ossia quando la registrazione contenga, come spesso accade, in parte contenuti irrilevanti o attinenti a dati sensibili e in parte elementi rilevanti ai fini di indagine.

Ponendo il divieto della trascrizione nel brogliaccio, la disciplina adombrava di attribuire direttamente alla polizia giudiziaria il compito di valutare, fin dai primi momenti dell'attività tecnica, quali conversazioni si dovessero, si potessero o fosse vietato trascrivere, anche sommariamente, nel verbale delle operazioni.

Tuttavia, per evitare che una scelta così rilevante quanto agli effetti fosse lasciata esclusivamente alla p.g., nonché per permettere il dovuto coordinamento investigativo tra tutti gli attori inquirenti, si prevedeva che anche il p.m. intervenisse in questa fase destinata al non agevole compito di selezionare le conversazioni captate che sarebbero state oggetto di trascrizione nei c.d. brogliacci. Nel testo riformato l'art.267, comma 4 c.p.p. stabiliva, infatti, che l'ufficiale di p.g., prima di provvedere ai sensi dell'art.268, comma 2 *bis* c.p.p., ossia prima di non procedere alla trascrizione ritenendo sussistente il divieto di trascrivere le conversazioni, informasse "preventivamente" il p.m. "con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni" intercettate, al fine di consentire un'interlocuzione preliminare destinata proprio alla successiva cernita delle conversazioni da inserire nei verbali di intercettazione.

All'esito dell'interlocuzione e della valutazione dell'annotazione redatta dalla p.g. sulle conversazioni da non trascrivere, l'art.268, comma 2 *ter* c.p.p. prevedeva che il p.m., se di diverso avviso, con decreto motivato potesse disporre che le comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2 *bis* – ossia quelle ritenute irrilevanti dalla p.g. – fossero trascritte nel verbale di ascolto quando “*ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova*” e che, parimenti, fossero trascritte anche le comunicazioni e conversazioni relative a dati sensibili “*se necessarie a fini di prova*”.

La predisposizione di questa formale procedura scritta di interlocuzione era destinata a una maggiore responsabilizzazione sia della polizia giudiziaria che del p.m. sulla cernita e selezione del materiale registrato fin dall'inizio delle operazioni.

Questa procedura peccava di **eccessivo formalismo** e non teneva conto del rapporto che quasi quotidianamente intercorre tra p.g. e p.m. in caso di intercettazioni.

Ovvio, infatti, che questa interlocuzione scritta sarebbe pur sempre stata preceduta da contatti e comunicazioni tra gli organi inquirenti, soprattutto nei casi di dubbia valutazione, rappresentando un aspetto naturale del rapporto investigativo che si instaura tra il p.m. e la p.g. ed essendo, pertanto, *naturale* che quest'ultima, soprattutto nei primi momenti delle intercettazioni, sottoponga al titolare dell'indagine il giudizio sulla “irrilevanza” o “non rilevanza” di alcune registrazioni, posto anche che una decisione affrettata sarebbe foriera di oggettivi nocimenti all'indagine.

Del resto, è un dato del tutto notorio per l'operatore che le conversazioni non sono sempre immediatamente intelleggibili e tali da permettere un'unitaria, logica, lettura dei diversi avvenimenti cui si riferiscono in quanto spesso frazionate nel tempo, ricche di sfumature, di termini criptici, di argomenti diversi³.

A risolvere queste oggettive difficoltà soccorreva anche la previsione contenuta nel nuovo quarto comma dell'articolo 268 c.p.p. che consentiva alla p.g. di richiedere “*il differimento della trasmissione verbale delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegata all'ascolto consulti le risultanze acquisite*” e si prevedeva che il p.m. potesse disporre con decreto tale differimento.

8. La riforma della riforma: il D.L. n.161/2019 e il nuovo art.268, comma 2 bis c.p.p.

Con scelta draconiana, il Decreto Legge n.161/2019 (come anche modificato dalla legge di conversione):

- cancella il divieto di trascrivere nei verbali della polizia giudiziaria (i cosiddetti brogliacci) le conversazioni **irrilevanti** ai fini di indagine
- rivisita quello sulle conversazioni **non rilevanti** e contenenti **dati personali sensibili**,

riformulando in questi termini l'art.268, comma 2 *bis* c.p.p.:

“Il pubblico ministero dà indicazioni e vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla

³ “...comunicazioni e conversazioni, queste, di difficile decifrazione in prima battuta e che solo in un secondo momento, quasi sempre coincidente con le fasi finali dell'indagine, consentono di avere il quadro complessivo del thema probandum e quindi di apprezzarne il valore ed esprimere fondatamente quel giudizio di pertinenza e rilevanza per i fatti oggetto di prova che, diversamente, il carattere ancora fluido dei momenti iniziali dell'indagine difficilmente consente. Solo allora la p.g. e il P.M. hanno tutti gli strumenti ermeneutici per poter decidere, con competenza e completezza, se una determinata conversazione sia o meno rilevante e debba perciò fare ingresso nei verbali di ascolto”, Pestelli “Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa” in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018, pag. 173 ss.

legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini.” (in questi termini la legge di conversione ha modificato l'originario testo del D.L. «salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti...»).

Conseguentemente viene abrogato l'art.268, comma 2 *ter* c.p.p. (“*Il pubblico ministero, con decreto motivato, può disporre che le comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-bis siano trascritte nel verbale quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova. Può altresì disporre la trascrizione nel verbale, se necessarie a fini di prova, delle comunicazioni e conversazioni relative a dati personali definiti sensibili dalla legge*”).

Si cambia, dunque, tutto, tornando quasi al passato prossimo (quello della disciplina a oggi ancora vigente).

Il p.m. torna saldamente sulla tolda di comando delle intercettazioni, spettando soltanto a quest'ultimo di fornire alla p.g. le indicazioni utili a evitare che le trascrizioni riportino “*espressioni lesive della reputazione delle persone*” ovvero riguardino “*dati personali definiti sensibili dalla legge*” e “*salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini*.”

Significa che la p.g., come secondo l'attuale normativa, interloquirà sul contenuto delle intercettazioni col p.m. mediante annotazioni che potranno riportare le **trascrizioni integrali** delle registrazioni, siano rilevanti o meno.

Si pone, però, un limite, demandandone al p.m. la salvaguardia: nei verbali non potranno essere trascritte, o anche sommariamente riportate, quelle conversazioni che ledano la reputazione delle persone cui i dialoghi si possano riferire o che riguardino dati personali sensibili a norma di legge.

Il divieto di trascrizione presuppone, come appena rilevato, **la non rilevanza ai fini probatori di tali conversazioni**.

Se, quindi, il dato sensibile o l'espressione lesiva della reputazione assumano rilevanza per l'oggetto e i fini di indagine, potranno/dovranno essere legittimamente **trascritti**⁴.

I dati sensibili sono ricavabili dall'articolo 4, lettera B) Decreto Legislativo 30 giugno 2003 n. 196, intendendosi i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Conseguentemente, si è soppressa la seconda parte dell'art. 267 comma 4, in modo che oggi la norma si limita a stabilire che “*Il pubblico ministero procede alle operazioni personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria.*”

E', pertanto, venuta meno la previsione per l'ufficiale di polizia giudiziaria di provvedere “*a norma dell'articolo 268, comma 2-bis, informando preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni.*”

⁴ Quale il riferimento, in una registrazione, allo stato di tossicodipendenza di un terzo soggetto acquirente nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto il reato di cui all'art. 73 DPR n.309/90, aggravato ex art. 80 comma 1 lett.f) stesso Decreto, come suggeriscono le “*Linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 29.12.2017 n.216 disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*” emesse dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018. Ovvero l'appellativo infamante, la cosiddetta “*ingiuria*”, ad un individuo, in quanto dimostrativo dell'appartenenza ad un contesto criminale.

9. Un bilanciamento di interessi.

Si è annotato che, secondo il nuovo testo dell'art.268, comma 2 *bis* c.p.p. *"Il pubblico ministero dà 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 risultino rilevanti ai fini delle indagini."*

La nuova disposizione, così come formulata, lascia adito a problematiche interpretative, soprattutto in merito alla valutazione delle **espressioni lesive** della reputazione.

Dunque, il p.m. prima deve dare indicazioni alla p.g. e poi vigilare che vengano rispettate.

In via di prima approssimazione, è plausibile sostenere che l'Ufficio inquirente possa elaborare le indicazioni in oggetto in un provvedimento di carattere generale e astrattamente applicabile in ogni caso in cui si debba ricorrere alle intercettazioni, magari poi integrandolo con quelle indicazioni specifiche da adottare qualora la tipologia dell'inchiesta o la natura dei reati oggetto del procedimento lo richiedano.

Sempre in via di prima approssimazione, premesso che per "reputazione" si intende la stima e la considerazione di cui ogni persona gode nel sociale, ossia la considerazione in cui si è tenuti dagli altri (cfr. dizionario Treccani, dizionario Garzanti) l'inciso *"espressioni lesive della reputazione delle persone"* dovrebbe riguardare il contenuto di dialoghi che siano infamanti per una individuata persona, nel senso che danneggino la stima di cui quella persona gode verso i terzi, alludendo a fatti, comportamenti, atteggiamenti di per sé già lesivi o esprimendo giudizi di pari disvalore.

E possono essere "espressioni" che i dialoganti riferiscono a una terza persona, ovvero che uno dei loquenti rivolga all'altro e, se il caso, viceversa.

Al di là delle parole usate nel testo normativo, appare chiaro che l'intento legislativo sia quello di **evitare la trascrizione di dialoghi non solo irrilevanti** ai fini dell'indagine, ma il cui contenuto, con richiamo a fatti e circostanze, sia tale da **mettere alla berlina la reputazione** delle persone e che, se divulgati potrebbero cagionare immaginabili cadute di stima nell'opinione pubblica.

Proprio sul presupposto che si tratti di dialoghi senza alcun rilievo, oggettivo e soggettivo, per l'indagine, se ne vieta la trascrizione, per evitarne la **successiva pubblicità**.

Vige, pertanto, la regola del **bilanciamento degli interessi**: prevale la tutela della riservatezza se il danno alla stima non trovi la contropartita nel rilevante giovamento alle indagini; viceversa, nel caso contrario.

Difficile, se non impossibile e certamente defatigante, compilare un catalogo esaustivo di casistiche in quanto, trattandosi di materia assai variegata, spetterà alla sensibilità dell'inquirente stabilire se le espressioni registrate ledano la reputazione e se sia, o meno, necessario trascriverle in quanto assumano una portata probatoria rilevante per l'indagine.

Per consentire, comunque sia, che anche il difensore, quando gli sarà permesso di accedere al materiale delle intercettazioni, possa valutare se la conversazione non trascritta in quanto lesiva della reputazione non abbia anche una portata probatoria utile all'indagato, appare preferibile che il p.m. preveda che nel brogliaccio la trascrizione sia sostituita dall'inciso *"dialogo rientrante nell'art.268, comma 2 bis c.p.p."* e simili.

Parimenti sarà necessario adottare disposizioni generali alla polizia giudiziaria per evitare che i verbali riportino **dati personali sensibili**, seppur in questo caso la normativa di settore sia di oggettivo aiuto, prevedendo che al posto della trascrizione nel "brogliaccio" si annoti *"dialogo rientrante nell'art.268, comma 2 bis c.p.p."* o *"conversazione privata relativa a dati sensibili"*, come suggeriva la circolare del 2016 del CSM in materia e in tema di buone prassi.

Discende, pertanto, che debba pur sempre intervenire una preventiva interlocuzione con la polizia giudiziaria deputata all'ascolto delle conversazioni ogni qual volta siano registrate conversazioni astrattamente rientrabili nella previsione dell'art.268, comma 2 *bis* c.p.p., quanto meno al fine di valutare quelle che, pur lesive della reputazione o inerenti a dati personali sensibili, siano da riportare in quanto "*rilevanti ai fini delle indagini*", contrastando con la *ratio* normativa un controllo *ex post*, ossia dopo il deposito dei verbali, in quanto renderebbe vano il chiaro intento legislativo di non dare pubblicità alle intercettazioni lesive della *privacy* (intesa sia come tutela della reputazione sia come protezione dei dati personali sensibili) se non significative, in senso probatorio, per l'indagine.

Quanto alla clausola di salvezza - "*salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini.*" - che consente di riportare le espressioni in esame, alla stregua dello spirito della riforma se ne suggerisce un'interpretazione che consenta di trascrivere quelle che, se non riportate nel verbale, si risolverebbero in un danno per la prova dei fatti oggetto dell'indagine e delle responsabilità o, comunque sia, ne sminuirebbero la portata.

Ancora un rilievo.

Nulla si prevede espressamente in caso di **rilevanza parziale** della conversazione, ossia quando la registrazione contenga, come spesso accade, in parte contenuti rilevanti per l'indagine e in parte attinenti a dati sensibili o a espressioni lesive della reputazione.

Le contrapposte esigenze di tutela del diritto alla riservatezza e della conservazione del materiale di indagine non consentono soluzioni "unitarie", ora trascrivendo integralmente la registrazione, ora vietandola, l'un caso risolvendosi nella violazione del diritto, l'altro caso in una ingiustificata perdita del materiale probatorio.

In questi casi appare ovviamente proponibile, in quanto conforme alle finalità della legge, la trascrizione dei passaggi della conversazione contenenti gli elementi rilevanti ai fini di indagine.

Tuttavia, laddove non sia possibile separare gli elementi rilevanti ai fini dell'indagine dalle esigenze di riservatezza, la registrazione sarebbe necessariamente *rilevante e*, pertanto, integralmente trascrivibile, in quanto la riforma ha previsto che la tutela della riservatezza debba comunque cedere il passo alle esigenze dell'indagine.

Ed è ancora da considerare che valutare la rilevanza delle intercettazioni nei primi momenti dell'indagine rischia di risolversi in una erronea anticipazione di quei giudizi che solitamente si formulano alla fine dell'inchiesta, perché solo all'esito dell'istruttoria un dialogo che contenga anche dati personali sensibili si potrebbe rivelare prezioso, mentre tale non lo si reputava in un primo tempo⁵.

A questo inconveniente potrebbe porre rimedio la procedura prevista dall'art.268, comma 6 c.p.p. nuova formulazione, la quale stabilisce che, il p.m. provveda a presentare al giudice l'elenco delle conversazioni (e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche) che intenda far acquisire nel materiale probatorio in quanto rilevanti (si veda pure il nuovo art.415 bis, comma 2 bis c.p.p.).

La redazione dell'elenco in questione, avvenendo all'esito delle operazioni (o alla chiusura delle indagini, se sia intervenuta l'autorizzazione del gip) potrebbe costituire l'occasione per una rivisitazione critica del materiale e di quelle prime indicazioni alla p.g. di non trascrivere

⁵ C. Conti, "La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando", in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2017, 82 ss.

registrazioni contenenti espressioni lesive alla reputazione o dati personali sensibili, poi divenute però rilevanti per le indagini a seguito di una valutazione complessiva di quanto acquisito.

10. Le conversazioni irrilevanti.

Oltre all'espresso divieto di riportare le espressioni lesive dell'altrui reputazione e quelle inerenti a dati personali sensibili e di cui all'art.268, comma 2 *bis* c.p.p., si ritiene plausibile che, secondo una prassi virtuosa ormai consolidata e per evidenti economie, non sarà necessario che i verbali riportino dialoghi o comunicazioni del tutto **irrilevanti** per le indagini tanto per l'oggetto della conversazione quanto per i soggetti interlocutori, quali quelli attinenti ad argomenti di vita familiare o sociale e il cui contenuto, non avendo alcuna attinenza con l'indagine in corso, potrà essere sostituito con gli usuali incisi "*dialogo irrilevante per le indagini*", "*conversazione familiare*" e simili.

Una soluzione pratica è quella usualmente adottata dagli inquirenti e poi espressa dal CSM nella circolare del 2016, con la quale si suggeriva, come buona prassi, di chiedere alla p.g. di riportare nel brogliaccio di ascolto annotazioni del tipo "*intercettazione manifestamente irrilevante ai fini delle indagini*" accompagnata dalla "*mera indicazione, se conosciuti, degli interlocutori nonché, sinteticamente, della tipologia di oggetto (es. conversazione su argomenti familiari ovvero conversazione su temi strettamente personali)*".

11. Conversazioni inerenti al mandato difensivo.

L'art.103, comma 5 c.p.p. già prevede il divieto di registrare le conversazioni dei difensori (nonché investigatori privati autorizzati, consulenti tecnici e ausiliari) e tra costoro ed i propri assistiti; se, al contrario, registrate, ne dispone l'inutilizzabilità.

La riforma, sul punto non "riformata" dal D.L.n.161/2019, ha aggiunto un ulteriore periodo al comma 7 dell'art.103 in questione, stabilendo che *«Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.»*

La norma, dunque, prevede un espresso divieto di trascrizione delle conversazioni, laddove siano state registrate.

A fronte del divieto, nel verbale delle operazioni si indicheranno "*soltanto*" la data, l'ora e l'utenza intercettata e il ricorso all'avverbio soltanto sembrerebbe escludere si possa aggiungere l'inciso "*dialogo con il difensore*" o simili.

Rileva, inoltre, che non potrà aver corso alcuna interlocuzione tra p.g. e p.m. sulla valutazione in ordine alla trascrivibilità di queste intercettazioni, stante l'assoluta e preliminare inutilizzabilità delle conversazioni intercorse con il difensore, a prescindere da ogni valutazione in ordine alla rilevanza delle stesse ai fini di indagine, quando, ovviamente siano inerenti all'esercizio del mandato (difensivo o di investigazione privata o di consulenza tecnica).

Peraltro, qualora la p.g., per la peculiarità del caso concreto, abbia dei dubbi sull'inerenza della specifica conversazione intercettata all'esercizio delle funzioni difensive dovrà necessariamente raccordarsi ed interloquire con il Pubblico Ministero per le conseguenti valutazioni.

Infatti, quanto all'ambito delle conversazioni del difensore tutelate dalla previsione dell'articolo 103 comma 5 e comma 7 c.p.p. la giurisprudenza ha costantemente ribadito che "*il divieto di*

intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste tale qualifica, e per il solo fatto di possederla, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata, in quanto la "ratio" della regola posta dall'art. 103 cod. proc. pen., va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa " (ex pluris, Cass. Sez. II, sent. n. 12111/2015).

12. La nuova disciplina sulla trasmissione dei verbali e delle registrazioni per la conservazione nell'archivio (le modifiche agli artt.268, 269, l'abrogazione dell'art. 268 bis c.p.p.).

La nuova disciplina introdotta con il D. L. n.161/2019 ha snellito la procedura da seguire una volta ultimata l'intercettazione, anche provvedendo a eliminare i paventati pericoli di sovrapposizione tra quanto previsto dall'art.268, comma 4 c.p.p., come nell'originario testo della legge di riforma, e quanto stabilito dall'art.268 bis successivo.

In sintesi, la riforma Orlando prevedeva che

"I verbali e le registrazioni sono trasmessi al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga." (art. 268, comma 4 c.p.p.).

Si disponeva, però che, al momento della scadenza dei termini delle operazioni di intercettazione, il p.m. con decreto potesse differire la trasmissione degli atti all'archivio, qualora la complessità delle indagini e le esigenze degli investigatori di valutare unitariamente il materiale raccolto lo rendesse necessario (art.268, comma 4 c.p.p.)⁶.

La norma trovava ragione nel fatto che il termine poteva essere sfruttato per consentire di rivalutare *ex post*, una volta completato il quadro dell'indagine, il giudizio sull'irrelevanza di alcune conversazioni captate (intanto non trascritte in adesione all'allora divieto normativo) e sottoporle *ex novo* all'attenzione del p.m., per consentirgli, così, di disporne la trascrizione.

Facendo venir meno il divieto della trascrizione delle conversazioni irrilevanti e la conseguente procedura di valutazione interlocutoria tra p.g. e p.m. il D.L. n.161/2019 ha abrogato la disposizione in parola.

Come rilevato, il D.L. n.161/2019 interviene sostituendo il comma 4 dell'art.268 c.p.p., aggiungendovi il comma 5 e abrogando il successivo art.268 bis.

Stabilito quali intercettazioni possano essere annotate nel brogliaccio (non i dialoghi col difensore; non quelle di cui all'art.268, comma 2 bis c.p.p. se non rilevanti ai fini delle indagini) e come (ossia con trascrizione se rilevanti, ovvero con mera indicazione di sintesi dell'oggetto se del tutto irrilevanti), gli atti saranno trasmessi al p.m. per la conservazione nell'archivio e per il successivo deposito alla difesa.

