



PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Avellino

O.d.S. n. 93/U/2020

Avellino, giovedì 23 luglio 2020

Oggetto: *Linee guida per l'applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte dal Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216, successivamente modificate con il Decreto Legge 30.12.2019 n° 161, convertito con modif. in Legge n. 7 del 28 febbraio 2020.*

Il Procuratore della Repubblica F.F.
Vincenzo D'ONOFRIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'V. D'Onofrio', written over the printed name.

INDICE

§ 1.	Premessa - Efficacia temporale della disciplina in materia di intercettazioni	1
§ 2.	Le previsioni del D.lgvo n. 216/2017 già in vigore	3
§ 3.	La disciplina in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per reati contro la Pubblica Amministrazione contenute nella legge n.3/2019	4
§ 4.	Elementi essenziali delle nuove disposizioni in materia intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche.	5
§ 5.	I limiti di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali non sono stati disposte.	6
§ 6.	Modifiche all'art. 266 c.p.p. per quanto concerne i limiti di ammissibilità delle attività di intercettazioni.	6
§ 7.	Il divieto di trascrizione e la disciplina introdotta con il D.L. n. 161/2019; la nuova formulazione dell'art. 268, comma 2-bis c.p.p.	7
7.1	Originaria disciplina prevista dal D.Lgs. n. 216/2017	7
7.2	Disciplina introdotta dal D.L. n. 161/2019 e recepita dalla legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020.	7
§ 8.	Intercettazioni inutilizzabili	8
§ 9.	Intercettazioni irrilevanti contenenti dati sensibili.	11
§ 10.	Intercettazioni irrilevanti.	12
§ 11.	Rilevanza parziale.	12
§ 12.	La nuova disciplina sulla trasmissione dei verbali e delle registrazioni per la conversazione nell'archivio digitale (le modifiche agli artt. 268,269, l'abrogazione dell'art. 268 bis c.p.p.)	12
§ 13.	Il deposito degli atti, la procedura di acquisizione e di stralcio.	15
§ 14.	L'acquisizione e lo stralcio. L'intervento del G.i.p.. La riproponibilità della procedura.	17
§ 15.	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.	19
§ 16.	La procedura in caso di emissione dell'avviso di cui all'art. 415 bis, comma 2 bis c.p.p.	20
§ 17.	La procedura di cui all'art. 454, comma 2 bis c.p.p.	21
§ 18.	La perizia di trascrizione delle registrazioni e di stampa dei flussi comunicativi informatici.	21
§ 19.	Conclusioni sulla procedura di acquisizione, stralcio ed esecuzione della perizia.	23
§ 20.	La procedura in caso di richiesta di misura cautelare personale.	25
§ 21.	Verbale di vane ricerche	27
§ 22.	Fase dibattimentale ex art 493 bis c.p.p..	27

§ 23.	Verbali e registrazioni delle intercettazioni.	28
§ 24.	L'archivio delle intercettazioni.	30
§ 25.	Il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non rilevanti - la modifica dell'art. 114 c.p.p..	35
§ 26.	La disciplina sull'uso del captatore informatico	36
26.1.	Lo strumento e le sue potenzialità investigative.	36
26.2.	I presupposti applicativi e l'ambito di operatività.	39
26.3.	L'autorizzazione e le modalità esecutive.	44
26.4	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.).	47



PROCURA DELLA REPUBBLICA presso il Tribunale di Avellino

Il Procuratore della Repubblica f.f.

O.d.S. n. 93/U/2020

Avellino, giovedì 23 luglio 2020

Oggetto: *Linee guida per l'applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte dal Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216, successivamente modificate con il Decreto Legge 30.12.2019 n° 161, convertito con modif. in Legge n. 7 del 28 febbraio 2020.*

§ 1. Premessa - Efficacia temporale della disciplina in materia di intercettazioni.