La nuova formula dell'art.268, comma 4 c.p.p. prevede una scansione temporale per la trasmissione dei verbali e delle registrazioni, onerando la polizia giudiziaria di provvedere a inviarli al p.m. immediatamente.

⁶ Art.268, comma 4 c.p.p.: *"Il pubblico ministero dispone con decreto il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto consulti le risultanze acquisite. Con lo stesso decreto fissa le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso".*

E' però significativo che la nuova formulazione della norma non preveda più che la trasmissione dei verbali e delle registrazioni debba avvenire immediatamente dopo la conclusione delle operazioni, ossia immediatamente dopo la scadenza del relativo termine come previsto dalle autorizzazioni e proroghe (*"immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga."*).

Il nuovo testo si limita a stabilire che *"I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero, per la conservazione nell' archivio di cui all'articolo 269, comma 1,"* (nuovo art.268, comma 4 c.p.p.).

La lettera della norma, pertanto, dispone che verbali e registrazioni siano immediatamente trasmessi al p.m. senza dover attendere la conclusione delle operazioni di intercettazione.

Nel corso del procedimento, pertanto, potranno susseguirsi più trasmissioni relative alla medesima intercettazione.

Quindi:

"Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi (ndr: verbali e registrazioni) sono depositati presso l'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca una proroga.

Se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari" (art.268, commi 4 e 5 c.p.p.).

Pertanto, verbali e registrazioni sono immediatamente inoltrati dalla polizia giudiziaria al p. m., il quale ha l'obbligo di custodirli nell'archivio.

Oltre a questo obbligo di pronta custodia nell'archivio, entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni il p.m. dovrà depositare i verbali, le registrazioni, nonché i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato, prorogato le intercettazioni custoditi nell'archivio, ossia dovrà metterli a disposizione dei difensori per un tempo che prefixerà (*discovery*).

La norma non prevede che il p.m. mantenga il deposito degli atti per un periodo stabilito, utile a consentire ai difensori di prenderne cognizione. Tuttavia, laddove il termine posto dal p.m. sia troppo limitato per l'esercizio dei diritti della difesa, quest'ultima potrà chiedere una proroga al giudice per le indagini preliminari (art.268, comma. ultima parte, c.p.p.).

Resta, comunque sia, salva la possibilità, ancorata al grave pregiudizio per le investigazioni, di ritardare il deposito ai difensori al termine delle indagini, dietro autorizzazione del giudice (ritardo della *discovery*: art.268, comma 5 c.p.p.) e vien da pensare che, essendo norma di buon senso, si tratterà della soluzione più praticata e che, nella prassi, questa eccezione si tradurrà nella regola ordinaria.

Ed infatti, nei procedimenti connotati da una pluralità di intercettazioni su più utenze e bersagli, emerge l'esigenza di poter disporre di un tempo adeguato a completare la trascrizione dei verbali di operazioni delle intercettazioni rilevanti e analizzarne, raccordandole, le risultanze. Inoltre, l'occasione potrebbe consentire di rivalutare *ex post*, una volta completato il quadro dell'indagine, un'iniziale irrilevanza delle conversazioni captate e sottoporle *ex novo* all'attenzione del p.m., per consentirgli, così, di disporne la trascrizione.

Dal combinato disposto tra gli artt.268, 269 c.p.p. e l'art.89 *bis* disp. att. c.p.p. (a sua volta modificato dal DL n.161/2019 rispetto al testo della riforma: v. *infra*) discende, pertanto, che:

- i verbali della p.g. e le registrazioni, sono custoditi dal p.m. in un apposito archivio immediatamente dopo che la polizia giudiziaria li abbia trasmessi;
- parimenti, nell'archivio deve essere custodito *"ogni altro atto"* relativo alle intercettazioni (art.269 comma 1 come riformulato dal D.L.n.161/2019);
- salva l'autorizzazione del giudice a ritardare al termine delle indagini preliminari l'adempimento (eseguendolo unitamente all'invio dell'avviso di cui all'art.415 bis c.p.p.), il p.m., deve depositare ai difensori i verbali, le registrazioni e i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato, prorogato le intercettazioni, entro 5 giorni dal termine delle operazioni di intercettazione, mettendoli a loro disposizione nell'archivio.

13. L'archivio delle intercettazioni.

La novella prevede una scansione temporale per la trasmissione dei verbali e del materiale fonico inerente alle intercettazioni e il successivo deposito ai difensori, stabilendo che l'inoltro al p.m. avvenga immediatamente e che l'inquirente provveda a depositare gli atti ai difensori entro 5 giorni dalla conclusione delle intercettazioni, ovvero, in via d'eccezione, nel termine differito stabilito dal giudice per le indagini preliminari e coincidente con la chiusura delle indagini preliminari (art.268, commi 4 e 5 c.p.p.)

La trasmissione dei verbali e delle registrazioni (e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche) comporta un preciso **obbligo di custodia e di segreto**, posto che il p.m. dovrà custodirli nell'**archivio delle intercettazioni**, qui restando coperti dal segreto d'indagine fino al momento del deposito ai difensori (entro i 5 gg. dalla conclusione delle relative operazioni o non oltre la chiusura delle indagini preliminari: art.268, commi 4 e 5 c.p.p.).

Il D.L. n.161/2019 prevede, dunque, al pari del testo originario della riforma, l'istituzione di un **archivio dedicato alle intercettazioni**.

Scompare, però, la definizione di *"archivio riservato"*, sostituita con quella *"archivio delle intercettazioni"*, ma resta lo stesso intento di custodire il materiale e gli atti relativi alle intercettazioni in un luogo dedicato, al fine di garantirne la **segretezza**.

L'archivio delle intercettazioni è destinato a custodire, infatti, non solo i verbali e le registrazioni, ma tutti gli atti relativi, ossia i decreti del giudice, le richieste del p.m. (e, si ritiene, le annotazioni della p.g., per quanto si annoterà *infra*).

Così dispone la nuova formulazione dell'art.269 c.p.p.:

"1. I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni. Al giudice per le indagini preliminari e ai difensori dell'imputato per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate." (in neretto le modifiche rispetto al testo come predisposto dalla riforma di cui al D.Lgs.n.216/2017)⁷.

Sorge, però, spontaneo chiedersi quale disciplina possa applicarsi se, disposte le intercettazioni, gli atti siano poi trasmessi ad altra autorità giudiziaria per competenza a fronte dell'inciso *"I verbali e*

⁷ Il testo originario della riforma prevedeva: *"1. I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio riservato presso l'ufficio del pubblico ministero che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni, e sono coperti da segreto. Al giudice per le indagini preliminari è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate."*

le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore... dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni.”.

A sua volta l'art. 89 bis disp.att.c.p.p., come modificato dal DL n.161/2019, disciplina anche le **modalità operative** dell'archivio (in neretto le principali innovazioni apportate dal D.L. e dalla legge di conversione)⁸:

*“1. Nell'archivio **digitale** istituito dall'art.269 del codice, tenuto sotto la direzione e la vigilanza del Procuratore della Repubblica, sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono.*

2. L'archivio è gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia. Il Procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

3. All'archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati.

4. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268, 415 bis e 454 del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia.”

Provando a tirare le fila, appare sostenibile che

- con il termine *archivio* si faccia riferimento sia a un luogo sia a uno strumento informatico sito in quel luogo ed entrambi dedicati alla gestione delle intercettazioni;

⁸ Il testo dell'art.89 bis disp.att.c.p.p. originario così stabiliva:

Archivio riservato delle intercettazioni.

1. Presso l'ufficio del pubblico ministero è istituito l'archivio riservato previsto dall'articolo 269, comma 1, del codice, nel quale sono custoditi le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono.

2. L'archivio è gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica, con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita. Il procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

3. All'archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati.

4. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi.

- al Procuratore della Repubblica è demandato di vigilare sulle modalità di accesso al luogo e all'archivio digitale, affinché solo le persone autorizzate abbiano accesso al luogo e agli atti depositati e consultabili;
- **quanto al luogo**, il Procuratore dovrà organizzarlo nel rispetto delle misure di sicurezza e di segretezza, prevedendo, con ordine di servizio, che il locale archivio sia *presidiato* da strumenti di video sorveglianza e di monitoraggio degli ingressi, nonché sia dotato di personale incaricato di accompagnarvi le persone legittimate ad accedervi (giudici, difensori, se del caso interpreti, personale di p.g.), di un registro informatico sul quale annotare i nominativi delle persone autorizzate, per legge o per disposizione del Procuratore, all'accesso, il giorno e l'ora di ciascun ingresso, il numero del procedimento per il quale l'accesso è stato consentito e dovrà anche dotarlo delle necessarie apparecchiature per l'ascolto delle registrazioni;
- tra l'altro, queste disposizioni dovranno garantire che l'archivio sia gestito con modalità tali da assicurare *“la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia”*, ossia mantenere il segreto su quelle intercettazioni che non entreranno a far parte di quelle che saranno acquisite al procedimento e che dovranno restare custodite nell'archivio. Per tutte queste finalità, è previsto che, con Decreto ministeriale, da adottare dopo aver sentito il Garante per la protezione dei dati personali, siano fissati *“i criteri per regolare le modalità di accesso all'archivio...nonché di consultazione e richiesta di copie, a tutela della riservatezza degli atti ivi custoditi”* (art.2, comma 5 D.L. n.161/2019);
- in questo luogo sarà installato l'archivio digitale delle intercettazioni;
- nell'archivio digitale dovranno essere custoditi, in forma digitale, relativamente ad ogni singolo procedimento, i verbali (un tempo: brogliacci), le registrazioni e ogni altro atto inerente all'intercettazione (i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato, prorogato le operazioni).

E', inoltre, previsto che, con Decreto ministeriale *“sono stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici”* (art.2, comma 5 D.L. n.161/2019).

L'art.89 bis disp.att.c.p.p. come introdotto dalla riforma stabiliva espressamente che anche le **annotazioni della polizia giudiziaria** dovevano ricomprendersi tra il materiale da conservare nell'archivio: *“presso l'ufficio del pubblico ministero è costituito l'archivio...nel quale sono custoditi le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono”*.

Il nuovo testo dell'articolo, come sostituito dal D.L.n.161/2019, si limita a disporre che nell'archivio *“sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono”*.

Il fatto che sia stato eliminato l'espresso riferimento alle annotazioni della polizia giudiziaria fa sorgere il dubbio che debbano ancora comprendersi tra gli atti da custodire nell'archivio.

Se, però, la previsione dell'archivio persegue l'intento di evitare ogni pericolo di pubblicità del contenuto delle intercettazioni prima della procedura di scrutinio destinata a stabilire quali debbano fare formalmente ingresso nel compendio probatorio (v. *infra*), appare ragionevole ritenere che anche le annotazioni di p.g. che si riferiscano alle intercettazioni debbano essere custodite nell'archivio e non nel fascicolo del pubblico ministero, soprattutto tenendo conto che le annotazioni potrebbero contenere le trascrizioni integrali delle conservazioni registrate, non essendo più fatto divieto.

Del resto, l'art.269, comma 1 c.p.p. prevede che, oltre ai verbali e alle registrazioni, sia custodito nell'archivio anche ogni "*altro atto*" inerente alle intercettazioni o "*ad esse relativo*".

Poiché l'art.268, comma 4 c.p.p., nell'indicare gli atti da conservare nell'archivio, si riferisce espressamente ai verbali, alle registrazioni e ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, per logico coordinamento con l'art.269, comma 1 appena richiamato, è fondato ritenere che siano da destinarvi anche le informative interlocutorie con le quali la p.g. abbia illustrato i risultati delle intercettazioni al fine di formulare richieste di proroga delle stesse, trattandosi di atti che normalmente contengono riferimenti espliciti al contenuto delle conversazioni intercettate.

14. Aspetti problematici dell'archivio delle intercettazioni.

La disciplina dedicata all'archivio delle intercettazioni non tiene adeguatamente in conto che seppur si riferisca ad un archivio digitale, tuttavia il formato cartaceo degli atti rappresenta ancora una tipologia prevista per legge nel procedimento penale.

Per questo si è annotato che col termine "archivio" si dovrà far riferimento anche ad un luogo.

E si tratta di un luogo dove dovranno essere custoditi tutti gli atti in formato cartaceo attinenti alle intercettazioni (e dovrà essere certamente un luogo capiente, valutando la mole di atti (fascicoli delle intercettazioni, annotazioni di p.g. con relative trascrizioni, decreti e quant'altro).

Si profilano difficoltà logistiche.

In questo luogo, come rilevato, troverà anche sede l'archivio digitale, ossia l'applicativo sul quale saranno "caricati" digitalmente gli atti inerenti alle intercettazioni e le fonie delle registrazioni (come noto è stato predisposto nel sistema informatico TIAP un sottoapplicativo dedicato "TIAP Intercettazioni", nel quale saranno inseriti gli atti cartacei una volta resi in formato digitale).

Questa coabitazione forzata trova eco nel disposto di cui all'art.267, comma 5 c.p.p., il quale prevede il registro delle intercettazioni:

"In apposito registro riservato gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni."

Significa che si prevede ancora un registro cartaceo deputato all'annotazione cronologica delle intercettazioni.

La finalità dell'archivio è di mantenere lo stretto riserbo (o meglio il segreto) sulle intercettazioni in corso e su quelle eseguite fino a quando non sarà necessario procedere al deposito degli atti alle difese.

Fino al deposito degli atti, sarà responsabilità dell'inquirente mantenere il segreto, immediatamente destinando all'archivio ogni "carta" relativa alle intercettazioni pervenutagli dalla p.g., non potendola trattenere nel fascicolo.

Si dovrà, inoltre e all'avvio della procedura di intercettazione, creare (anche) un formato digitale degli atti che troveranno sede nel sistema informatico dedicato ("TIAP Intercettazioni"), destinato a custodire sia quelli del p.m. (le richieste di autorizzazione, i decreti d'urgenza, le richieste di proroga) sia quelli di competenza del gip (autorizzazioni, proroghe).

In sostanza, al formato cartaceo corrisponderà un formato digitale degli stessi atti.

In costanza di intercettazioni e/o fino al momento del deposito degli atti, l'inquirente potrà sempre accedere all'archivio, preferibilmente in modo telematico, ossia ricorrendo all'applicativo "TIAP intercettazioni", per consultare i risultati delle intercettazioni e utilizzare il materiale necessario per eventuali richieste di proroga, per nuove richieste di estensione delle captazioni, per l'elaborazione di una richiesta cautelare.

E' un prezzo che si deve pagare per evitare ogni ragionevole rischio di diffusività delle registrazioni fino al momento del deposito e per maggiormente responsabilizzare il p.m. e la p.g., posto che se tale rischio si verificasse non si potrebbe chiederne ragione anche alle difese.

PARTE SECONDA

15. Il deposito degli atti, la procedura di acquisizione e di stralcio.

Il momento della conservazione nell'archivio è prodromico alla successiva procedura selettiva del materiale da effettuarsi, sotto il controllo del giudice (ancora nella fase delle indagini preliminari o all'esito dell'udienza preliminare ove prevista, v.*infra*).

Si tratta della cosiddetta **procedura di acquisizione e di stralcio**, che consiste nel deposito degli atti, nella possibilità per la difesa di prenderne conoscenza (ma non di averne copia), nella successiva fase di cernita di quelle intercettazioni che andranno a costituire il materiale probatorio e di quelle che resteranno conservate nell'archivio in quanto non rilevanti sulla prova dei fatti e delle responsabilità o contenenti espressioni lesive della reputazione delle persone o dati personali sensibili e sempreché non necessarie alle indagini.

Il D.L.n.161/2019 ha profondamente inciso su questo aspetto della riforma, sostanzialmente eliminandone le novità e quasi replicando la "vecchia" (e ancora per poco vigente) disciplina, con qualche *variante*.

15.1. L'originario testo della riforma.

Il testo della riforma prevedeva due procedure: quella in cui il materiale intercettato non fosse stato usato per l'adozione di una misura cautelare e quella in caso contrario, ossia di intercettazioni utilizzate per l'emissione di una misura cautelare.

Quanto alla procedura di acquisizione delle intercettazioni non usate per l'adozione di una misura cautelare si stabiliva che il p.m., concluse le operazioni d'intercettazione, provvedesse a:

- a) depositare gli atti (annotazioni di p.g., verbali delle operazioni, registrazioni, unitamente ai decreti di autorizzazione, convalida, proroga) presso l'archivio riservato entro cinque giorni dal termine delle operazioni ovvero alla chiusura delle indagini se autorizzato dal gip;
- b) redigere l'elenco delle comunicazioni e conversazioni (e dei flussi di comunicazione informatiche o telematiche) rilevanti ai fini di prova, prodromico alla richiesta al g.i.p. di acquisizione e allegazione al fascicolo del p.m.;
- c) notificare ai difensori delle parti l'avviso della facoltà di esaminare gli atti di intercettazione depositati, di prendere visione dell'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche; tali facoltà dei difensori delle parti (da esercitarsi presso l'archivio riservato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 269 c.p.p. e 89 *bis* disp.att. c.p.p.) non comprendevano la possibilità in questa fase di estrarre copia degli atti e delle registrazioni;
- d) presentare al giudice, entro i successivi cinque giorni dal deposito degli atti, la richiesta di acquisizione delle comunicazioni, conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenuti nell'elenco e ad avvisarne i difensori.

A loro volta i difensori, ricevuto l'avviso del deposito, entro i successivi 10 giorni (prorogabili di altri 10 con provvedimento del giudice) avevano la facoltà di "*richiedere l'acquisizione di*

conversazioni...non comprese nell'elenco del pubblico ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale..." (art.268 *ter*, comma 3 c.p.p.).

Sino alla decisione del giudice, era concessa la possibilità al p.m. e ai difensori di integrare le richieste e presentare memorie (art.268 *ter*, comma 5 c.p.p.).

Nel frattempo, le registrazioni e gli atti restavano custoditi nell'archivio riservato a disposizione del giudice e dei difensori.

In questa prima fase, ossia fino alla cernita ed individuazione da parte del g.i.p. delle conversazioni rilevanti da inserire nel fascicolo delle indagini preliminari, ai difensori era riconosciuto solo il diritto di esaminare e prendere visione degli atti, di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche intercettate, ma non quello di estrarre copia degli atti, né di ottenere la trasposizione su supporto delle comunicazioni captate (artt. 268 *bis*, comma 2, 268 *quater*, commi 3 e 4, 269 commi 1 e 1 *bis* c.p.p. e 89 *bis*, comma 4 disp. att. c.p.p.).

Nel testo di riforma, il deposito dei verbali delle registrazioni non era più funzionale all'udienza di trascrizione in forma peritale delle conversazioni destinate a confluire nel fascicolo del dibattimento, ma solo

- a stabilire quali fossero le conversazioni rilevanti ai fini di prova da acquisire al fascicolo del p.m.
- a scartare le altre
- a regolare il vincolo della segretezza che sarebbe venuto meno per le prime e mantenuto.

A sua volta, la procedura di trascrizione veniva differita al dibattimento, ex art.493 *bis* c.p.p.

Infatti, decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste (termine non perentorio, ma ordinatorio) si stabiliva che il giudice, con ordinanza emessa in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori, acquisisse le conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo quelle manifestamente irrilevanti e ordinasse, anche di ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione; a tal fine potendo procedere all'ascolto delle conversazioni comunicazioni recandosi nell'archivio riservato (art.268 *quater*, comma 1, ultima parte, c.p.p.).

Era anche prevista un'eventuale udienza "*quando necessario*" (art.268 *quater*, comma 2 c.p.p.).

Dunque, il procedimento era scandito dalla regola del contraddittorio solo cartolare, salvo necessità.

Con l'Ordinanza, veniva meno "...il segreto sugli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione" (art.268 *quater*, comma 3 c.p.p.).

Pertanto, le intercettazioni acquisite dovevano essere inserite nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5 c.p.p. (ossia quello del p.m.), con facoltà per i difensori di ottenere la copia degli atti

e la trasposizione su apposito supporto informatico delle registrazioni (art.269, commi 3 e 4 c.p.p.); quelle non acquisite restavano nell'archivio riservato (art.269, comma 5 c.p.p.)⁹.

La trascrizione delle registrazioni acquisite dal g.i.p. e trasmesse nel fascicolo del p.m. era affidata, in via ordinaria, alle attività di richiesta di prova da compiersi in fase dibattimentale¹⁰.

La riforma, dunque, abbandonava l'attuale procedura di acquisizione delle intercettazioni come prevista dal vigente art.268, commi 6 e 7 c.p.p., trattandosi di un meccanismo da sempre poco frequentato nelle aule giudiziarie.

Tale ormai "vecchio schema" prevede che il giudice, in contraddittorio, proceda ad acquisire le intercettazioni indicate dalle parti e non manifestamente irrilevanti, mediante la perizia di trascrizione integrale delle registrazioni, la quale sarà poi inserita nel fascicolo per il dibattimento.

A causa della possibilità di rinviare la procedura al dibattimento, l'istituto ha finito per essere applicato solo residualmente, con la conseguenza di aver resa vana la finalità di evitare che tutte le intercettazioni fossero allegate al fascicolo del p.m., così diventando di dominio pubblico al momento del venir meno del segreto, come puntualmente, di fatto, accade.

A rimedio, la riforma prevedeva si desse corso alla procedura di acquisizione delle intercettazioni "*non manifestamente irrilevanti*" entro la fase delle indagini preliminari.

Conclusione ricavabile non tanto dalla previsione secondo cui il deposito degli atti dovesse avvenire entro la conclusione delle indagini (come, del resto, già attualmente previsto), quanto dall'aver individuato nel g.i.p. il giudice che doveva procedere alle operazioni di acquisizione delle intercettazioni da inserire nel fascicolo delle indagini del p.m. (art.268 *quater*, comma 6 c.p.p.: "*alle operazioni di acquisizione provvede il giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni*").

La riforma, dunque, tratteggiava una procedura di acquisizione delle intercettazioni non oltre la chiusura delle indagini preliminari, stabilendo che all'esito delle richieste il giudice disponesse l'unione al fascicolo del p.m. di quelle non manifestamente irrilevanti; le altre e quelle non utilizzabili dovevano essere restituite al p.m. e conservate nell'archivio riservato.

Ma la partita non si chiudeva qui.

Infatti, la valutazione del g.i.p. di non acquisire le intercettazioni manifestamente irrilevanti pur richieste dalle parti non era definitiva, essendo ammessa la possibilità che nelle fasi successive, propriamente processuali, si potesse tornare in argomento, rivalutando la decisione.

Inutile soffermarsi, poiché il D.L.n.161/2019 ha espressamente abrogato queste ipotesi¹¹.

⁹ La restituzione di queste intercettazioni all'archivio riservato, comunque sia, non preclude al p.m. di operare, successivamente, una (nuova) valutazione di rilevanza delle intercettazioni in prima battuta non acquisite, per richiederne l'acquisizione in ragione dell'evoluzione dell'indagine.

¹⁰ In questa sede, infatti, era previsto che le intercettazioni selezionate dal g.i.p. traslucassero nel fascicolo per il dibattimento su richiesta di parte e secondo le scadenze impresse dal nuovo art. 493 *bis* c.p.p., previa trascrizione, secondo le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie.

¹¹ Così si prevedeva per l'udienza preliminare, aggiungendo nell'art.422 c.p.p. il comma 4 *bis* e attribuendo alle parti la possibilità di chiedere al g.u.p. di rivalutare la decisione del g.i.p. e di acquisire quelle intercettazioni in un primo tempo ritenute irrilevanti: «*4-bis. Se la richiesta di cui al comma 1 ha ad oggetto conversazioni o comunicazioni intercettate e non acquisite si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 268 ter e 268 quater.*». Da rilevare, però, che la richiesta di acquisizione poteva essere valutata (e accolta) soltanto se l'intercettazione rappresentasse una prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Egualmente si provvedeva per la fase del dibattimento (comprendendo anche il giudizio di appello, stando al tenore dell'art.598 c.p.p. per il quale in questa fase si osservano le norme relative al giudizio di primo grado, laddove applicabili). La nuova disposizione in tema di acquisizione dibattimentale delle intercettazioni, sebbene con collocazione sistematica quanto meno inadeguata, essendo stata inserita nell'art. 472 c.p.p., dedicato ai "*casì in cui si procede a porte chiuse*", anziché nelle norme che disciplinano la fase dedicata all'ammissione delle prove) stabiliva che il

15.2. Le modifiche alla disciplina introdotte con il D.L.n.161/2019.

Questa procedura *ordinaria* di acquisizione delle intercettazioni è stata del tutto sostituita dalla nuova disciplina tratteggiata dal D.Ln.161/2019.

Il testo di legge, infatti, ricalca la “vecchia” (invero al momento ancora vigente) procedura di acquisizione e stralcio delle intercettazioni, inserendovi i correttivi necessari allo scopo di

- **mantenere** la segretezza delle intercettazioni irrilevanti o di quelle non necessarie a fini della prova dei fatti di causa, di quelle di cui è vietato l’uso e di quelle contenenti dati personali sensibili o espressioni lesive della reputazione delle persone, salvo che siano rilevanti per il procedimento (artt.268, comma 2 *bis*, comma 6 c.p.p., 89 *bis*, comma 2 disp.att.c.p.p.)
- **stimolare** la procedura di acquisizione delle intercettazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti entro la chiusura delle indagini preliminari (artt.268, commi 6 e 7, 415 *bis*, comma 2 *bis* c.p.p.)
- **tendenzialmente prevedere la trascrizione** mediante perizia delle registrazioni rilevanti solo quando necessario, ossia prima del dibattimento.

15.2.1. La procedura ordinaria di acquisizione e di stralcio.

Come già rilevato, gli atti inerenti alle intercettazioni e il materiale fonico, concluse le operazioni, sono trasmessi dalla p.g. immediatamente al p.m. e direttamente custoditi nell’archivio, in attesa del venir meno della segretezza (i 5 giorni di cui all’art.268, comma 4 c.p.p., ovvero al momento della chiusura delle indagini a seguito di decreto autorizzativo del gip, ai sensi del successivo comma 5 del medesimo articolo).

Il momento della conservazione nell’archivio è prodromico alla successiva procedura selettiva del materiale da effettuarsi, sotto il controllo del giudice (*v.infra*).

Si tratta della cosiddetta procedura di acquisizione e di stralcio, che consiste nel deposito degli atti, nella possibilità per la difesa di prenderne conoscenza (ma non di averne copia), nella successiva fase di cernita di quelle intercettazioni che andranno a costituire il materiale probatorio e di quelle che resteranno conservate nell’archivio perché non funzionali alla prova o vietate.

Intanto, secondo la procedura ordinaria, il p.m. entro i canonici 5 giorni dalla trasmissione, depositerà ai difensori atti e materiale, dando contestuale avviso che, entro un termine che sarà libero di stabilire, ma prorogabile dal g.i.p. dietro richiesta, avranno facoltà di accedere all’archivio e di prendere cognizione “*per via telematica*” di quanto lì custodito; pertanto, la modalità di consultazione è informatica (art.268, comma 6 c.p.p.).

Si tratta di termini assai ristretti per le parti, ma la cui violazione **non prevede decadenze**.

giudice procedesse alle operazioni di cui all’art. 268 *ter* c.p.p. “quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell’istruzione dibattimentale”. Significa che l’acquisizione delle intercettazioni in dibattimento era possibile in due casi: a) qualora si rinnovasse una richiesta di acquisizione precedentemente non accolta; b) qualora, a seguito di quanto emerso nel corso del dibattimento, diventasse rilevante ai fini del decidere acquisire nuove intercettazioni, ossia intercettazioni mai prima oggetto di richiesta; un caso, dunque, di *prova nuova*.

Contestualmente al deposito degli atti, appare opportuno che il p.m. provveda a indicare, preferibilmente mediante la redazione e il deposito di un elenco, le intercettazioni e i flussi delle comunicazioni informatiche e telematiche che intende fare acquisire dal giudice, in quanto ritenuti rilevanti per la prova dei fatti e delle responsabilità.

Se vero è che l'art.268, comma 6 c.p.p. non prevede espressamente che il p.m. debba, con l'avviso di deposito, anche mettere a disposizione del difensore l'elenco in questione, altrettanto è vero che così è stabilito nell'art.415 bis, comma 2 bis (*"...l'avviso contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà...di estrarre copia delle registrazioni...indicati come rilevanti dal pubblico ministero..."*).

Per evitare, pertanto, frizioni interpretative, si ritiene che il p.m. debba redigere l'elenco sia nel caso dell'avviso di cui all'art.415 bis c.p.p. che nel caso di applicazione della procedura di cui all'art.268, comma 6 c.p.p.

Così si argomenta, anche considerando che l'art.268, comma 6 c.p.p. stabilisce che il giudice, scaduto il termine del deposito, dispone l'acquisizione delle intercettazioni o dei flussi delle comunicazioni informatiche e telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo, anche d'ufficio, allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza (art.268, comma 6 c.p.p.).

Significa, pertanto, che sia il p.m. (si ritiene col deposito) sia il difensore (prendendo visione degli atti e dell'elenco del p.m. e nei termini, stabiliti o prorogati, di cui all'art.268, comma 4), saranno tenuti a indicare le intercettazioni che intendano acquisire, motivandone la rilevanza e potendo, quindi, intervenire un contraddittorio cartolare sul merito delle reciproche scelte, nel corso del quale ciascuno evidenzierà la rilevanza/irrilevanza, il divieto di uso, il contenuto di dati personali sensibili, con possibilità di integrare le richieste.

Secondo la novella, in questa prima fase i difensori hanno solo diritto di esaminare e prendere visione degli atti, di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche intercettate, ma non quello di estrarre copia degli atti, né di ottenere la trasposizione su supporto delle comunicazioni captate (artt. 268, comma 6 c.p.p. e 89 bis, comma 4 disp. att. c.p.p.).

Resta da valutare la tenuta costituzionale di questo sistema caratterizzato dal divieto per le difese di estrarre copia degli atti e delle registrazioni fino a dopo che il giudice abbia deciso quali intercettazioni acquisire e, in questo caso, avendo diritto di copia soltanto delle registrazioni e degli atti acquisiti.

Altrettanto da valutare se il difensore possa esaurientemente adempiere il proprio ufficio senza la possibilità di estrarre copia degli atti, dovendo poi partecipare attivamente al procedimento di acquisizione delle intercettazioni rilevanti, per cui è previsto un contraddittorio cartolare.

Intanto, l'instaurazione della procedura per l'acquisizione delle intercettazioni, che prende le mosse dal deposito degli atti nell'archivio e la contestuale redazione dell'elenco delle comunicazioni ritenute rilevanti dal p.m., dimostra che sono cessate le esigenze di segretezza.

Se così è, non trova ragione precludere alla difesa la possibilità di estrarre copia degli atti e anche di ottenere copia delle registrazioni.

Questa limitazione a prendere conoscenza senza poter estrarre copia era già prevista nell'originario testo della riforma e forse non a torto uno dei primi commentatori ha richiamato i moniti espressi dalla Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 192/97, ebbe ad

osservare – con affermazione di principio di carattere universale in quanto applicabile a tutte le situazioni che presentino identici presupposti ed analoghe finalità – che “*se si riflette sulla ratio dell’istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione*”¹².

Il correttivo al divieto di estrarre copia degli atti e delle registrazioni dovrebbe essere rappresentato dalla possibilità per il difensore di ottenere una proroga dal g.i.p. del termine fissato dal p.m. per la consultazione del materiale (art.268, comma 4 c.p.p.).

Mentre l’abrogato art.268 *ter* c.p.p. stabiliva un termine originario stabilito dal p.m. in 10 giorni e la possibilità che il g.i.p. lo prorogasse di altri 10, la nuova disposizione non impone un termine alla proroga.

Ma è poca cosa, sempre lasciata a valutazioni discrezionali e non impugnabili.

A ciò si aggiunga che la difesa dovrà esaminare gli atti accedendo nell’archivio riservato e potrà ascoltare le intercettazioni solo “*con apparecchio a disposizione dell’archivio*” (art. 89 *bis*, comma 4 disp.att. c.p.p.).

Difficoltà si assomma, dunque, a difficoltà: sarà necessario (e problematico) contemperare il diritto di accesso del difensore con la limitatezza delle risorse e di personale di cui gli uffici giudiziari sono cronicamente affetti.

15.2.2. L’acquisizione e lo stralcio; l’intervento del g.i.p.; la riproponibilità della procedura.

Scaduti i termini di cui all’art.268, comma 4 c.p.p. il g.i.p. deciderà senza formalità, acquisendo agli atti soltanto le intercettazioni e i flussi comunicativi informatici/telematici “*non irrilevanti*”, anche dopo aver esercitato il diritto di accedere all’archivio per prendere visione degli atti e sentire le registrazioni (cfr. art.89 *bis*, comma 3 disp.att.c.p.p.).

In questo caso, non è stabilito un termine entro il quale il g.i.p. debba assumere la decisione (a differenza dei 5 giorni previsti dall’abrogato art.268 *quater* c.p.p.).

La mancata previsione del termine entro cui il g.i.p. debba decidere potrebbe interferire con le determinazioni del p.m. in ordine all’esercizio dell’azione penale.

Per evitare che l’attesa della decisione del g.i.p. possa cagionare rallentamenti all’attività del p.m. gravidi di conseguenze negative (ad esempio: necessità di promuovere l’azione penale per evitare la scadenza dei termini cautelari), si deve convenire che tali eventuali ritardi non possano precludere l’esercizio dell’azione penale, sempre possibile, pertanto, sebbene la procedura di acquisizione/stralcio non si sia conclusa.

In casi simili, malgrado l’esercizio dell’azione penale, il g.i.p. resterà funzionalmente competente a concludere la procedura di acquisizione/stralcio, nonché anche a conferire la perizia di trascrizione delle registrazioni (e quella di stampa dei flussi comunicativi) anche se il procedimento sia passato ad altra, successiva fase.

¹² Pestelli “*Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*” in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018, pag.176

Adottata la decisione, con l'ordinanza del g.i.p. le intercettazioni e i flussi acquisiti entreranno a far parte del fascicolo del p.m. e, pertanto, ne verrà meno il segreto.

Trattandosi delle intercettazioni rilevanti ai fini della prova, l'art.89 bis disp.att.c.p.p. dispone che ai difensori è consentito di fare eseguire la trasposizione delle registrazioni acquisite su supporto informatico o altro strumento e di ottenere copia dei verbali delle comunicazioni acquisite.

Nel frattempo, anche d'ufficio ma previo avviso alle parti che hanno diritto di partecipare, il g.i.p. provvederà allo stralcio delle altre intercettazioni (di uso vietato o che contengano lesioni alla reputazione delle persone o dati sensibili e non rilevanti per il procedimento) che saranno restituite all'archivio, unitamente ai verbali.

E' previsto che queste ultime "registrazioni" siano conservate nell'archivio fino alla sentenza "non più soggetta a impugnazione" (art.269, comma 2 c.p.p.).

Come noto, l'originario testo della riforma ammetteva che "...gli interessati, a tutela della riservatezza, possono chiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione. Il giudice decide in camera di consiglio, a norma dell'art. 127." (art.269, comma 2, ultima parte c.p.p.).

La novità era rilevante e gli effetti potevano anche essere dirompenti, risolvendosi nella definitiva perdita delle intercettazioni qualora ne fosse stata accolta la richiesta di distruzione e, quindi, fosse emersa la necessità di "recuperare" quelle registrazioni in quanto diventate, per circostanze sopravvenute, importanti ai fini di prova dei fatti e delle responsabilità.

A seguito di ripensamento, si è sostituita quella previsione con la seguente: "...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 a norma dell'articolo 127" (nuovo art.269, comma 2 c.p.p.).

Al di là, pertanto, di quelle non utilizzabili poiché eseguite fuori dei casi consentiti (ad esempio, quelle di cui al divieto posto dall'art.103 c.p.p.), tutte le intercettazioni che non siano state acquisite dal g.i.p. in quanto irrilevanti (art.268, comma 6 c.p.p.), resteranno custodite nel segreto nell'archivio almeno certamente fino alla sentenza irrevocabile e, dietro motivata richiesta a tutela della riservatezza, potranno essere distrutte, **purchè non siano più necessarie per il procedimento.**

Significa che anche il materiale riposto nell'archivio potrebbe un domani tornare utile al procedimento.

Questa disposizione, inoltre, consente di ritenere che la partita sulle intercettazioni acquisibili non si chiuda definitivamente nei ristretti tempi scanditi dall'art.268 c.p.p., ossia nel corso dell'indagine preliminare e fino alla definizione dell'udienza preliminare, ove prevista.

Certamente la nuova disciplina pone la regola generale per cui lo scrutinio delle intercettazioni avvenga nel corso delle indagini preliminari ed in modo che davanti al giudice del dibattimento non si debba procedere all'acquisizione e alla conseguente perizia trascrittiva, tuttavia consente **ragionevoli eccezioni**, come dimostra il nuovo testo dell'art.268, comma 2 c.p.p.

Del resto, limitare la selezione e l'acquisizione del materiale registrato (e dei flussi comunicativi) utile al procedimento esclusivamente alla fase delle indagini preliminari avrebbe contrastato con i principi generali, oltretutto con il buon senso.

Il testo originario della riforma prevedeva che la cernita delle intercettazioni non avesse luogo soltanto nelle indagini preliminari.

Ed infatti, mentre, da una parte, la fase delle indagini preliminari era indicata quale quella ideale per la procedura di acquisizione e stralcio delle intercettazioni, dall'altra parte, tuttavia, si consentiva la possibilità di recuperare quelle intercettazioni in un primo tempo trasmesse all'archivio, ma divenute, per circostanze sopravvenute, rilevanti ai fini di prova, sia avanti al g.u.p. che al giudice del dibattimento.

Dunque, la valutazione del g.i.p. di non acquisire le intercettazioni manifestamente irrilevanti pur richieste dalle parti non era definitiva, poiché si ammetteva la possibilità che nelle fasi successive, propriamente processuali, si potesse tornare in argomento, rivalutando la decisione. Così si prevedeva per l'udienza preliminare, aggiungendo nell'art.422 c.p.p. il comma 4 *bis* e attribuendo alle parti la possibilità di chiedere al g.u.p. di rivalutare la decisione del g.i.p. e di acquisire quelle intercettazioni in un primo tempo ritenute irrilevanti:

«4-bis. Se la richiesta di cui al comma 1 ha ad oggetto conversazioni o comunicazioni intercettate e non acquisite si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 268 ter e 268 quater.»

Da rilevare, però, che la richiesta di acquisizione poteva essere valutata (e accolta) soltanto se l'intercettazione rappresentasse una prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

Eguale si provvedeva per la fase del dibattimento (comprendendo anche il giudizio di appello, stando al tenore dell'art.598 c.p.p. per il quale in questa fase si osservano le norme relative al giudizio di primo grado, laddove applicabili).

La disposizione in tema di acquisizione dibattimentale delle intercettazioni, sebbene con collocazione sistematica quanto meno inadeguata, essendo stata inserita nell'art. 472 c.p.p., dedicato ai *“casi in cui si procede a porte chiuse”*, anziché nelle norme che disciplinano la fase dedicata all'ammissione delle prove, stabiliva che il giudice procedeva alle operazioni di cui all'art. 268 *ter* c.p.p. *“quando le parti rinnovano richieste non accolte o richiedono acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell'istruzione dibattimentale”*.

Significava che l'acquisizione delle intercettazioni in dibattimento era possibile in due casi:

- a) qualora si rinnovasse una richiesta di acquisizione precedentemente non accolta;
- b) qualora, a seguito di quanto emerso nel corso del dibattimento, fosse rilevante ai fini del decidere di acquisire nuove intercettazioni, ossia intercettazioni mai prima oggetto di richiesta; un caso, dunque, di *prova nuova*.

Il D.L. n.161/2019 **ha abrogato** espressamente tutte queste disposizioni, sia l'art.422, comma 4 *bis* quanto all'udienza preliminare sia l'art.472, comma 1 ultima parte, quanto al dibattimento ed ha pure eliminato l'art.493 *bis* c.p.p. che stabiliva che il giudice del dibattimento procedesse alla perizia di trascrizione (o alla stampa dei flussi informativi informatici).

Tuttavia, al di là del dato normativo, non è forse condivisibile concludere che le intervenute abrogazioni non consentano, in nessun caso, di rivalutare e recuperare le intercettazioni trasmesse dal g.i.p. nell'archivio perché a suo tempo ritenute irrilevanti.

Soprattutto tenendo conto dell'art.269, comma 2 c.p.p. che prevede di non distruggere le intercettazioni riposte nell'archivio fino alla sentenza irrevocabile e di non distruggerle,

malgrado l'espressa richiesta di parte, **se necessarie per il procedimento**; termine questo che, come noto, si riferisce sia alla fase delle indagini che ai diversi gradi del processo.