Le presenti linee guida vengono elaborate a seguito dell'emanazione del D.L. 30.12.2019 n. 161, conv. con la legge n. 7 del 28 febbraio 2020 (cd. *Riforma Bonafede*), che ha introdotto numerose e significative variazioni su aspetti essenziali della disciplina processuale delineata con il precedente Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216 (cd. *riforma Orlando*), ed è destinata ad avere efficacia dal 1° settembre 2020.

Va ricordato, come già chiarito con precedenti linee guida già elaborate dallo scrivente in previsione dell'entrata in vigore della cd. Riforma Orlando (febbraio 2018), che il decreto legislativo n. 216/2017 modificò punti essenziali del regime processuale delle intercettazioni al fine di salvaguardare, da un lato, l'efficacia del mezzo fondamentale del mezzo di ricerca della prova costituito dall'attività intercettativa e, dall'altro, di garantire un adeguato livello di riservatezza delle comunicazioni.

Il decreto legislativo n. 216/2017 aveva introdotto, all'articolo 9, in sede di disciplina transitoria, un meccanismo di applicazione differenziata sul piano della efficacia temporale delle disposizioni della riforma.

Le norme sub articoli 2 (ad eccezione della disposizione di cui al comma 1 lettera b) in materia di divieto di pubblicazione degli atti di intercettazione) 3, 4, 5 e 7 (in materia di deposito, trascrizione ed acquisizione delle comunicazioni e conversazioni oggetto di intercettazione nonché in materia di archivio informatico) avrebbero dovute essere applicate alle operazioni di intercettazione relative a

provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 180° giorno successivo alla data di entrata in vigore del medesimo Decreto Legislativo e, quindi, alle intercettazioni autorizzate con provvedimenti emessi a decorrere dal 26 luglio 2018.

Tale termine è stato più volte prorogato, con successivi provvedimenti legislativi, sino al 31.12.2019, allorquando è intervenuto il Decreto Legge 30.12.2019 n. 161 (cd. Riforma Bonafede), e, successivamente, sino al 30.4.2020 in virtù della legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020.

Con ulteriore successiva proroga al 1° settembre 2020 disposta con D.L. n. 28/2020 conv. in L. 25/6/2020 n. 70.

Occorre pertanto fornire una disciplina unitaria su tutti gli aspetti della disciplina processuale che entrerà in vigore il prossimo 1° settembre, con riferimento alle originarie previsioni del decreto legislativo n. 216/2017, così come parzialmente modificate dal decreto legge 30.12.2019 n. 161 e poi con la legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 (e successivamente con D.L. n. 28/2020 e L. n. 70/2020). Va altresì osservato che questo Ufficio, al fine di assicurare il rispetto delle disposizioni della cd. “Riforma Orlando” in materia di intercettazioni, ebbe già – come sopra anticipato – ad elaborare delle linee guida, provvedendo altresì ad allestire una apposita sala ascolto, in vista dello svolgimento dell’udienza stralcio.

La presente direttiva ad ogni buon fine racchiude tutti i nuovi contenuti connessi alla intervenuta modifica della disciplina delle intercettazioni (cd. Riforma Bonafede), per cui le precedenti linee guida devono intendersi revocate.

Come per le precedenti, naturalmente, anche le presenti linee guida hanno una finalità esclusivamente esplicativa in chiave operativa, rivolgendosi, a tale scopo, ai magistrati inquirenti di questo Ufficio e alla polizia giudiziaria incaricata di svolgere investigazioni per questo Ufficio Giudiziario.

Il loro scopo è quello di trovare un approccio metodologico nuovo, che richiederà negli operatori un impegno adeguato alla delicatezza della questione.

Va anzitutto precisato che la disciplina del Decreto Legge 30.12.2019 n°161 aveva previsto che la stessa si applicasse esclusivamente ai procedimenti iscritti dopo il 29.2.2020; la legge di conversione ha spostato tale termine al 30.4.2020.