D'altronde, non permettere di riproporre l'istanza di acquisizione a seguito della rinnovata valutazione del materiale appare confliggere con i principi generali in tema di diritto alla prova. Si aggiunga che i termini di cui all'art.268 c.p.p. **non** sono previsti a pena di **decadenza**, né è prevista alcuna sanzione procedurale qualora il p.m. resti inattivo.

Ma al di là di questo, un'interpretazione che permetta anche in sede processuale di tornare a valutare le intercettazioni e i flussi comunicativi trasmessi in archivio onde acquisirli nel materiale probatorio, qualora se ne avveda la necessità, appare conforme alla *ratio legis* e allo spirito del sistema processuale.

Dovrebbe, pertanto ammettersi di rinnovare una richiesta di acquisizione respinta dal g.i.p., nonché, soprattutto, consentire l'acquisizione di intercettazioni qualora, a seguito di quanto emerso nel corso del dibattimento, sia rilevante ai fini del decidere acquisire nuove intercettazioni, ossia intercettazioni mai prima oggetto di richiesta; un caso, dunque, di *prova nuova* (ammessa ex art.493, comma 2 c.p.p.).

15.2.3. La possibilità dell'acquisizione delle intercettazioni senza ricorrere al g.i.p.: le ipotesi di cui agli artt.415 bis, comma 2 bis e 454, comma 2 bis c.p.p.; la perizia di trascrizione delle registrazioni e di stampa dei flussi di comunicazioni.

La riforma ha abbandonato l'attuale procedura di acquisizione delle intercettazioni come prevista dal vigente art.268, commi 6 e 7 c.p.p., trattandosi di un meccanismo da sempre poco frequentato nelle aule giudiziarie.

Tale ormai "vecchio schema" prevede che il giudice, in contraddittorio, proceda ad acquisire le intercettazioni indicate dalle parti e non manifestamente irrilevanti, mediante la perizia di trascrizione integrale delle registrazioni, la quale sarà poi inserita nel fascicolo per il dibattimento.

A causa della possibilità di rinviare la procedura al dibattimento, l'istituto ha finito per essere applicato solo residualmente, con la conseguenza di aver resa vana la finalità di evitare che tutte le intercettazioni fossero allegate al fascicolo del p.m., così diventando di dominio pubblico al momento del venir meno del segreto, come puntualmente, di fatto, accade.

A rimedio, la riforma prevede si dia corso alla procedura di acquisizione delle intercettazioni "*non manifestamente irrilevanti*" entro la fase delle indagini preliminari.

Conclusione ricavabile non tanto dalla previsione secondo cui il deposito degli atti debba avvenire entro la conclusione delle indagini (come, del resto, già attualmente previsto), quanto dall'aver individuato nel g.i.p. il giudice che dovrà procedere alle operazioni di acquisizione delle intercettazioni da inserire nel fascicolo delle indagini del p.m (art.268, comma 6).

Forse proprio per evitare un "ritorno al passato", pur non prevedendo sanzioni procedurali o processuali, l'art.268 c.p.p., almeno secondo i termini testuali, impone l'**obbligo** della procedura di acquisizione e stralcio, nonché della conseguente perizia di trascrizione:

*"...il giudice **dispone** l'acquisizione...procedendo anche d'ufficio allo stralcio..."* (art.268, comma 6 c.p.p.)

*"...il giudice...**dispone** la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa...delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire..."* (art.268, comma 7 c.p.p.).

Intanto, gli adempimenti sono due: dapprima valutare le intercettazioni (e i flussi comunicativi) da acquisire e da stralciare con restituzione all'archivio, quindi, disporre la perizia di trascrizione su quanto acquisito.

L'ordinaria procedura di acquisizione e di stralcio ne fa protagonista il g.i.p.

Sono, però, previste delle eccezioni, ossia quelle di cui ai nuovi artt.415 bis, comma 2 bis e 454, comma 2 bis c.p.p.

15.2.3.1. L'eccezione di cui all'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p.

Come noto, l'art.268, comma 5 c.p.p. consente che il p.m., con l'autorizzazione del g.i.p. e valutato il grave pregiudizio delle indagini, possa ritardare alla chiusura delle indagini il deposito ai difensori degli atti dei verbali e delle registrazioni inerenti a operazioni ormai concluse.

L'art.415 bis, comma 2 *bis* c.p.p. dispone che il p.m., con l'avviso di conclusione delle indagini, informi la difesa dell'avvenuto deposito delle intercettazioni e delle facoltà relative (ossia: accedere all'archivio digitale, esaminare gli atti per via telematica, ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche e telematiche) anche mettendo a disposizione l'elenco delle intercettazioni e dei flussi comunicativi informatici/telematici di cui intende chiedere l'acquisizione.

La difesa, nel termine di venti giorni, potrà non solo consultare gli atti, ma in questo caso anche estrarre copia delle registrazioni e dei flussi indicati nell'elenco (ma non delle altre intercettazioni non comprese).

Nel medesimo termine il difensore, a sua volta e se intenderà, potrà presentare al p.m. la richiesta di acquisire le intercettazioni che ritenga rilevanti, non comprese nell'elenco del p.m. e di cui potrà chiedere copia (art.415 bis, comma 2 *bis* c.p.p.).

La norma prevede che se il p.m. sia in disaccordo con la difesa, ne rigetterà la richiesta (o l'accoglierà in parte) con decreto motivato.

Soltanto in questo caso, il difensore potrà (ma non necessariamente dovrà) avanzare al g.i.p. l'istanza di procedere ai sensi dell'art.268, comma 6 c.p.p., ossia di instaurare la procedura di acquisizione e stralcio davanti al g.i.p.

Ma se le parti si *accordano*, ossia se il p.m. accoglie le richieste del difensore, allora la procedura di acquisizione e stralcio ha luogo senza necessità di ricorrere al g.i.p.

Sebbene la norma non lo preveda espressamente, potrebbe accadere che il difensore, anche senza produrre un proprio elenco, tuttavia si limiti a contestare quello del p.m., ad esempio eccependo che alcune intercettazioni di cui si vorrebbe l'acquisizione siano del tutto irrilevanti, o di uso vietato.

Anche in questo caso, la via elettiva sarebbe quella di instaurare la procedura davanti al g.i.p., a garanzia di entrambe le parti in causa.

In sintesi, solo quando p.m. e difesa si mostrino d'accordo sulle intercettazioni e flussi comunicativi da acquisire, si potrà evitare la procedura ordinaria di acquisizione/stralcio e l'accordo stesso comporterà, automaticamente, l'acquisizione delle intercettazioni al materiale probatorio dell'indagine, con contestuale trasmissione all'archivio delle intercettazioni non comprese negli elenchi condivisi.

In caso di disaccordo, totale o parziale, dovrà aver luogo l'ordinaria procedura di acquisizione/stralcio davanti al g.i.p.

15.2.3.2. L'eccezione di cui all'art.454, comma 2 bis c.p.p.

L'art.454, comma 2 bis c.p.p. detta una disciplina analoga a quella appena esaminata.

Quanto alla perizia di trascrizione delle intercettazioni acquisite, assume rilievo che l'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p. non richiami espressamente l'art.268, comma 7 c.p.p.

Nell'ipotesi particolare per cui il p.m. chieda il giudizio immediato senza prima provvedere alla procedura di cui all'articolo 268, commi 4, 5 e 6 c.p.p., con la richiesta dovrà depositare l'elenco delle intercettazioni e dei flussi comunicativi ritenute rilevanti a fini di prova.

Entro 15 giorni dalla notifica del decreto che dispone il rito immediato, il difensore potrà, a sua volta, depositare l'elenco di quelle ritenute rilevanti, chiedendone copia.

Sull'istanza provvede il p.m. e soltanto se l'abbia a rigettare il difensore potrà attivare (ma non ne avrà obbligo) la procedura di cui all'art.268, comma 6 c.p.p.

Anche in questo caso, l'acquisizione delle intercettazioni potrà avvenire sull'accordo delle parti senza necessità di ricorrere al g.i.p.; in caso di disaccordo nei termini già espressi esaminando la disciplina di cui all'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p. valgono le stesse considerazioni, con la necessaria instaurazione della procedura di acquisizione/stralcio avanti al g.i.p.

15.2.3.3. La perizia di trascrizione delle registrazioni e di stampa dei flussi comunicativi informatici.

Quanto alla perizia di trascrizione delle registrazioni (e di stampa dei flussi comunicativi) nella procedura ordinaria di cui all'art.268 c.p.p. si tratta di adempimento obbligatorio del g.i.p. Tuttavia, qualora sia prevista l'udienza preliminare, non sarà necessario procedervi immediatamente dopo la fase dell'acquisizione, potendo essere differita all'esito dell'udienza preliminare stessa, ossia al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento (art.268, commi 6 e 7 c.p.p.).

Qualora non sia prevista l'udienza preliminare (tenendo conto che alcuni reati a citazione diretta consentono le intercettazioni) resta da stabilire se la trascrizione debba essere necessariamente esperita dal g.i.p. che ha disposto l'acquisizione/stralcio o meno.

Se si medita sulle ragioni che hanno ispirato la riforma e, soprattutto, su quelle che hanno, da ultimo, reintrodotto la procedura dell'acquisizione/stralcio davanti al gip, rendendola obbligatoria, viene da concludere che gli intenti perseguano gli scopi sia di evitare la diffusione e la pubblicità di tutte le intercettazioni (anche di quelle irrilevanti o contenenti espressioni lesive della reputazione o dati personali sensibili e ininfluenti ai fini delle indagini) sia di non gravare e appesantire inutilmente la fase processuale con questi adempimenti che, inoltre, ne ritardano la definizione.

L'aver il legislatore previsto che la perizia delle intercettazioni acquisite venga conferita entro il momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, qualora sia prevista l'udienza preliminare, significa che si è gravato di quest'obbligo il gip/gup ma che, al pari, gli è stato concesso di adempierlo fino al momento in cui sarà ormai certo che si celebrerà il giudizio

ordinario, essendo quest'ultimo il naturale destinatario della perizia di trascrizione delle intercettazioni.

Ciò equivale a dire che si dovrà procedere obbligatoriamente alla perizia di trascrizione quando diventerà **necessaria**.

Ed infatti, se all'udienza preliminare l'imputato sceglierà riti alternativi, la perizia di trascrizione perderà di significato, come attualmente avviene, con evidente risparmio di tempo e risorse.

Qualora il reato per cui si procede non preveda l'udienza preliminare, rientrando tra quelli a "citazione diretta", soccorre l'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p.

Assume, infatti, rilievo che l'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p. nel descrivere la procedura da seguire per l'acquisizione delle intercettazioni e dei flussi comunicativi informatici richiama espressamente l'art.268, commi 4, 5, e 6, mentre non indica il comma 7 c.p.p.

Anzi, la norma in esame riconosce al difensore la possibilità di *"avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'art.268, comma 6"*; anche in tal caso non si richiama il comma 7.

Potrebbe significare che la procedura descritta nell'articolo in questione non dovrebbe necessariamente prevedere anche l'espletamento della perizia di trascrizione delle intercettazioni e di stampa dei flussi comunicativi una volta acquisiti.

Si aggiunga che, egualmente, nell'ipotesi particolare di cui all'art.454, comma 2 bis c.p.p., altrettanto non si richiama espressamente l'art.268, comma 7 (*"Qualora non abbia proceduto ai sensi dell'art.268, commi 4, 5 e 6..."*)

E parimenti si prevede che se il p.m. abbia a rigettare la richiesta del difensore, quest'ultimo potrà attivare (ma non ne avrà obbligo) la procedura di cui all'art.268, comma 6.

E anche in questo caso non si stabilisce che il difensore debba anche chiedere di procedere alla perizia di trascrizione delle registrazioni o di stampa dei flussi comunicativi.

Come già rilevato, un'unica disciplina accomuna le ipotesi di cui agli artt.415 bis, comma 2 bis e 454, comma 2 bis c.p.p. ed è interessante rilevare che entrambe le norme si riferiscono esclusivamente all'acquisizione/stralcio delle intercettazioni (e dei flussi comunicativi informatici/telematici), richiamando espressamente la procedura di cui all'art.268, commi 4, 5 e 6, ma senza comprendere la disposizione del comma 7, che prevede che il giudice conferisca la perizia di trascrizione.

Probabile una dimenticanza; altrettanto probabile che, invece, si sia inteso non provvedere, contestualmente all'acquisizione/stralcio delle intercettazioni come concordata dalle parti anche la perizia di trascrizione, demandandola a quando sia ormai certo che l'imputato non accederà a riti alternativi e si dovrà celebrare il giudizio ordinario.

In questi casi, conclusa la fase di cui all'art.415 bis c.p.p. e richiesto il rinvio a giudizio, la perizia di trascrizione potrà essere conferita al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, essendo ormai certo che l'imputato non ha scelto riti alternativi.

Qualora, dopo la fase dell'art.415 bis c.p.p., il reato per cui si procede non preveda l'udienza preliminare, resta da stabilire se il p.m. dovrà chiedere la trascrizione delle intercettazioni al g.i.p. o al giudice del dibattimento.

Appare preferibile questa seconda ipotesi, in quanto fino al momento degli atti preliminari al dibattimento, l'imputato potrà ancora scegliere se adire a riti alternativi, i quali renderebbero inutile e solo dispendiosa la perizia di trascrizione.

In caso di decreto di giudizio immediato e avvio della procedura di cui all'art.452, comma 2 bis c.p.p. si potrebbe attendere lo spirare del termine concesso all'imputato per richiedere riti alternativi; se quest'ultimo preferisse il rito ordinario, la perizia trascrittiva dovrà essere disposta dal g.i.p., al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento (art.457 c.p.p.).

Quanto si è rilevato ovviamente in via di prima approssimazione, in attesa di ulteriori approfondimenti e riferimenti giurisprudenziali e di dottrina, appare consono allo scopo perseguito dal Legislatore nella *Relazione illustrativa* del testo di riforma, ossia di evitare il compimento di un'attività così antieconomica quale quella della trascrizione "...quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio, motivo questo che, già con la disciplina vigente, ha ulteriormente determinato l'ineffettività della previsione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. La scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria", ossia "...successivamente" alla procedura di selezione del materiale utile, senza necessariamente imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza e comunque nella fase delle indagini preliminari. Fase questa che è estranea, sul piano sistematico, alle attività di formazione della prova" e senza che peraltro ciò precluda, ovviamente, alla parte interessata di "...richiedere lo svolgimento di questa attività sostanzialmente peritale anche in altra sede, ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova... Insomma, la trascrizione nelle forme della perizia è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, e come tale trova collocazione successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova"¹³.

Dunque, la perizia sarà disposta solo quando sarà necessaria ai fini della prova.

Merita rilievo che, in sede di conversione del DL n.161/2019, al termine del comma 7 dell'art.268 c.p.p. si sia aggiunto che

«Il giudice, con il consenso delle parti, può disporre l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini. In caso di contestazioni si applicano le disposizioni di cui al primo periodo.»

15.3. Conclusioni sulla procedura di acquisizione, stralcio e di esecuzione della perizia.

Concludendo e pur sempre in via di prima approssimazione:

- la p.g., concluse le operazioni di intercettazione, trasmette immediatamente i verbali e le registrazioni al p.m., il quale li invia, contestualmente, nell'archivio
- entro 5 giorni dalla trasmissione effettuata dalla p.g., il p.m. deposita gli atti e il materiale, dando avviso ai difensori ovvero, se autorizzato dal g.i.p. provvedendo ai sensi dell'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p.
- col deposito ordinario, il p.m. indicherà, con un preferibile elenco, le intercettazioni e i flussi informativi ritenuti non irrilevanti e da acquisire

¹³ Relazione illustrativa, pagg.8 ss.

- il difensore avrà diritto di accedere all'archivio nel termine stabilito dal pm o entro quello prorogato dal gip, di prendere cognizione degli atti e di sentire le intercettazioni con gli strumenti informatici messi a disposizione del procuratore, magari con l'assistenza di un interprete
- non avrà il diritto di estrarre copia degli atti e registrazioni e potrà, a sua volta, presentare l'elenco delle intercettazioni e flussi comunicativi ritenuti di rilievo, nonché chiedere l'eventuale esclusione di quelli contenuti nell'elenco del p.m.
- potrà svolgersi un contraddittorio cartolare tra le parti sulle rispettive intercettazioni da acquisire e da "stralciare"
- scaduti i termini, il gip deciderà senza formalità di udienza, indicando le intercettazioni da acquisire "*che non appaiano irrilevanti*" e quelle da non allegare al procedimento in quanto d'uso vietato o irrilevanti o attinenti a dati personali sensibili e non necessarie a fini di prova, disponendo che restino custodite nell'archivio
- la perizia di trascrizione delle registrazioni potrà essere disposta immediatamente o al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, all'esito dell'udienza preliminare se prevista
- qualora l'udienza non sia prevista in quanto si procede con citazione diretta, la perizia potrà essere disposta in fase dibattimentale qualora l'imputato, ai sensi dell'art.555, comma 2 c.p.p., non abbia formulato richiesta di riti alternativi, essendo da privilegiare questa opzione rispetto al ricorso al g.i.p. per il conferimento della perizia di trascrizione, in quanto potrebbe risolversi in un'attività solo dispendiosa, qualora l'imputato chieda, ex art.555, comma 2 c.p.p., di avvalersi di riti alternativi
- se il p.m. sarà autorizzato a depositare gli atti al termine delle indagini preliminari, l'avviso di cui all'art.415 bis c.p.p. conterrà l'elenco delle intercettazioni e dei flussi comunicativi di cui il pm intende chiedere l'acquisizione con avviso al difensore della facoltà, nel termine di 20 giorni, di prendere cognizione degli atti e materiali e poter aver copia delle registrazioni (e dei flussi comunicativi informatici/telematici) di cui all'elenco del p.m.
- il difensore potrà, a sua volta, depositare l'elenco delle intercettazioni di cui chiede l'acquisizione, chiedendone copia
- qualora il p.m. accolga l'istanza, si realizza un *concordato* sulla prova, nel senso che le intercettazioni indicate concordemente dalle parti saranno quelle rilevanti per il decidere e così acquisite senza necessità di instaurare la procedura avanti al g.i.p., le restanti saranno, conseguentemente, stralciate e resteranno custodite nell'archivio
- qualora il p.m. rigetti l'istanza, il difensore potrà attivare la procedura di cui all'art.268, comma 6 c.p.p., ossia quella relativa all'acquisizione delle intercettazioni (ma non obbligatoriamente); quindi il g.i.p. deciderà quali materiali acquisire e quali mantenere nell'archivio; se il reato prevede l'udienza preliminare, la perizia di trascrizione potrà essere disposta durante la formazione del fascicolo per il dibattimento, quando ormai è certo che l'imputato non scelto il giudizio ordinario; se il reato preveda la citazione diretta, potrà essere disposta subito dopo gli atti preliminari al dibattimento, qualora l'imputato non abbia aderito a riti alternativi, per quanto sopra esposto
- laddove il p.m. chieda il rito immediato senza prima attivare la procedura di cui all'art.268, commi 4, 5 e 6 c.p.p., con la richiesta dovrà depositare l'elenco delle

intercettazioni e dei flussi comunicativi informatici/telematici ritenuti rilevanti; la difesa, ricevuta la notifica del decreto che dispone il rito immediato, potrà, entro 15 giorni, presentare l'elenco delle intercettazioni e dei flussi di cui ha interesse all'acquisizione e chiederne copia; anche in questo caso, se il p.m. accolga la richiesta si realizzerà un concordato sulla prova, qualora il p.m. rigetti l'istanza il difensore potrà attivare la procedura di cui all'art.268, comma 6 c.p.p., con le conseguenze già esaminate; la perizia di trascrizione delle registrazioni potrà essere disposta dal g.i.p. quando, trascorsi i termini di cui all'art.458, comma 1 senza che l'imputato abbia fatto richieste di riti alternativi, dovrà formare il fascicolo per il dibattimento (art.457, comma 1 c.p.p.).

- In tutti i casi non si procederà a perizia se il consenso delle parti consentirà di utilizzare le trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini.(art.268, comma 7 c.p.p.).

16. La procedura in caso di richiesta di misura cautelare personale.

16.1. La disciplina del testo originario della riforma.

In caso di richiesta di misura cautelare personale, il testo della riforma prevedeva che non trovasse applicazione la procedura ordinaria ma che l'acquisizione delle intercettazioni fosse direttamente disposta dal p.m., mediante l'inserimento dei verbali e degli atti relativi nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5 c.p.p., anziché dal g.i.p. (art.268 *ter*, comma 1 c.p.p.).

Ossia, a seguito dell'adozione della misura, il p.m. acquisiva al fascicolo di cui all'art.373, c.5 c.p.p., mediante l'inserimento dei verbali e degli atti relativi, soltanto quelle intercettazioni utilizzate dal g.i.p. per emettere il provvedimento cautelare.

Nel redigere la richiesta cautelare, tuttavia, al solito scopo della tutela della riservatezza, il Legislatore non consentiva al p.m. di attingere a piene mani tra il materiale custodito nell'archivio riservato, prevedendo dei criteri di selezione.

Infatti, il p.m. presentava al giudice gli elementi su cui la richiesta si fondava, compresi i verbali di cui all'art.268, comma 2 c.p.p. (ossia i verbali delle operazioni di intercettazione); ma "limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti" (art.291, comma 1 c.p.p.).

Del resto, come già rilevato, sussistendo il divieto di trascrivere il contenuto delle registrazioni irrilevanti e di quelle non rilevanti e inerenti a dati personali sensibili, se ne poteva annotare solo la data, l'ora e il dispositivo su cui erano intercorse,

Inoltre, secondo l'art.291, comma 1 *ter* c.p.p., nella richiesta il p.m. poteva riprodurre "soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate" e rilevanti.

A sua volta, l'art. 292 comma 2 *quater* c.p.p. disponeva che anche nell'ordinanza applicativa, "quando necessario" fossero "riprodotti soltanto i brani essenziali" delle predette intercettazioni.

La riforma, pertanto, secondo il criterio della sobrietà nella scelta e nella riproduzione del materiale intercettato, seguiva quell'orbita di tutela della riservatezza già tracciata dalla nota circolare adottata dal CSM in materia, che stimolava l'attenzione sull'opportunità di un'accurata selezione delle

conversazioni da inserire nei provvedimenti cautelari – tanto nelle richieste del p.m. quanto nelle ordinanze del g.i.p. – e sulla necessità che fossero contrassegnati da una “sobrietà contenutistica”, a fronte della “naturale idoneità di tali provvedimenti ad essere oggetto di attenzione mediatica in quanto collegati alla privazione della libertà personale e perché provvedimenti cronologicamente più vicini al fatto, di quanto non lo sia il momento del deposito degli atti al termine delle indagini preliminari”, essendo “massimo...in tale fase, anche in termini quantitativi, il pericolo di diffusione di informazioni sensibili derivanti dalle intercettazioni e dunque di lesione del bene della riservatezza, per cui ancor più attenta deve essere l'opera di verifica della rilevanza compiuta dai magistrati in questo segmento processuale”¹⁴.

16.2. La scelta del D.L.n.161/2019.

Come noto, Il D.L. n.161/2019 il D.L. n.161/2019 ha

- cancellato il divieto di trascrivere nei verbali della polizia giudiziaria (i cosiddetti brogliacci) le conversazioni **irrilevanti** ai fini di indagine
- rivisitato quello sulle conversazioni **non rilevanti e** contenenti **dati personali sensibili**,
- riformulato l'art.268, comma 2 *bis* c.p.p., stabilendo che il p.m. vigili onde 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
- espressamente abrogato l'art.268 *ter* c.p.p., nonché le parole “*compresi i verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti*” di cui all'art.291, comma 1 c.p.p.

Una volta previsto che il p.m. torni al governo delle intercettazioni, spettando soltanto a quest'ultimo di fornire alla p.g. le indicazioni utili a evitare che le trascrizioni riportino “*espressioni lesive della reputazione delle persone*” ovvero riguardino “*dati personali definiti sensibili dalla legge*” e purché non “*si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini*”, l'uso delle intercettazioni in caso di richiesta di misura cautelare non è più limitabile, se non in questi ambiti.

Significa che la p.g. interloquirà sul contenuto delle intercettazioni col p.m. con annotazioni che potranno anche riportare le trascrizioni integrali delle registrazioni.

Si pone un limite demandandone al p.m. la salvaguardia: nei verbali non potranno essere trascritte o anche sommariamente riportate quelle conversazioni che ledano la reputazione delle persone cui i dialoghi si possano riferire o riguardino dati personali sensibili a norma di legge.

Il divieto di trascrizione, però, presuppone, come appena rilevato, la non rilevanza ai fini probatori di tali conversazioni; se, quindi, il dato sensibile o l'espressione lesiva della reputazione assumano importanza per l'oggetto e i fini dell'indagine potranno essere legittimamente trascritti.

Pertanto, in caso di richiesta cautelare, il p.m. potrà allegare le registrazioni che riterrà rilevanti, comprese quelle che ledano la reputazione delle persone cui i dialoghi si possano riferire o riguardino dati personali sensibili a norma di legge, qualora assumano significativa pregnanza per l'oggetto e i fini di indagine.

¹⁴ Circolare CSM, pag.20.

Si è già commentata la necessità di adottare direttive generali alla p.g. per l'assolvimento dei divieti di trascrizione in questione, da integrare con le particolari disposizioni che ogni indagine può manifestare; sicuramente sarà necessaria una costante interlocuzione tra la p.g. e il p.m. e forse solo dall'applicazione quotidiana della disciplina si potranno elaborare criteri e indicazioni utili.

Occorre, comunque sia, rilevare che anche il nuovo testo riformato dal D.L. n.161/2019 si ispira al criterio della *sobrietà* nel ricorso e all'uso delle intercettazioni da allegare alla richiesta cautelare.

Infatti, il p.m. potrà riportare nella richiesta *"soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate"* (art.291, comma 1 *ter* c.p.p.) e il g.i.p., a sua volta, annoterà nell'ordinanza applicativa, *"quando necessario"*, *"soltanto i brani essenziali"* delle predette intercettazioni (art. 292 comma 2 *quater* c.p.p.).

Brani essenziali: ossia accurata scelta dei dialoghi più probanti, tralasciando il resto.

Torna, ribadito, il criterio della sobrietà nella scelta e nella riproduzione del materiale intercettato tanto nelle richieste del p.m. quanto nelle ordinanze del g.i.p.

Resta da stabilire come il p.m. possa trasmettere al g.i.p. soltanto i *"brani essenziali"* delle conversazioni che, ovviamente, riterrà significativamente probanti.

La legge, al proposito, tace.

Un'indicazione potrebbe cogliersi sempre dalla circolare del CSM che, in simili casi, auspica si ricorra a modalità espositive adeguate che *"non accentuino la lesione della riservatezza dei terzi estranei alle indagini, anche ricorrendo, se ritenuto opportuno e comunque funzionalmente adeguato, ad omettere riferimenti a cose o persone, se non strettamente necessari"* ¹⁵.

Resta, comunque sia, pur sempre da considerare che l'estrapolazione di singole frasi da una intera conversazione può comportare l'opposto rischio di un'alterazione del senso della stessa frase ¹⁶.

Comunque sia, la procedura di scelta delle intercettazioni da allegare alla richiesta cautelare e dell'indicazione soltanto dei *"brani essenziali"* equivale ad una maggior responsabilizzazione del ruolo dell'inquirente per sottoporre al vaglio del giudicante un materiale intelligentemente selezionato.

Sarà probabilmente necessario cambiare qualche patologica prassi operativa, senza più trasferire integralmente nella richiesta di misura cautelare il materiale raccolto nella informativa conclusiva della p.g.

Tra altro, potrebbe diventare buona norma per il p.m. formare e trasmettere al giudice anche l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, onde consentirgli di provvedere all'esclusione officiosa di quelle non rilevanti o non utilizzabili.

Sarà anche utile che questa sobrietà contenutistica diventi pure patrimonio della polizia giudiziaria, alla quale si dovrà chiedere di facilitare il compito del p.m., trascrivendo, ove ovviamente possibile, soltanto i brani essenziali, magari evidenziandone la rilevanza.

Anzi, si potrebbe disporre che la p.g. rediga un'annotazione dedicata all'elenco delle conversazioni e comunicazioni rilevanti da inserire nella richiesta cautelare, riportando i brani essenziali.

Da segnalare che, mentre il p.m. dovrà selezionare le intercettazioni rilevanti per ottenere la misura cautelare, al contrario dovrà trasmettere al giudice qualsiasi registrazione che possa dimostrarsi astrattamente favorevole all'indagato, secondo il disposto di cui all'art. 291, comma 1, ultima parte c.p.p.

¹⁵ Circolare CSM, pag.15.

¹⁶ A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 7.

Secondo una prospettiva realistica, l'elaborazione di una richiesta cautelare avrà sempre logico presupposto nell'istanza di ritardare il deposito ai difensori dei verbali e delle registrazioni (art.268, comma 5 c.p.p.).

Altrettanto realisticamente, mentre è in corso la redazione della richiesta cautelare alcune intercettazioni saranno probabilmente già concluse, altre ancora in essere.

Poiché la disciplina prevede che il materiale delle intercettazioni e gli atti relativi siano conservato nell'archivio dedicato una volta concluse le operazioni, il p.m. "recupererà" dall'archivio gli atti e i verbali delle operazioni ormai concluse che intenderà allegare alla richiesta cautelare; diversamente per quelle ancora in corso e che intenderà utilizzare.

A sua volta il g.i.p. è chiamato a valutare la selezione del materiale inerente alle intercettazioni trasmesso dal p.m.

E', infatti, previsto che il giudice debba stabilire quali conversazioni e comunicazioni utilizzare, ritenendole rilevanti, per l'adozione della misura cautelare, poi inserendo nel provvedimento soltanto i "brani essenziali", e posto che l'art.92, comma 1 *bis* disp.att. c.p.p. prevede che siano "...restituiti al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio..., gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili".

È evidente, quindi, che, pur senza prevederlo espressamente, si attribuisce al giudice anche il dovere di vagliare le intercettazioni, escludendo quelle irrilevanti o non utilizzabili¹⁷.

Plausibile ritenere che il g.i.p., esprimendosi sulla rilevanza delle intercettazioni, le acquisisca al procedimento "in audita altera parte" (in questo caso il difensore; su questo v.*infra*)

Pertanto, adottata la misura cautelare, sia le registrazioni (e i flussi comunicativi informatici) i cui brani siano stati effettivamente utilizzati in quanto riprodotti nel testo dell'ordinanza cautelare sia anche quelle oggetto di trasmissione ai sensi dell'art. 291, comma 1, c.p.p. e che il giudice non abbia espressamente estromesso, ordinandone la restituzione ai sensi dell'art. 92, comma 1 *bis*, disp. att. c.p.p., possono ritenersi fin da quel momento acquisite agli atti.

Occorre, però, essere chiari: l'acquisizione in sede cautelare lascia sempre aperta la strada all'applicazione della procedura prevista ordinariamente per l'acquisizione e lo stralcio delle intercettazioni.

Infatti, salvo che per le intercettazioni propriamente inutilizzabili, sia lo stesso p.m. potrà, in seguito, promuovere la procedura ordinaria per l'acquisizione delle captazioni ritenute non rilevanti dal giudice della misura e di cui lo sviluppo successivo dell'indagine dimostri il contrario sia il difensore avrà diritto di attivare la procedura, non avendo, del resto, potuto interloquire sul tema prima dell'adozione del provvedimento cautelare.

16.3. I diritti della difesa.

Il difensore viene a conoscenza del titolo cautelare ricevendo l'avviso di cui all'art.293 c.p.p.

Il testo originario della riforma riconosceva al difensore, a seguito dell'avviso di deposito dei provvedimenti cautelari e degli atti a supporto, il diritto di esaminare ed estrarre copia dei verbali

¹⁷ Al proposito, si è annotato che il giudice dovrebbe adottare un apposito "provvedimento esclusivo dei progressivi irrilevanti o inutilizzabili, che assumerà la forma del decreto, necessariamente motivato, intervenendo la decisione, a differenza del procedimento in via ordinaria, in assenza di preventivo contraddittorio tra le parti." Pretti "Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni", *ibidem*, pag.205.

delle comunicazioni e conversazioni intercettate e di trasporre su supporto idoneo le relative registrazioni, (art. 293, comma 3, c.p.p.).

Il D.L. n.161/2019 aveva abrogato questa disposizione ponendosi in rotta contraria a quella da tempo seguita dalla giurisprudenza anche costituzionale.

La legge di conversione 28.2.2020 n.7 ha posto rimedio, disponendo all'art.293, comma3 c.p.p. che il difensore ha diritto di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'articolo 291, comma 1 e che ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni.

Inoltre, già quando erano previste queste facoltà alla difesa prima dell'improvvisa abrogazione ad opera del D.L. n.161/2019, qualche autore aveva sostenuto che sebbene il diritto di estrazione di copia e di trasposizione su supporto delle registrazioni riguardava esclusivamente gli atti e le foniae usate dal g.i.p. per l'adozione della misura cautelare, nondimeno ai difensori doveva essere riconosciuto il diritto di accesso a tutti gli atti e a tutte le registrazioni intanto custodite nell'archivio, per prenderne conoscenza¹⁸.

Osservazione interessante, in quanto dall'ascolto integrale delle intercettazioni (sia di quelle che il p.m. ha allegato alla richiesta cautelare e che il g.i.p. non ha ritenuto rilevanti sia di quelle non prese in considerazione redigendo la richiesta) la difesa potrebbe ricavare elementi utili ai propri fini, magari per la proposizione di un'istanza di riesame o per altre richieste da inoltrare direttamente al giudice della cautela.

Resta da verificare come il difensore possa avvalersi di questi "argomenti".

Intanto, occorre valutare la competenza del Tribunale del Riesame che potrebbe essere chiamato dal difensore a esprimersi sulla rilevanza/irrelevanza/inutilizzabilità delle intercettazioni allegate all'ordinanza cautelare.

Si aggiunga che il difensore avrà sempre il diritto di azionare il meccanismo ordinario di acquisizione delle intercettazioni, ossia quello di cui all'art.268, comma 6 c.p.p., nel senso che l'ordinanza cautelare non preclude la procedura di cui all'art.268 c.p.p. (salva l'applicazione, nei termini già esaminati, di quella di cui agli artt.415 bis, comma 2 bis e 454, comma 2 bis c.p.p.).

La difesa, pertanto, potrebbe chiedere al g.i.p. l'acquisizione dei verbali e delle intercettazioni ritenute rilevanti per contrastare anche i presupposti cautelari.

Significa anche che, pur a fronte dell'emissione di un titolo cautelare, sarà sempre consentito ricorrere al giudice per ottenere l'esclusione dei progressivi divenuti, in epoca successiva, irrilevanti.

Discende che non esiste alcun valido argomento per non permettere anche alla difesa di promuovere la procedura per richiedere l'espunzione di intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili oppure per chiedere l'inclusione di ulteriori brani non oggetto di utilizzazione in fase cautelare.

¹⁸ Preti "Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni", in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2018, pag.207.

PARTE TERZA

Il captatore informatico.

17. La multifunzionalità del captatore informatico.

Con la riforma, il Legislatore ha pure inteso disciplinare il ricorso all'uso del captatore informatico per la registrazione dei colloqui, predisponendo una regolamentazione differente rispetto a quella generale.

Per captatore informatico si intende un programma informatico (software) fondato sull'invio, da remoto, di un *virus* capace di installarsi autonomamente su qualsiasi apparecchio, *smartphone*, *tablet*, *computer*, *smart tv* ¹⁹.

L'installazione del *software* (inteso *malware*) avviene tramite l'inoltro di un *sms*, una *mail* o l'aggiornamento di una applicazione sul dispositivo bersaglio. Il *software* è costituito da due moduli principali: il primo (*server*) è un programma di piccole dimensioni che infetta il dispositivo bersaglio; il secondo (*client*) è l'applicativo che il virus usa per controllare detto dispositivo.

Uno strumento tecnologico di questo tipo consente lo svolgimento di varie attività e precisamente:

1. di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia *web mail*, che *out look*);
2. di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi;
3. di mettere in funzione la *web camera*, permettendo di carpire le immagini;
4. di accedere al contenuto dell'*hard disk* e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatica preso di mira;
5. di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*);
6. di sfuggire agli *antivirus* in commercio.

Nell'ambito dell'attività di accesso al contenuto dell'*hard disk* il captatore consente:

- di acquisire i contatti della rubrica telefonica,
- di acquisire le comunicazioni e conversazioni intrattenute mediante applicazioni di *instant messaging* (quali ad esempio whatsapp, telegram, facebook messenger o simili),
- di intercettare il traffico email,
- di estrapolare copia del contenuto delle memorie di massa o rimovibili aggiuntive,
- di geolocalizzare il dispositivo sfruttando il sistema g.p.s.

I dati così raccolti sono trasmessi, per mezzo della rete *internet*, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.

In ragione di queste multiformi prestazioni, il captatore informatico è stato intelligentemente definito un *congegno bulimico*²⁰ che permette di gestire, in un centro remoto di comando e

¹⁹ Il termine "captatore informatico" fu utilizzato dalla giurisprudenza (Sez. 5, n. 16556 del 14/10/2009, dep. 2010, Virruso, Rv. 246954) la quale, lo definisce pure "agente intrusore" (Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015, Musumeci, Rv. 265654).

controllo, non solo l'intercettazione dei dialoghi, dei suoni e delle immagini prelevandoli dal dispositivo – spegnendo e accendendo, all'occorrenza, microfono e *webcam* – ma anche di eseguirne l'ispezione e la perquisizione (eventualmente pure acquisendone i contenuti).

E, proprio per questo, da tempo le tecniche investigative hanno fatto ricorso al captatore, pronte a sfruttarne le multiformi prestazioni.

Parimenti, in mancanza di una disciplina normativa dedicata a *tipicizzare* le prestazioni del captatore e a regolarne l'uso, gli operatori del diritto hanno non poco faticato a ricondurre ciascuna delle varie funzioni a quelle tipologie di mezzi di ricerca della prova ora tipici, ora atipici (facendo così riferimento agli istituti delle ispezioni, delle perquisizioni, delle intercettazioni e delle cd. "prove atipiche" di cui all'art. 189 c.p.p.), mentre, da più parti, si sollecitava l'intervento del Legislatore per disciplinare i casi, i modi e i limiti del ricorso a questo strumento tecnologico, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali, valutando l'indiscutibile capacità invasiva del captatore capace di costituire un "attentato" all'onnicomprendente diritto alla riservatezza²¹.

Non per nulla si è sostenuto che ascoltare e leggere uno *smartphone* rasenta il controllo psichico²².

Di conseguenza si sono susseguite più proposte normative per regolare la materia, seppur non organicamente²³.

Nel frattempo anche la giurisprudenza ha dovuto confrontarsi con questo strumento investigativo e di uso multiforme, con alterne pronunce in merito all'ammissibilità, soprattutto, della funzione di

²¹ L'espressione è di L. Filippi, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in *Il penalista*, n. 6 settembre 2016.

²² Palmieri *"La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali"* Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni" in *Diritto Penale Contemporaneo* n. 1/2018, pagg. 60 ss.

²³ A. Gaito-S. Furlaro, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in A.A. V.V., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, p. 364, il quale rileva che "nulla sfugge al controllo, e dal telefono all'intimità quotidiana, dalla corrispondenza alla rete fino alla messaggistica di WhatsApp e Blackberry tutto è ormai tecnicamente intercettabile: parole, suoni, gesti e, conseguentemente, opinioni e pensieri prima di azioni e condotte concrete".