Il D.L. n. 28/2020 (conv. in L. n. 70/2020) ha ulteriormente prorogato il termine ivi previsto al 1° settembre 2020.

Per i procedimenti iscritti antecedentemente, quindi, continuerà ad applicarsi la normativa processuale anteriore alle modifiche del 2017, anche per le richieste e le proroghe di intercettazione formulate dopo quella data.

Per quanto concerne le suindicate norme contenute nel D.lgv n. 216/2017 e immediatamente entrate in vigore, questo Ufficio già emise delle specifiche linee guida, che avevano ad oggetto, tra l’altro, le disposizioni di carattere sostanziale, di cui all’art. 1 (che introdusse il delitto di cui all’art. 617-*septies* c.p.) e quelle

dell'art. 6 (che prevedeva la possibilità di disporre intercettazioni per reati contro la Pubblica Amministrazione puniti con pena non inferiore a 5 anni, solo sulla base di sufficienti indizi di reato). L'art. 6 prevede inoltre, per i medesimi reati, delle specifiche limitazioni per l'uso del captatore informatico c.d. "trojan",

Ne va ora operata una breve disamina, anche al fine di conglobare nella presente direttiva i contenuti di quella precedente, che deve pertanto considerarsi superata.

§ 2. Le previsioni del D.lgvo n. 216/2017 già in vigore.

Come già veniva chiarito nelle precedenti linee guida (cfr. § 7. La disciplina transitoria), l'art. 9 del citato D. Lgs. disponeva l'immediata efficacia, sin dall'entrata in vigore del decreto (vale a dire dal **26 gennaio 2018**, quindici giorni dopo la pubblicazione in G.U.), solo di due norme:

1. quella penale sostanziale di cui all'art. 1, che introduceva il delitto di "Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente" (art. 617-septies cod. pen.)
2. quella di cui all'art. 6 ("Disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"), che estendeva ai reati contro la P.A. la disciplina meno rigorosa prevista per i delitti di criminalità organizzata.

2.1 Introduzione del delitto di cui all'art. 617 septies c.p»

L'art. 1 del D.lgv. n. 216/2017 comprende una nuova disposizione sanzionatoria e introduce nel codice penale all'art. 617 septies il delitto di "diffusione di riprese e registrazioni di comunicazioni fraudolente".

L'opzione punitiva trova la sua fonte nella espressa previsione della lettera b) del comma 84 dell'articolo 1 della delega, soddisfacendosi in tal modo l'esigenza di sanzionare le violazioni dei doveri di riservatezza che possono presidiare lo svolgimento di incontri e conversazioni private.

La norma punisce "Chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione",

Sul piano empirico, la società della comunicazione di massa registra il frequente ricorso a simili stratagemmi, posti scientemente in essere allo scopo della successiva divulgazione. Si tratta di condotte agevolate dalla diffusione, anche tra privati, di mezzi tecnologici del tutto idonei all'ampia e immediata divulgazione di contenuti comunicativi carpiri senza l'altrui consenso (si pensi alle potenzialità dei moderni dispositivi portatili e all'uso dei *social media*).

Il reato è a dolo specifico, la condotta cioè deve essere finalizzata a “*recare danno alla reputazione o immagine*” (la delega stessa individua infatti tale elemento tipico con l’espressione *al solo fine di recare danno alla reputazione o all’immagine altrui*) e ha ad oggetto la condotta di diffusione di immagini, suoni o conversazioni, registrate o riprese, di cui alla legge 103/2017.

Analogamente a quanto previsto infatti dall’art. 615-bis c.p., viene in rilievo l’uso di qualsiasi strumento di ripresa visiva o sonora. Ed infatti, la diffusione di meri comportamenti così come di espressioni verbali, riprese o registrate fraudolentemente, riconducibili alla persona possono dare luogo alla punibilità, anche quando le immagini non siano state procurate nei luoghi di privata dimora menzionati dal citato art. 615-bis c.p..