²⁴ Nel corso dei lavori parlamentari per la conversione del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale", convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, era stata proposta una modifica dell'art. 266-bis cod. proc. pen., inserendo le parole «anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico». Successivamente, era stato presentato un emendamento che mirava a circoscrivere l'area operativa del nuovo strumento alle indagini per i delitti di cui agli artt. 270-bis, 270 - ter, 270 -quater e 270-quinquies del codice penale commessi con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies. Successivamente, in data 2 dicembre 2015, è stata depositata la proposta di legge C. 3470, intitolata "Modifica all'articolo 266-bis del codice di procedura penale, in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche". In data 20 aprile 2016 è stata depositata la proposta di legge C. 3762, intitolata «Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici». La relazione di accompagnamento, dopo aver definito "captatore legale" il programma informatico da utilizzare nelle indagini, illustra, sul piano metodologico, le varie attività che il programma informatico consente, le quali sono distinte e ricondono all'istituto tipico al quale sono più assimilabili. In particolare, l'art. 1 prevede la possibilità di procedere, tramite captatori legali, a perquisizioni a distanza, nei soli casi in cui si procede per i reati di cui all'art. 51, comma 3-bis, 3 -quater e 3 -quinquies, cod. proc. pen., all'art. 407, comma 2, cod. proc. pen. e ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. L'art. 2 disciplina il sequestro da remoto dei dati «diversi da quelli relativi al traffico telefonico o telematico», limitatamente ai reati dapprima indicati. L'art. 3 modifica l'art. 266-bis cod. proc. pen., disciplinando l'uso del captatori legali per compiere l'intercettazione di flussi di dati e per la localizzazione geografica del dispositivo. L'art. 4 prevede il carattere residuale e sussidiario dei nuovi mezzi investigativi. L'art. 5 modifica l'art. 268 cod. proc. pen., statuendo che i dati informatici acquisiti siano conservati con modalità tali da assicurare l'integrità e l'immodificabilità dei dati raccolti e la loro conformità all'originale. L'art. 6 aggiunge il nuovo art. 89-bis al d.lgs. n. 271 del 1989 indicando i contenuti del decreto ministeriale sulle caratteristiche tecniche dei captatori. L'art. 7 modifica l'art. 226 d.lgs. n. 271 del 1989 adeguando la disciplina delle intercettazioni preventive al nuovo strumento di captazione.

intercettazione di dialoghi tra presenti, da ultimo stimolando l'intervento delle SSUU (sent. 28.4.2016, Scurato).

Come noto, questa sentenza delle SSUU ha avuto vasta eco.

Occorre, però, chiarire che lo scrutinio di legittimità ha riguardato **soltanto una** delle tante **potenzialità** del captatore informatico, ossia quella di essere in grado di registrare i dialoghi tra presenti attivando la funzione microfono del dispositivo in cui è stato inoculato.

Come noto, utilizzando il captatore inoculato su un telefono cellulare, un *tablet* o un PC portatile, è possibile anche cogliere i dialoghi tra presenti ed in tal caso le intercettazioni diventano **"ambientali"**.

In quanto questi apparati (ossia il telefono cellulare, il *tablet* ed anche un *notebook*) sono oggetti che accompagnano ogni nostro movimento e ci seguono in ogni luogo, trasformandosi col captatore in mezzi di intercettazione, quest'ultima può avvenire ovunque, anche, pertanto, nel **domicilio**.

Da qui, il quesito se l'intercettazione fosse ammissibile ovunque, anche nel domicilio, ovvero fosse da ritenersi presupposto indispensabile per la legittimità di tale mezzo investigativo e, conseguentemente, per la utilizzabilità dell'esito delle intercettazioni, l'individuazione - e la relativa indicazione nel provvedimento che autorizza l'attività di captazione - del "luogo" nel cui ambito deve essere svolta la intercettazione di comunicazioni tra presenti oggetto della previsione dell'art. 266, secondo comma c.p.p.

All'interrogativo la sentenza Musumeci (Cass. Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015) diede risposta affermativa, muovendo dal presupposto che dalla formulazione dell'art. 266, comma 2 c.p.p., laddove è prevista l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, deriverebbe l'obbligo della precisazione, nel decreto di autorizzazione, del luogo nel quale sono consentite le captazioni²⁴.

Dunque, le SSUU erano chiamate a rispondere al seguente il quesito:

"Se - anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, sia consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un captatore informatico' in dispositivi elettronici portatili ".

E' noto che le SSUU hanno stabilito che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico, il quale segue i movimenti nello spazio dell'utilizzatore di un dispositivo elettronico (*smartphone, tablet, PC portatile*), è consentita esclusivamente nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, per i quali trova applicazione la disciplina di cui all'art. 13 D.L. n. 151/991, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che siano sede di attività criminosa in atto (SS. UU., sent.n. 26889, 28/4/2016, Scurato).

Dunque, la sentenza si riferisce, in via esclusiva, alle "intercettazioni tra presenti".

Con la conseguenza che le SSUU non solo non hanno escluso la legittimità dell'uso di tale strumento captativo per le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora dove si stia

²⁴ Detta interpretazione della norma codicistica, secondo la sentenza Musumeci, sarebbe l'unica compatibile con il dettato dell'art. 15 Cost.; imponendosi, ai fini della piena tutela della libertà di comunicare, una lettura rigorosa delle disposizioni che legittimano la compressione di tale diritto della persona: l'intercettazione ambientale, pertanto, dovrebbe avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* nel provvedimento di autorizzazione, non potendo essere permessa in qualunque posto si trovi il soggetto. La specificazione dei luoghi non costituirebbe, cioè, «una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova», ma una tecnica di captazione, con specifiche peculiarità, in grado di attribuire maggiore potenzialità all'intercettazione, dal momento che consente la possibilità di «captare conversazioni tra presenti non solo in una pluralità di luoghi, a seconda degli spostamenti del soggetto, ma [...] senza limitazione di luoghi».

svolgendo l'attività criminosa, ma soprattutto, non l'hanno esclusa per le ulteriori forme di intercettazione, tra cui quelle telematiche ex art. 266 bis, c.p.p.

18. L'intervento della riforma; le previsioni della legge n.3/2019; l'attuale disciplina e l'estensione agli incaricati di pubblico servizio.

Così premesso, con il Decreto Legislativo n.216/2017 si è inteso regolare espressamente il caso del ricorso all'uso del captatore informatico per registrare i **dialoghi tra presenti**.

Il nuovo testo dell'art. 266, comma 2, prima parte c.p.p. stabilisce che

“Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile”.

La legge disciplina esclusivamente le intercettazioni tramite captatore informatico di conversazioni tra presenti su **dispositivi mobili**, le quali, tuttavia, per quanto rilevato, sono solo uno dei possibili utilizzi di tale strumento²⁵.

Il Decreto Legislativo, pertanto, **non** disciplina la altre potenzialità del captatore, quali l'acquisizione di dati preesistenti sugli apparecchi portatili.

Soprattutto la riforma non dedica alcuna norma specifica alle attività di intercettazione che possono essere riguardare apparecchi non portatili, quali, ad esempio il computer fisso o la smart tv e che possono essere eseguite anche mediante l'uso del captatore.

In questi casi troveranno applicazione le disposizioni che disciplinano le intercettazioni in generale, posto che l'attivazione del microfono di un dispositivo fisso eseguita mediante il captatore non influisce sulla sicura determinabilità del luogo in cui avvengono le registrazioni.

Riassumendo e tenuto conto che le intercettazioni mediante captatore informatico devono considerarsi intercettazioni tra presenti, troverà applicazione la relativa disciplina, ossia:

- sono sempre consentite nei luoghi diversi da quelli di privata dimora, di cui all'art. 614 c.p.
- se si svolgano nei luoghi di privata dimora, di cui all'art. 614 c.p., possono essere autorizzate dal Giudice soltanto se sussista il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, tranne che
 - > per i delitti di c.d. criminalità organizzata di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., poiché il nuovo art. 266, comma 2 *bis* c.p.p. prevede che per questi delitti l'intercettazione per mezzo del captatore informatico è sempre consentita, anche se abbia luogo nel domicilio e senza la necessità che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Un breve capitolo a parte meritano i **delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni**.

La riforma sulle intercettazioni prevede che per questi delitti sia applicabile la clausola derogatoria dell'art.13 D.L. 13 maggio 1991, n. 152.

²⁵ “La scelta è stata in parte imposta dalla circostanza che proprio in riferimento a tale utilizzo del cd. agente intrusore (che consente intercettazioni ubiquitarie ovvero che si spostano di luogo in luogo seguendo il possessore del dispositivo target oggetto di intercettazione) si sono posti, nella prassi, i maggiori interrogativi di compatibilità dello strumento tecnico investigativo con la disciplina relativa alle intercettazioni tra presenti, alla luce della necessità, più volte riaffermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, di preventiva individuazione, in seno al decreto autorizzativo, dei luoghi in cui possano avvenire le operazioni”. Da “Linee guida...” adottate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

Infatti, si stabilisce che

"Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni ... si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n.203" (art.6, comma 1 D.Lvo n.216/2017).

Significa che l'intercettazione avrà durata pari a 40 giorni e sarà prorogabile per periodi di 20 giorni e che per dare avvio alle intercettazioni non si esige l'esistenza dei *"gravi indizi di reato"* (art.267, comma 1 c.p.p.), bastando i *"sufficienti indizi"* (art.13 D.L. n.152/1991).

Dall'altro lato, però, con l'ormai abrogato art.6, comma 2 D.lgsvo n.216/2017, si precisava che *"L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa"* (art.6, comma 2 D.lgsvo n.216/2017).

Dunque, per i delitti dei pp.uu. contro la p.a., purché puniti con pena edittale non inferiore ad anni 5 di reclusione, la riforma in tema di intercettazioni prevedeva che si procedesse anche soltanto in presenza di indizi sufficienti e che il termine di durata delle operazioni di registrazione fosse quello stabilito per i delitti di *"criminalità organizzata"*.

Tuttavia, l'originario testo di legge non permetteva che l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti nel domicilio si eseguissero ricorrendo al captatore informatico se non vi fosse motivo di ritenere che lì sia in corso l'attività criminosa.

Di rilievo notare che per quanto riguarda i delitti dei pp.uu. contro la p.a. si è ricorsi a una formula diversa, prevedendo che esista soltanto il *"motivo"* e non il *"fondato motivo"* come richiesto per gli altri reati dall'art.266, comma 2 c.p.p.

Ne era risultato, in sostanza, un *tertium genus* di disciplina, intermedio rispetto alle intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora effettuate con captatore informatico ex art. 13 D.L. n. 152/1991, in forza del quale, nei procedimenti per i delitti dei pp.uu. contro la p.a., si manteneva il requisito generale della sussistenza di attività criminosa *in fieri*, non richiesto per i reati di criminalità organizzata.

Ma questa disciplina ha avuto una breve durata.

19. La legge n.3/2019 di riforma dei reati contro la p.a.

Il quadro normativo è stato ancora riformato con la legge n. 3/2019, di contrasto al fenomeno della corruzione, in particolare intervenendo sulla disciplina dell'utilizzo del captatore informatico.

Da un lato, dal 31 gennaio 2019 si è resa operativa la disciplina del captatore informatico sui dispositivi mobili (già prevista nel D. Lvo n. 216/2017 ma con efficacia sospesa) per i reati di cui agli articoli 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p.; dall'altro lato, si è estesa tale disciplina proprio ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, derogando alla precedente previsione che consentiva, per tali ultimi reati, l'utilizzo del captatore informatico nei luoghi privati solo quando si avesse motivo di ritenere che ivi si stesse svolgendo l'attività criminosa.

Abrogando l'art.6, comma 2 D.Lvo n. 216/2017, intervenendo sugli artt. 266, comma 2 bis e 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p., è stata estesa anche ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la disciplina derogatoria dei reati di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p.

Dunque, per tali reati è "sempre" consentito l'inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile [articolo 266, comma 2 bis, c.p.p.] anche senza la previa predeterminazione da parte del giudice, in sede di autorizzazione, dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono [articolo 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p.].

In altri termini, qualora si proceda per uno dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni:

- 1) le intercettazioni saranno disposte anche soltanto in presenza di sufficienti indizi di reato;
- 2) avranno durata di 40 gg. (con proroghe di 20);
- 3) l'intercettazione tra presenti nei luoghi di cui all'art.614 c.p. sarà ammessa anche senza la necessità del fondato motivo di ritenere che ivi sia in essere l'attività criminosa;
- 4) si potrà ricorrere all'uso del captatore informatico da inserire nei dispositivi mobili senza necessità che il decreto autorizzativo indichi "i luoghi ed il tempo" in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

20. L'estensione della disciplina agli incaricati di pubblico servizio.

Il D.L.n.161/2019 completa il percorso di sostanziale parificazione ai delitti di criminalità organizzata, estendendo agli incaricati di pubblico servizio le previsioni già adottate nei confronti dei pubblici ufficiali dalla legge n. 3/2019 di riforma dei reati contro la p.a.²⁶

L'art. 4 del D.L. modifica l'art. 6 del D.Lvo n.216/2017 e l'attuale testo risulta il seguente: «*Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge n. 152/1991 convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203*».

Analoga interpolazione è intervenuta nel testo dell'art. 266, comma 2 bis c.p.p.: «*L'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 5-bis e 3-quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4*».

Parimenti, si integra in questi termini l'art. 267 c.p.p.: «*Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le*

²⁶ Gli incaricati di pubblico servizio sono definiti dall'art. 358 c.p., Secondo l'evoluzione interpretativa la nozione di incaricato di servizio pubblico è dinamica, non tanto esigendosi che l'incaricato del servizio sia organico nella p.a., quanto valutandone la funzione: «*Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale*». Una categoria residuale rispetto a quella generale di cui all'art. 357 c.p., comprensiva di soggetti che, pur non svolgendo attività esclusivamente materiali, sono privi di poteri deliberativi, autoritativi o certificativi.

ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51 ... e dai 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'articolo 4 i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono».

Poiché nell'art. 267 c.p.p. il comma 2 *bis* richiama il comma 2, appare fondato ritenere che, nei casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre l'intercettazione tra presenti mediante *trojan* non soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., ma anche per nei casi dei delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio.

In sede di conversione in legge del D.L. n.161/2019 si è, ancora una volta, modificata la disciplina dell'intercettazione ambientale su dispositivo portatile in presenza di delitti contro la p.a. commessi dai pp.uu. o dagli incaricati di pubblico servizio.

Si è, infatti, rivisitato l'art.266, comma 2 *bis* c.p.p. in questi termini:

"2-bis. L'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, e, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art.614 del codice penale, 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.»

21. Presupposti e forme per l'uso del captatore informatico (art 267 c.p.p.).

La riforma e pure il D.L. n.161/2019 hanno modificato l'art. 267 c.p.p. quanto ai decreti di autorizzazione delle intercettazioni mediante uso del captatore informatico su dispositivi portatili, disponendo una serie di condizioni ulteriori rispetto a quelle normalmente richieste per le normali intercettazioni tra presenti.

Infatti, l'attuale art. 267 c.p.p. richiede che, nel caso di ricorso al captatore per le intercettazioni su dispositivi portatili (e, dunque, non negli altri casi), il decreto autorizzativo indichi:

1. *"...le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini..."*;
2. *"...nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater e dai 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'articolo 4, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono"*.

Per tutti i reati (anche quelli di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e quelli dei pp.uu. e degli incaricati di pubblico servizio contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione) è richiesto un ulteriore sforzo motivazionale, dovendo il decreto autorizzativo indicare le specifiche ragioni che rendano necessaria il ricorso al captatore informatico per la riuscita dell'operazione di intercettazione.

Per i soli reati diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e da quelli dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione, il decreto autorizzativo deve indicare anche i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Dunque, eccetto per i delitti ex art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. quelli dei pp.uu. e incaricati di pp.ss. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione, per i quali l'intercettazione mediante captatore è sempre ammessa su dispositivi mobili in qualunque luogo ed in qualunque tempo senza limitazioni e non è necessaria la specificazione nel decreto dei luoghi e del tempo in cui è ammessa l'attivazione del microfono, per i restanti reati l'intercettazione tramite captatore, a pena di inutilizzabilità ai sensi dell'art. 271, comma 1 c.p.p., presuppone che nel decreto autorizzativo si indichino i luoghi ed il tempo in cui è possibile "accendere" ed utilizzare il captatore informatico.

Si tratta di norma di non sempre agevole applicazione sia per la mancanza di parametri oggettivi sia per le difficoltà di poter indicare preventivamente dove e quando si eseguirà, seppure il testo della riforma, consapevole di tali difficoltà, abbia preveduto che l'indicazione "dei luoghi e del tempo" possa avvenire "anche indirettamente".

La previsione introduce un sistema in molti casi profondamente diverso dalle intercettazioni, telefoniche o tra presenti di tipo tradizionale, nelle quali gli ascolti si susseguono senza soluzione di continuità (salvo casi particolari) per tutto l'arco temporale consentito, poiché nelle intercettazioni mediante agente "intrusore", fissata la durata complessiva delle operazioni, gli ascolti avverranno in ragione di specifiche occasioni preventivamente determinate²⁷.

Un commento a parte, anche in questo caso, meritano i delitti dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni di reclusione.

La legge n.3/2019 di riforma dei delitti contro la p.a. è intervenuta non solo sul disposto dell'art.266, comma 2 *bis* c.p.p., ma anche su quello dell'art.267, comma 1, terzo periodo c.p.p., estendendo anche ai reati contro la p.a., puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la clausola derogatoria prevista per reati di cui all'articolo 51, commi 5 *bis* e 3 *quater* c.p.p.

Con l'attuale disciplina, pertanto, per i reati contro la p.a. in questione è consentito l'inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile anche senza la previa determinazione da parte del giudice, in sede di autorizzazione, dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono [artt. 266, comma 2 *bis* e 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p.]²⁸.

²⁷ "In molti casi la determinazione del tempo di attivazione del microfono nel decreto autorizzativo costituirà elemento strettamente ed inevitabilmente connesso anche ai luoghi di attivazione determinati dal decreto in dipendenza ai contatti ed agli incontri degli indagati in relazione alla commissione dei reati. Si pensi alla seduta riservata di una gara pubblica che si terrà indifferibilmente dalle ore 14 alle ore 17: in tal caso il Giudice potrà, ed anzi dovrà, autorizzare la captazione limitatamente a tale intervallo temporale, ferma restando la possibilità di indicare i termini anche indirettamente, per esempio...con riferimento al momento (e al luogo) in cui almeno due degli indagati si siano incontrati ed abbiano iniziato a discutere dell'attività illecita...", da "Linee guida..." adottate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

²⁸ Come annota il Procuratore della Repubblica di Bologna "Per l'effetto di quanto detto: i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di che trattasi finiscono con l'avere — rispetto all'utilizzo del trojan — un regime di applicabilità dello strumento delle intercettazioni finanche più ampio rispetto a quello ordinariamente previsto per i reati di criminalità organizzata di cui all'articolo 13 del decreto legge 1991 n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991 n. 203 che non siano ricompresi tra quelli di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* del Cp [cui pure sono assimilati ex articolo 6, comma 1, del decreto legislativo n. 216 del 2017, quanto al compendio indiziario legittimante il ricorso allo strumento intercettativo e quanto ai presupposti per poter

22. Il decreto d'urgenza (art.267, comma 2 bis c.p.p.).

Il testo di riforma limitava l'adozione del decreto di urgenza, in caso di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico su dispositivo portatile, ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

Il D.L.n.161/2019 interviene sul comma 2 bis dell'art.267 c.p.p. estendendo la possibilità del decreto d'urgenza anche ai delitti dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a anni 5.

Comunque sia, la limitazione a queste fattispecie appare quantomeno irragionevole, posto che sui presupposti dell'intercettazione d'urgenza opera pur sempre il controllo successivo del g.i.p. in sede di convalida.

Inoltre, nei casi in cui sia ammissibile la procedura d'urgenza, il p.m. dovrà indicare, oltre a quanto previsto dall'art.267, comma 1 secondo periodo c.p.p., anche *"le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del Giudice"*.

Requisito in termini lessicali in parte diversi e apparentemente più gravosi rispetto alla condizione per procedere con decreto d'urgenza negli altri casi d'intercettazione (e di cui all'art.267, comma 2 c.p.p.). Infatti, nel caso d'intercettazioni diverse da quelle con captatore informatico su dispositivo portatile, il decreto d'urgenza richiede che vi sia il *"fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini"* mentre, nel caso di intercettazione con captatore per il p.m. dovranno sussistere ragioni d'urgenza tali da rendere *"impossibile attendere il provvedimento del giudice"*.

Nella pratica, però, è auspicabile che i tratti di diversità sfumino.

23. L'esecuzione delle operazioni di intercettazione (art 268 comma 3 bis c.p.p.).

Come noto, le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale in cui è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle conversazioni (art.268, comma 1 c.p.p.).

Come già esaminato, D.L. n.161/2019 ha abrogato l'originario testo della riforma e il nuovo art.268, comma 2 c.p.p. prevede esclusivamente che il p.m. *"dà indicazioni e vigila affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati*

disporre le intercettazioni ambientali: come si è visto, gli indizi di reato richiesti per poter disporre le intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni non devono essere più "gravi", come ordinariamente previsto dall'articolo 267, comma 1, del Cpp, ma bastano indizi "sufficienti"; mentre, nel caso di intercettazioni ambientali da svolgere nei luoghi indicati dall'articolo 614 del Cp, queste possono essere eseguite, diversamente da quanto ordinariamente disposto dal comma 2 dell'articolo 266 del Cpp, anche se non vi è il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa]. Infatti, l'intercettazione mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile, è sempre consentita [solo] quando si procede per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del Cpp e, ora, quando si procede per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni [articolo 266, comma 2 bis, del Cpp]. Per gli altri reati di criminalità organizzata non ricompresi nell'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del Cpp [ad esempio, secondo le puntualizzazioni offerte dalla sentenza delle Sezioni unite 28 aprile 2016, Sez. I, "quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere ex articolo 416 del Cp, correlata alle attività più diverse, con esclusione del mero concorso di persone"] le intercettazioni tramite captatore informatico possono essere eseguite, ma, qualora avvengano nei luoghi di cui all'articolo 614 del Cp, è necessario che il decreto di autorizzazione indichi "i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono" [articolo 267, comma 1, ultimo periodo, del Cpp]". Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna: " Legge 9 gennaio 2019 n. 3. Profili di interesse per Ufficio del PM" 17.1.2019.

personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini.”.

Eguale, il D.L. n.161/2019 ha abrogato il comma 2 ter e ha riformulato i commi 4,5,6,7, e 8 dell'art.268 c.p.p. nei termini già visti, nonché ha pure abrogato gli artt. 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater*.

Sul versante dell'uso del captatore informatico per intercettazioni tra presenti su dispositivo portatile, la riforma ha modificato l'art. 268, comma 3 *bis* c.p.p. prescrivendo che per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni “...l'ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi di persone idonee di cui all'articolo 348, comma 4.”. Si tratta della possibilità di avvalersi dei tecnici delle società private che gestiscono il servizio d'intercettazione fornendo le apparecchiature necessarie e il programma del captatore e che collaboreranno con la Polizia Giudiziaria nella complessa fase di inoculazione (e successivamente anche di disattivazione) del virus all'interno del bersaglio elettronico portatile (art.268, comma 3 *bis*, prima parte c.p.p.).

24. Sintesi dei presupposti per ricorrere all'intercettazione con captatore informatico.

Si possono come di seguito schematizzare i presupposti e i limiti per lo svolgimento di attività di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico sia su dispositivi mobili che fissi.

Luogo NON di privata dimora e captatore informatico su dispositivi fissi o portatili.

L'intercettazione tra presenti nei luoghi NON di privata dimora per tutti i delitti (per i quali siano possibili le intercettazioni tra presenti) senza alcuna distinzione:

- si potrà effettuare a mezzo di captatore informatico installato su dispositivi, siano essi “fissi” che “portatili” (art. 266 c. 2 c.p.p.)

Luogo di privata dimora e captatore informatico su dispositivi fissi.

a) L'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per i delitti cd. comuni (ovvero tutti i delitti per cui sono possibili le intercettazioni ma NON rientranti in quelli dei pp.uu. e incaricati di pp.ss. contro la p.a., se puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni di reclusione, né in quelli di criminalità organizzata cd. comune, né in quelli di cui all'art.51 , commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.):

- può essere eseguita, utilizzando le tradizionali forme captative mediante sonde o microspie o anche il captatore informatico da collocare fisicamente nei luoghi da monitorare e questo anche se tali mezzi di captazione siano collocati su apparecchi audio-video (es. *smart-tv*) e/o su apparecchi informatici (computer Desktop, cd. computer fissi) “...solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa” (art. 266 c. 2 ultima parte c.p.p.).

b) Invece, l'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per

- i delitti dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni;
- i delitti di criminalità organizzata cd. comune (non rientranti nei casi di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.);
- i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

può essere liberamente eseguita, utilizzando le tradizionali forme captative mediante sonde e microspie o anche il captatore informatico da collocare fisicamente nei luoghi da monitorare e questo pure se tali mezzi di captazione siano collocati su apparecchi audio-video o su apparecchi informatici anche "...se non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266 c. 2 c.p.p. e art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

Luogo privata dimora e captatore informatico su dispositivi portatili.

- a) L'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per i delitti ed. comuni (ovvero tutti i delitti per cui sono possibili le intercettazioni ma NON rientranti in quelli dei pp.uu. e degli incaricati di p.p.ss. contro la p.a., puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni, né in quelli di criminalità organizzata ed. comune, né in quelli di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.):
- può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile "...solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266 c. 2 ultima parte c.p.p.).
- b) L'intercettazione tra presenti, nei luoghi di privata dimora, per i delitti di criminalità organizzata ed. comune (non rientranti nei casi di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.):
- può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile, limitatamente alla sussistenza di "fondati motivi" di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266, comma 2 c.p.p., art. 13 d.l. n.152/1991).
- c) L'intercettazione tra presenti, nei luoghi di privata dimora per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. e per i delitti dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. se puniti con pena nel massimo non inferiore a 5 anni di reclusione:
- può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile nei luoghi di privata dimora, anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa;
 - inoltre per i delitti dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. se puniti con pena nel massimo non inferiore a 5 anni di reclusione, occorre anche indicare le ragioni per cui si procede nei luoghi di cui all'art.614 c.p.

25. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni attraverso captatore informatico su dispositivi mobili per i reati non compresi nel decreto di autorizzazione (art 270 comma 1 bis c.p.p.).

Come noto l'art.270 c.p.p. ha stabilito il principio della possibilità di *esportare* i risultati delle intercettazioni dal procedimento d'origine ad un altro, purché quest'ultimo tratti di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e le intercettazioni risultino indispensabili per provarli (*v.infra*).

Il testo originario della riforma interveniva prevedendo un ulteriore limite all'uso delle intercettazioni tra presenti effettuate tramite captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile.

Ed infatti era inserito l'art.270, comma 1 *bis* c.p.p. col quale si disponeva che i risultati di tali intercettazioni: *"non possono essere utilizzati per la prova di reati 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"*.

Si trattava, pertanto, di un limite che non solo riguardava altri, diversi procedimenti, ma che operava anche all'interno dello stesso procedimento nel quale erano state autorizzate le intercettazioni mediante captatore su dispositivi mobili: se in quel procedimento, a seguito delle intercettazioni, emergevano altri reati, diversi da quelli per accertare i quali le registrazioni erano state autorizzate, i risultati non avrebbero potuto essere utili per tali diversi reati, tranne che si trattasse di reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e che i risultati delle intercettazioni fossero indispensabili per provarli.

Il D.L. n.161/2019 rivede anche questo aspetto della riforma.

Il nuovo comma 1 *bis* dell'art.270 c.p.p. stabilisce che

"...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, se compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma 2-bis."

Dunque, le registrazioni in questione potranno essere usate anche per la prova di reati diversi da quelli per cui l'intercettazione era stata ammessa, **purché**

- rientrano tra i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater e 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'articolo 4 (artt.270, comma 1 *bis* e 266, comma 2 *bis* c.p.p.);
- sia indispensabile usare le intercettazioni per la prova dei reati.

Ovviamente questo nuovo divieto va ad aggiungersi, affiancandolo, a quello già previsto e relativo all'uso delle intercettazioni in procedimenti diversi (di cui *infra*).

26. Le disposizioni di cui all'art.89 disp.att.c.p.p. dedicate al captatore informatico.

Il D.L.n.161/2019 ha riscritto (in neretto le modifiche della legge di conversione 28.2.2020 n.7), in buona parte però riproponendolo, il testo dell'art.89 disp.att.c.p.p. in questi termini:

"1. Il verbale delle operazioni previsto dall'articolo 268 comma 1 del codice contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni. Quando si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il verbale indica il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni.

2. Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili devono essere impiegati programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia.

3. Nei casi previsti dal comma 2 le comunicazioni intercettate sono conferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della

rete di trasmissione, esclusivamente negli impianti della Procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso.

4. Quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice dà atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate.

5. Al termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee di cui all'articolo 348 del codice, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi. Dell'operazione si dà atto nel verbale.”.

Secondo la costante giurisprudenza, in applicazione del **principio di tassatività**, l'inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 89 disp. att. c.p.p., **non** espressamente richiamate dall'art. 271 c.p.p., **non** determina l'inutilizzabilità degli esiti dell'attività captativa legittimamente disposta ed eseguita.

Tuttavia, non è mancato chi ha osservato, a seguito della riforma, che “ *Ora si dovranno meglio rivedere sia il ruolo delle disposizioni di attuazione che gli effetti della eventuale violazione delle regole concernenti il ricorso al captatore informatico per il quale sono previste specifiche prescrizioni, che vanno dalla indicazione nel verbale del tipo di programma impiegato...al ricorso a programmi conformi a requisiti tecnici indicati dal Ministero...al trasferimento delle comunicazioni esclusivamente verso gli impianti della Procura...alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi... Cambia in sostanza la strutturale dimensione intercettativa, non rapportata tuttavia a regole confortate da sanzioni, non essendo stato aggiornato l'art. 271 comma 1 c.p.p. nel rinvio a nuove previsioni quali ad esempio quelle dell'art. 268 commi 3 bis e 4 c.p.p., né appunto alle nuove disposizioni di attuazione* ”²⁹.

Queste osservazioni sono tutt'ora valide, posto che il testo dell'art.89 disp.att.c.p.p. come innovato dal DL n.161/2019 (come anche modificato dalla legge di conversione n.7/2020), quando si ricorra all'intercettazione tra presenti mediante inserimento del captatore in dispositivi mobili, stabilisce che:

- il verbale indichi il tipo di programma impiegato (c.1)
- per installare e attivare la registrazione si possono impiegare solo programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale (c.2)
- il conferimento delle intercettazioni, accertata l'affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente negli impianti della Procura, con controlli tali da assicurare la corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasferito (c.3)
- in caso sia impossibile il trasferimento contestuale, il verbale di cui all'art.268, comma 1 c.p.p. (ossia quello delle registrazioni e operazioni) darà atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate (c.4)
- finite le operazioni, il captatore deve essere disattivato in modo tale da non poter essere più utilizzabile (c. 5).

²⁹ Novella Galantini, “*Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*” in Diritto Penale Contemporaneo.

Intanto, in esecuzione del nuovo disposto dell'art.89 disp.att.c.p.p., l'art.2, commi 3 e 4 del D.L. n.161/2019, come già l'art. 7 D.Lvo 216/2017, prevede che il Ministro della Giustizia con decreto stabilisca i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile e che tali requisiti tecnici siano stabiliti secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limitino all'esecuzione delle operazioni autorizzate.

La previsione contiene insidie, in quanto condiziona l'operatività dello strumento alle scelte ministeriali merito ai requisiti tecnici che i programmi debbano possedere, nonché rende necessario che il Ministero sia in grado di adeguarsi costantemente all'evoluzione tecnologica.

Quanto alle annotazioni da redigere, l'art. 89, comma 1 disp.att. c.p.p., come riformato prevede che (oltre alle note relative agli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, alla descrizione delle modalità di registrazione, all'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché ai nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni), quando si ricorra ad intercettazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, nel verbale si indichi *"il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni"*.

La norma non distingue i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e quelli dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. dagli altri reati comuni. Pertanto, malgrado per i primi reati non sia necessario che il Giudice indichi e specifichi i luoghi, anche indirettamente determinati *ex ante*, dove potranno avvenire le intercettazioni, tuttavia nel verbale delle operazioni si dovrà sempre cercare di identificare da parte della polizia giudiziaria (in questo caso *ex post*), sulla base delle conversazioni e dei dati desumibili dall'uso del captatore, il luogo dove siano avvenute e riportarlo nel verbale di cui all'art. 89 disp. att. c.p.p.

Probabile il ricorso alla clausola di salvezza, inserita col DL n.161/2019, *"ove possibile"* quanto all'indicazione dei luoghi in cui si svolgono le intercettazioni.

L'art.89, commi 2 e 3 prevede che

« 2. Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, devono essere impiegati programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia.

3. Nei casi previsti dal comma 2 le comunicazioni intercettate sono conferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente negli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso.».

Il comma 3 è stato, come rilevato, modificato rispetto all'originaria stesura che stabiliva che *"le comunicazioni intercettate sono trasferite... esclusivamente nell'archivio digitale di cui all'articolo 269, comma 1.."*; mentre con l'attuale modifica *"le comunicazioni intercettate sono conferite... esclusivamente negli impianti della Procura della Repubblica.."*, nel senso che i dati registrati dal captatore informatico saranno inviati ai server della Procura e questi ultimi poi provvederanno a inserirli nell'archivio digitale, come ideale luogo di custodia e deposito delle captazioni, prima invece dandosi una rappresentazione dell'archivio quale strumento dinamico, diversamente dalla sua natura.

La disposizione si collega a quella dell'art. 268, comma 3 c.p.p., la cui violazione è sanzionata dall'inutilizzabilità ex art. 271 c.p.p. e che impone l'obbligo di avvalersi per le operazioni di intercettazione degli impianti di captazione della Procura, salvo motivate ragioni di eccezionale urgenza e l'indisponibilità o insufficienza degli stessi.

La riforma, pertanto, consente modalità tecniche di intercettazione attraverso procedure di ascolto mediante cosiddetta "remotizzazione"³⁰.

Sempre il comma 3 prevede che *"Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso"*. Un'interpretazione ragionevole della disposizione suggerisce che la verifica della sicurezza della rete non debba essere effettuata di volta in volta ad ogni "trasferimento dati", ma debba essere verificata all'atto della scelta della società di cui avvalersi per le intercettazioni.

Sarà ovviamente necessario che la polizia giudiziaria delegata alle operazioni d'intercettazione segnali ogni sopravvenuta anomalia in corso d'intercettazione.

Inoltre, quanto alla necessità di verificare la corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasferito appare condivisibile quanto annotava il Procuratore di Sondrio commentando il testo originario della norma, su questo punto non riformata: *"...non si comprende se, come sembra palesare il tenore letterale della disposizione...la trasmissione dei dati debba avvenire, di volta in volta per le singole trasmissioni, previa "...acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione". Orbene la rete di trasmissione, che viene fornita dalla società che noleggia gli apparati e dalla società telefonica che fornisce la connessione dati sarà, normalmente, sempre la medesima e dunque o la stessa è affidabile e tecnicamente sicura dall'origine oppure non lo è; non si comprende, pertanto, quale controllo possa fare l'operatore e soprattutto l'utilità ad ogni trasmissione dati (quindi anche più volte in un giorno) nell'acquisire "necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione", informazioni che, verosimilmente, ha già acquisito pochi minuti prima. Analogamente la norma... che prevede che "durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato" appare scarsamente comprensibile sul piano tecnico e operativo se riferita a controlli dell'operatore fisico, atteso che trattandosi di trasferimento di dati informatici non è possibile per un operatore "umano" effettuare un controllo durante il trasferimento; un simile controllo, infatti, può essere effettuato solo da un programma informatico che confronti il pacchetto dati conservato nel dispositivo "target" (che contiene la conversazione captata) con il pacchetto dati che viene ricevuto e conservato sul server della Procura e ne attesti l'assoluta identità."*³¹.

La violazione di queste prescrizioni potrebbe incidere sulla affidabilità delle conversazioni registrate, ma non certo determinarne l'inutilizzabilità.

³⁰ Nel diverso caso in cui, invece, la trasmissione dei dati derivanti da captazione informatica sia indirizzata ad un computer installato presso la polizia giudiziaria per consentirne l'ascolto e successivamente partendo da questo server venga trasmesso agli impianti presso Procura, si tratterebbe non di una semplice "remotizzazione" per l'ascolto, ma dell'utilizzo di impianti esterni in dotazione della P.G. quali destinatari del trasferimento dei dati. Troverà, allora, applicazione il disposto di cui all' art. 268, comma. 3 c.p.p. che consente per motivate ragioni di eccezionale urgenza e per l'indisponibilità o insufficienza di impianti presso la Procura il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

³¹ "Linee guida..." Procura di Sondrio.

Il comma 4 dell'art. 89 disp.att. c.p.p. prevede che quando sia *“impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice dà atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate”*. Si tratta di cautele per evitare un indiscriminato ed incontrollato utilizzo del microfono del dispositivo elettronico portatile che, tuttavia, aggraveranno le incombenze della polizia giudiziaria delegata allo svolgimento delle operazioni e dei tecnici specializzati delle società di intercettazione, obbligandoli ad un costante aggiornamento del verbale con dati precisi sullo svolgimento delle operazioni.

Il comma 5 dell'art.89 disp.att. c.p.p. stabilisce che al termine delle operazioni si provveda, anche mediante persone idonee, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi, dandone atto nel verbale.

La disposizione deve essere interpretata con *“ragionevolezza”*.

Non sarebbe, infatti, ragionevole procedere immediatamente a disinstallare il captatore quando la singola operazione autorizzata si sia già conclusa ma l'indagine risulti ancora in corso, potendo tornare utile riutilizzare il captatore a seguito di un'ulteriore richiesta di intercettazione.

Già si è rilevato che, secondo il principio di tassatività, le violazioni delle disposizioni dell'art.89 disp.att. c.p.p. non possono comportare l'inutilizzabilità delle intercettazioni legittimamente disposte ed eseguite in quanto non espressamente richiamate dall'art. 271 c.p.p.

Discende, pertanto, che l'inutilizzabilità delle intercettazioni per la violazione delle disposizioni dell'art.268 comma 1 c.p.p. relative alla redazione del verbale delle operazioni si riferisce soltanto alla mancata redazione e che, quindi, non consegue l'inutilizzabilità in caso di inosservanza delle nuove prescrizioni dell'art. 89 disp.att. c.p.p in tema di verbali di operazione, di modalità di registrazione, di controllo e trasmissione di dati per le intercettazioni tra presenti, mediante captatore informatico installato su dispositivo portatile³².

27. I divieti di utilizzazione dei dati conseguiti nel corso delle operazioni preliminari di inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile (art 271 comma 1 bis c.p.p.).

La riforma prevede all'art. 271, comma 1 *bis* c.p.p. l'inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite tramite il captatore informatico installato su dispositivi mobili, disponendo che: *“...non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo”*.

Dunque, due ulteriori e specifiche ipotesi di inutilizzabilità.

Per l'inutilizzabilità dei dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e luogo indicati nel decreto sarà sufficiente fare riferimento a quanto disposto dal giudice con l'autorizzazione, posto che il provvedimento determinerà tempi e luoghi e in cui è ammessa l'attivazione del microfono, anche indirettamente qualora si proceda per i delitti non ricompresi nelle previsioni di cui all'art 51

³² Dunque, non deriverebbe l'inutilizzabilità nel caso di mancata indicazione nel verbale del tipo di programma impiegato (art. 89 disp. att. comma 1), ovvero nel caso di ricorso a programmi non conformi ai requisiti tecnici indicati dal Ministero (art. 89 disp. att. comma 2), nonché alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi (art. 89 disp. att. comma 5).

comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e per i reati dei pp.uu. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a 5 anni di reclusione.

L'art.271, comma 1 *bis* c.p.p., inoltre, prevede l'inutilizzabilità dei dati "*acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile*".

Non è chiarito quali siano le "*operazioni preliminari*".

Si potrebbero intendere i dati acquisiti col captatore informatico nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento, quando ancora non siano terminate le operazioni di installazione.

Resta, però, la difficoltà di intendere il significato del termine "dati"; probabile s'intendano quelle acquisizioni *incolpevoli* che possano avvenire mentre si installa il captatore (ad esempio, acquisendo fotografie o filmati presenti nel dispositivo mobile).

PARTE QUARTA

28. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni (artt.270, 271 c.p.p.).

Il tema dell'**inutilizzabilità** delle intercettazioni riguarda due profili

Uno **generale**: i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati "fuori dei casi consentiti dalla legge" o se non siano state "osservate le disposizioni previste dagli art. 267 e 268 commi 1 e 3", ossia le prescrizioni autorizzative ed operative, nonché in caso di trasgressione alle disposizioni relative all'uso del captatore informatico (art. 271 commi 1 e 1 bis c.p.p.).

Uno **particolare**: la possibilità di usare le intercettazioni originarie in altri procedimenti (art.270 c.p.p.).

28.1. L'utilizzabilità in altri procedimenti (art.270 c.p.p.).

Era previsto che *«I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza»* (art.270, c.1 c.p.p.).

Nota l'annosa questione sul significato da dare a «procedimento diverso»

La differenza tra reato diverso e procedimento diverso trova fondamento, stando alla giurisprudenza, non sulla mera diversità numerica della registrazione dei procedimenti, ma sulla diversità sostanziale dei fatti storici individuati.

Condivisibile ritenere che nell'ambito dello stesso procedimento si deve applicare la regola del «diverso procedimento» quando con l'intercettazione si accertano reati non connessi (criteri ex art.12 e 16 c.p.p.).

Da qui anche le problematiche che emergono quando, dopo l'autorizzazione a intercettare (per un reato rientrante tra quelli di cui all'art.266 c.p.p.), sia necessaria la **modifica del reato** o si profilino **fatti di reato nuovi o diversi** rispetto alla contestazione utilizzata per la richiesta e la autorizzazione alla intercettazione.

Se la previsione di inutilizzabilità dei risultati dell'atto compiuto "*fuori dei casi consentiti dalla legge*" (art. 271 comma 1 c.p.p.) implica la verifica della corrispondenza non solo iniziale ma anche successiva tra il reato rientrante nell'elenco dei casi ammessi ex art. 266 comma 1 c.p.p. e il provvedimento autorizzativo, tuttavia la giurisprudenza si è sempre espressa per consentire l'uso dei risultati delle intercettazioni malgrado la modifica del reato e anche in relazione a nuovi reati che non le avrebbero consentite, ritenendo che sia la sola assenza del presupposto originario a determinare l'inutilizzabilità, ad esempio:

Cass. Sez. F. 26.8.2016 n. 35536, rv 267598: "*i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite*";

Cass. Sez. VI, 4.7.2017 n.31984, rv 270431: "*qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento per uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p. i suoi esiti sono utilizzabili senza alcun limite per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento.*"; pure, Cass. Sez. VI, 1.7.2015 n. 27820, rv 264087; Cass. Sez. VI 25.11.2015 n. 50261, rv 265757.

Per questa giurisprudenza, in caso, pertanto, di indagini unitarie o connesse o collegate, anche se non effettivamente riunite o viceversa suscettibili di separazione, per il nuovo reato scoperto durante l'intercettazione i risultati della stessa sono utilizzabili, in quanto «procedimento diverso» non equivale a «reato diverso».

Il divieto di utilizzazione non opererebbe, allora, quando si tratti del medesimo filone di indagine, o comunque di indagini anche solo collegate e vale anche per i reati emersi successivamente e per provare i quali non sarebbe ammessa l'intercettazione (art.266 c.p.p.): ciò però equivale praticamente a disapplicare l'art. 270 c.p.p.

Questo costante indirizzo però è radicalmente, da ultimo, mutato.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 51/2020, hanno affermato due principi di diritto

«il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge»

In sintesi: l'inutilizzabilità non opera solo quando si tratti di reati connessi ex art. 12 c.p.p., e solo se per tali reati l'intercettazione risulti ammissibile (ai sensi degli artt. 266 e 267 c.p.p.).

Per le SSUU, la soluzione va individuata facendo riferimento alla *ratio* del divieto di utilizzazione.

Lo **statuto costituzionale delle intercettazioni** richiede la predeterminazione tassativa dei presupposti di legge e un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria

Circoscrivere l'utilizzabilità dei risultati è una garanzia destinata ad evitare che gli effetti dell'interferenza si moltiplichino al di là di quanto strettamente necessario.

Il divieto di cui all'art. 270 comma 1 c.p.p. ha dunque lo scopo di **mantenere costante il collegamento con le circostanze che giustificano la violazione del segreto delle comunicazioni** e con i motivi addotti nell'autorizzazione del giudice, che includono, oltre all'accertamento degli indizi di un reato fra quelli previsti dalla legge, anche la valutazione dell'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini.

Ogni divieto di utilizzazione **viene meno** quando si scoprono delitti diversi per i quali è **obbligatorio l'arresto in flagranza**. È un caso tipicamente eccezionale e non occorre la connessione tra i reati.

La scelta non ha altra logica che quella dettata dalle **esigenze di politica criminale** che sarebbero eccessivamente sacrificate qualora dall'intercettazione si ricavesse la prova di un reato particolarmente grave senza che si potesse farne uso se non come *notitia criminis*.

Dunque, le Sezioni unite hanno optato per una soluzione intermedia. Affrontando il problema concernente l'identità o la diversità dei procedimenti, hanno concluso che **all'autorizzazione iniziale devono ritenersi riconducibili anche quei fatti di reato che si trovino in un rapporto di connessione sostanziale con quello per il quale l'intercettazione era stata disposta**. Il legame, cioè, sarebbe in tal caso **originario e indipendente dallo specifico procedimento**, in quanto di carattere **oggettivo e predeterminato**. La connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p. giustificerebbe pertanto l'utilizzazione dei risultati dell'intercettazione anche per i reati non espressamente contemplati nell'autorizzazione.

Si conclude, pertanto, che una **relazione occasionale**, quale quella derivante dal **collegamento delle indagini ai sensi dell'art. 371 c.p.p.**, o dall'appartenenza ad un **medesimo contesto**

investigativo, dimostra che si è in presenza di **procedimenti diversi**. In questi casi, dunque, opera il divieto di cui all'art. 270 comma 1 c.p.p. (salva sempre l'eccezione concernente i delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza).

L'altro principio di diritto enunciato: l'utilizzazione dei risultati è vietata quando il reato diverso da quello in relazione al quale era stata disposta l'autorizzazione, anche se con questo connesso, **non rientra fra quelli per cui l'intercettazione è ammissibile**.

Si tratta di una rigorosa **applicazione della legge**, posto che l'art. 266 c.p.p. vieta l'impiego di questo mezzo di indagine per i reati che non superino una soglia minima di gravità.

I risultati sono dunque inutilizzabili ai sensi dell'art. 271 c.p.p., poiché derivano da intercettazioni eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge.

Intanto, **anche la normativa è cambiata**.

Convertendo il DL 161/2019, la legge n.7/2020 riforma l'art.270, c.1 c.p.p.:

«I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali e' obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'articolo 266, comma 1».

Si estende l'ambito della possibilità di usare le intercettazioni originarie anche ai **procedimenti che riguardino i reati per cui l'intercettazione è ammissibile (art.266 c.p.p.)**

Si aggiunge un pleonastico «rilevante» a ciò che era già «indispensabile».

L'interpretazione della nuova disposizione dovrà coordinarsi con la sentenza delle SSUU.

Mentre la nuova norma amplia la possibilità di usare le originarie intercettazioni anche ai procedimenti diversi che abbiano per oggetto un reato per cui è consentita l'intercettazione, le SSUU spiegano che «*diverso procedimento*» è quello relativo a reato **non** connesso a quello del procedimento originario ai sensi dell'art.12 c.p.p.

In sintesi:

- il legislatore ha ampliato i presupposti di applicabilità dell'art.270 c.p.p.
- le SSUU, hanno ridefinito il concetto di «*diverso procedimento*» in termini restrittivi rispetto all'indirizzo precedente.

Inoltre, la riforma predispone una «**disciplina dedicata**» riguardo ai risultati delle intercettazioni ambientali eseguite mediante **captatore informatico su dispositivi mobili** (non quelli fissi):

«Fermo restando quanto previsto dal comma 1, 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 qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-bis.» (art.270, c. 1 bis nuova formulazione).

Se, pertanto, il captatore sia inserito in un dispositivo mobile in quanto si procede per un reato che lo ammette, le intercettazioni potranno essere usate anche per altri reati emersi dai dialoghi registrati purché:

- si tratti di reati per cui è consentita questa forma di intercettazione (quelli di cui all'art.266, c. 2 bis: delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. e per i delitti dei pp.uu. e

- degli incaricati di pp.ss. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni)
- sia indispensabile usare le intercettazioni per la prova dei reati.

28.2. L'utilizzabilità delle intercettazioni (art.271 c.p.p.).

L'inutilizzabilità delle intercettazioni è disciplinata dall'art.271 c.p.p. che sanziona le violazioni sia dei presupposti di ammissibilità che delle regole di esecuzione.

Da premettere che la legge di riforma non ha modificato il testo vigente.

Si prevede che i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati *"fuori dei casi consentiti dalla legge"* o se non siano state *"osservate le disposizioni previste dagli art. 267 e 268 commi 1 e 3"*, ossia le prescrizioni autorizzative ed operative (art. 271 comma 1 c.p.p.), nonché in caso di trasgressione alle disposizioni relative all'uso del captatore informatico (art. 271 comma 1 *bis* c.p.p.).

E' prevista la distruzione della documentazione inerente le intercettazioni irrualmente ammesse o eseguite, salvo che costituiscano corpo del reato (art. 271 comma 3 c.p.p.).

Resta a rilevarsi che l'art. 271 c.p.p. non esaurisce le ipotesi a presidio dell'ammissibilità e utilizzabilità delle intercettazioni, qui ricordando quelle a tutela di situazioni soggettive, quali la posizione del difensore (art. 103 comma 7 c.p.p.) o a disciplina di ipotesi oggettive particolari, quali l'intercettazione preventiva (art. 226 norme coord. c.p.p.) o l'intercettazione per agevolare la ricerca del latitante (art. 295 commi 3 e 3 *bis* c.p.p.).

Quanto ai requisiti di **ammissibilità** delle intercettazioni, l'art.266 c.p.p. ha individuato le categorie dei reati per cui è consentito ricorrere a questo mezzo di prova, per titolo o secondo il livello di pena prevista

Non sussistono, pertanto, particolari difficoltà per verificare quando l'intercettazione sia ammissibile, se non nel momento in cui sia necessaria la modifica del reato o si profilino fatti di reato nuovi o diversi rispetto alla contestazione utilizzata per la richiesta e la autorizzazione alla intercettazione (nei termini appena esaminati nel paragrafo 28.1.).

L'art.271 c.p.p. prevede che i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati *"fuori dei casi consentiti dalla legge"* o se non siano state *"osservate le disposizioni previste dagli art. 267 e 268 commi 1 e 3"*, ossia le prescrizioni autorizzative ed operative (art. 271 comma 1 c.p.p.)

Non appare necessario soffermarsi più di tanto sui casi di inutilizzabilità conseguenti alla violazione delle disposizioni autorizzative (assenza dei gravi indizi ovvero dei sufficienti indizi di reato, mancanza della motivazione del decreto autorizzativo, divieti di cui all'art.203 c.p.p. e così via), trattandosi di "casistica" assai nota all'operatore giudiziario.

Quanto alle ipotesi principali di inutilizzabilità ex art. 271 comma 1 c.p.p. dei risultati delle intercettazioni nel caso concreto di intercettazioni mediante captatore informatico appare evidente che l'esecuzione *"fuori dei casi consentiti dalla legge"* rimanda agli artt. 266 c.p.p. e 266 *bis* c.p.p., nonché all'art. 13 D.L. 13 maggio 1991, n. 152 riferendosi, quindi, all'attività di captazione posta in essere per reati diversi da quelli per i quali le intercettazioni sono ammissibili.

Parimenti, nessun problema interpretativo sorge dal richiamo, contenuto nell'art. 271 c.p.p., all'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni: *"per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 267 c.p.p."*, atteso che tale norma è richiamata integralmente e, dunque, la violazione delle

nuove disposizioni relative al cd. captatore informatico, inserite dal D.L.vo 216/2017 nell'art. 267 c.p.p., determinerà l'irrogazione della più grave sanzione dell'inutilizzabilità.

Pertanto, saranno colpite da inutilizzabilità le intercettazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, nel caso in cui nel decreto autorizzativo manchi l'indicazione delle ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini (e questo anche per i reati di cui all'art.51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e dei reati dei pp.uu. e incaricati di pp.ss. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a 5 anni di reclusione).

Per i reati, invece, diversi da quelli di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e dei reati dei pp.uu. e degli incaricati di pp.ss. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a 5 anni di reclusione, saranno sanzionati con l'inutilizzabilità i risultati di quelle intercettazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, quando nei decreti autorizzativi manchi l'indicazione dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Piuttosto, qui interessano i casi di inutilizzabilità qualora non siano state "*osservate le disposizioni previste dagli art. 267 e 268 commi 1 e 3*" (art.271, comma 1 c.p.p.).

Intanto, poiché la riforma non ha modificato l'art. 271, comma 1 c.p.p., si può sostenere che le nuove disposizioni sul deposito dei verbali e registrazioni, sulla acquisizione delle intercettazioni e sui termini e modalità della decisione del giudice (art. 268, commi 4, 5, 6, c.p.p.), non siano presidiate dalla scure della inutilizzabilità, ma siano ravvisabili profili di nullità in caso di violazione dei diritti difensivi³³.

Resteranno, pertanto, sempre proponibili le "solite" questioni relative alla registrazione delle comunicazioni intercettate e alla redazione del relativo verbale, qui ricordando che l'art. 268 comma 1 c.p.p. prevede che le comunicazioni intercettate siano "*registrate e delle operazioni è redatto verbale*".

La giurisprudenza, come noto, limita la sanzione agli stretti casi di rinvio dell'art. 271 comma 1 c.p.p. all'art. 268 commi 1 e 4 c.p.p., sostenendo che il mancato rispetto del termine di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni per il deposito dei verbali e delle registrazioni non è causa di nullità, non essendo espressamente prevista, né di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, "*atteso il mancato richiamo, nell'art. 271 c.p.p., al quarto e al sesto comma dell'art. 268 c.p.p.*"³⁴.

Sempre seguendo il costante indirizzo della giurisprudenza, sono utilizzabili gli esiti delle intercettazioni, ai sensi dell'art. 271 comma 1 c.p.p., in caso di "*irregolare indicazione di inizio e fine delle operazioni nei verbali cui fa riferimento l'art. 267 comma 5 c.p.p. e che attengono alla durata complessiva dell'attività di intercettazione autorizzata per le singole udienze o i singoli ambienti privati, posto che l'indicata sanzione processuale opera solo con riferimento alle ipotesi previste dall'art. 268, commi 1 e 3*" (Cass. Sez. VI, 28.7.2015 n. 33231.)

Inoltre, la mancata indicazione, nei verbali di inizio e fine delle operazioni, dei nominativi degli ufficiali di polizia giudiziaria che vi hanno preso parte non comporta inutilizzabilità (Cass. Sez. III, 18.5.2015 n. 20418).

³³ Sulla insussistenza di nullità o inutilizzabilità ex art. 268 c.p.p. per omissio avviso della facoltà di esaminare gli atti, Cass. Sez. 8.4.2015 n. 33587, rv 264522 e Cass. 8.1.2016 n. 6408.

³⁴ Cass. Sez. VI, 23/03/2017 n. 14248.

Piuttosto, merita ricordare che secondo un recente indirizzo interpretativo, l'omessa indicazione, nel verbale di esecuzione delle intercettazioni, delle generalità dell'interprete di lingua straniera che abbia proceduto all'ascolto, traduzione e trascrizione delle conversazioni, rende inutilizzabili tali operazioni per l'impossibilità di desumere la capacità dell'ausiliario di svolgere ed eseguire adeguatamente l'incarico affidatogli (Cass. Sez. III, 21.7.2016 n. 31454, rv 267738).

Sempre sul tema, ricordiamo che è stato introdotto il divieto di trascrizione anche sommaria delle captazioni del difensore, a supporto di quello, già esistente, di utilizzazione (art. 103 comma 7 c.p.p.).

Infine, il nuovo art.268, comma 2 bis c.p.p. prevede che il p.m. dia indicazioni affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali sensibili, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini dell'indagine.

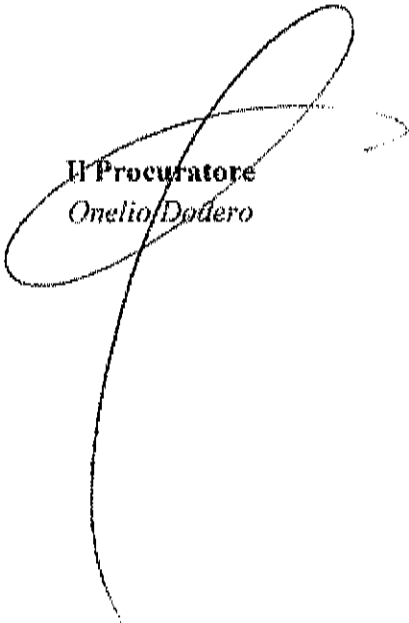
In questo caso, dal tenore della disposizione sembrerebbe ricavarsi un divieto allegazione ai fini della tutela di posizioni non inerenti al tema probatorio.

L'eventuale violazione del divieto **non** sarebbe, però, sanzionabile con l'inutilizzabilità, posto che il concetto della irrilevanza rientra nel fenomeno della inutilizzabilità³⁵.

L'art. 268 comma 3 c.p.p. stabilisce che le operazioni d'intercettazione possono essere compiute esclusivamente per mezzo di impianti installati nella Procura della Repubblica e che il ricorso a quelli di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria è consentito se il p.m., con decreto, specifichi le ragioni che rendano i primi insufficienti o inadonei e contestualmente giustifichi l'esistenza d'eccezionali ragioni di urgenza.

Con la riforma, il ricorso esclusivo o alternativo a impianti della Procura (art. 268 comma 3 c.p.p.), dovrà ovviamente confrontarsi con le nuove metodologie captative.

Cuneo, 12 maggio 2020.


Il Procuratore
Onelio Dodero

³⁵ Novella Galantini "Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina" in *Diritto Penale Contemporaneo*.

Sommario

PARTE PRIMA

1. Chi troppo vuole.....	2
2. Critiche.....	3
3. L'entrata (chissà quando) in vigore della riforma.....	3
4. L'applicazione della riforma ai procedimenti iscritti dal 1° settembre 2020.....	4
5. La modifica dell'art.114 c.p.p.....	4
6. Dieta dimagrante.....	5
7. Il divieto di trascrizione.....	5
8. La riforma della riforma: il D.L. n.161/2019 e il nuovo art.268, comma 2 bis c.p.p.....	7
9. Un bilanciamento di interessi.....	9
10. Le conversazioni irrilevanti.....	11
11. Conversazioni inerenti al mandato difensivo.....	11
12. La nuova disciplina sulla trasmissione dei verbali e delle registrazioni per la conservazione nell'archivio (le modifiche agli artt.268, 269, l'abrogazione dell'art. 268 <i>bis</i> c.p.p.).....	12
13. L'archivio delle intercettazioni.....	14
14. Aspetti problematici dell'archivio delle intercettazioni.....	17

PARTE SECONDA

15. Il deposito degli atti, la procedura di acquisizione e di stralcio.....	19
15.1. L'originario testo della riforma.....	19
15.2. Le modifiche alla disciplina introdotte con il D.L.n.161/2019.....	22
15.2.1. La procedura ordinaria di acquisizione e di stralcio.....	22
15.2.2. L'acquisizione e lo stralcio; l'intervento del g.i.p.; la riproponibilità della procedura.....	24
15.2.3. La possibilità dell'acquisizione delle intercettazioni senza ricorrere al g.i.p.: le ipotesi di cui agli artt.415 bis, comma 2 bis e 454, comma 2 bis c.p.p.: la perizia di trascrizione delle registrazioni e di stampa dei flussi di comunicazioni.....	27
15.3. Conclusioni sulla procedura di acquisizione, stralcio e di esecuzione della perizia.....	31
16. La procedura in caso di richiesta di misura cautelare personale.....	33
16.1. La disciplina del testo originario della riforma.....	33
16.2. La scelta del D.L.n.161/2019.....	34
16.3. I diritti della difesa.....	36

PARTE TERZA - IL CAPTATORE INFORMATICO

17. La multifunzionalità del captatore informatico.....	38
18. L'intervento della riforma; le previsioni della legge n.3/2019; l'attuale disciplina e l'estensione agli incaricati di pubblico servizio.....	41
19. La legge n.3/2019 di riforma dei reati contro la p.a.....	42
20. L'estensione della disciplina agli incaricati di pubblico servizio.....	43
21. Presupposti e forme per l'uso del captatore informatico (art 267 c.p.p.).....	44
22. Il decreto d'urgenza (art.267, comma 2 bis c.p.p.).....	46
23. L'esecuzione delle operazioni di intercettazione (art 268 comma 3 bis c.p.p.).....	46
24. Sintesi dei presupposti per ricorrere all'intercettazione con captatore informatico.....	47
25. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni attraverso captatore informatico su dispositivi mobili per i reati non compresi nel decreto di autorizzazione (art 270 comma 1 bis c.p.p.).....	48
26. Le disposizioni di cui all'art.89 disp.att.c.p.p. dedicate al captatore informatico.....	49
27. I divieti di utilizzazione dei dati conseguiti nel corso delle operazioni preliminari di inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile (art 271 comma 1 bis c.p.p.).....	53

PARTE QUARTA

28. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni (artt.270, 271 c.p.p.).....	55
28.1. L'utilizzabilità in altri procedimenti (art.270 c.p.p.).....	55
28.2. L'utilizzabilità delle intercettazioni (art.271 c.p.p.).....	58