La punibilità è esclusa nel caso in cui della registrazione effettuata senza consenso si possa fare uso legittimo in ambito processuale, quale esercizio del diritto di difesa ovvero nell’ambito del diritto di cronaca, che la legge delega fa espressamente salvi.

Ciò significa che determinate comunicazioni possono avere diffusione se sussistono i presupposti del legittimo esercizio del diritto di cronaca, inteso come diritto alla pubblica conoscenza per effetto della rilevanza del fatto e dei soggetti coinvolti, sempre nei limiti del principio della contenenza.

Il reato è procedibile a querela dell’offeso, in maniera coerente con rimpianto della stessa legge di delega, che impone di dare attuazione al principio generale della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni.

2.2 La disciplina in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti contro la Pubblica Amministrazione antecedente al D.Lgs. n. 216/2017,

Le precedenti linee guida, con riferimento alle norme di immediata applicabilità contenute nel D.Lgs. n. 216/2017, si soffermavano sull’analisi delle innovazioni apportate dall’art. 6 in materia di captatore informatico, in quanto norma di immediata applicazione (v. art. 9 D.Lgs. citato).

Tenuto peraltro conto delle modifiche intervenute con il Decreto Legge n. 161/2019 ed, ancora, con la legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, appare utile ai fini di una trattazione organica dell’intera disciplina, inglobare nella presente direttiva l’intera disciplina.

§ 3. La disciplina in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per reati contro la Pubblica Amministrazione contenute nella legge n.3/2019.

Ancora un’ulteriore precisazione in premessa.

In data 9.1.2019, è stata emanata la legge n. 3/2019 c.d. “legge anticorruzione”, avente ad oggetto l’introduzione di una serie di norme sostanziali e processuali ai

fini del rafforzamento del contrasto ai reati contro la Pubblica Amministrazione. Tenuto conto che sulla materia sono intervenute ulteriori modifiche di cui al decreto legge n. 161/2019 e successiva legge di conversione, anche con riferimento a tale aspetto si affronterà organicamente la materia nel presente provvedimento.

§ 4. Elementi essenziali delle nuove disposizioni in materia intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche.

Prima di affrontare l'analitica analisi della normativa introdotta dal D.Lgs. n. 216/2017 e parzialmente modificata dal Decreto Legge 30.12.2019 n° 161 e poi dalla legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, appare opportuno premettere che la complessiva innovazione normativa riguarda i seguenti aspetti fondamentali:

- introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, di:
 - intercettazioni inutilizzabili non rilevanti e contenenti dati sensibili;
 - intercettazioni inutilizzabili, tra cui quelle 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 delle intercettazioni rilevanti;
- limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari.
- istituzione dell'archivio digitale delle intercettazioni.

§ 5. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali non sono stati disposte.

L'art. 270 c.p.p. regola i limiti di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui esse sono state disposte.

Il comma 1 (sul quale non era intervenuto né il Dlvo n. 216/2017 né il Decreto Legge n. 161/2019), prevedeva quanto segue:

“I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza”.

La superiore disposizione, tuttavia, è stato oggetto di modificato da parte della L. di conversione n. n. 7 del 28 febbraio 2020, che ha apportato, una rilevante modifica, verosimilmente elaborata a seguito della nota sentenza sul punto delle SS.UU. della S.C. Cassazione n. 51/2019 (cd. sentenza Cavallo)¹.

¹ Le Sezioni Unite, con sentenza n. 51/2020, hanno affermato il seguente principio 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*

E così, il nuovo comma 1 dell'art. 270 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 è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266, comma 1”.*

Come si vede, la Legge di conversione ha allargato il campo di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state eseguite.

Per un verso, ma la modifica non sembra incidere più di tanto, apparendo un mero rafforzativo, la nuova norma aggiunge il requisito della *rilevanza* a quello della *indispensabilità*.

Per altro vero, e l'innovazione appare invece sostanziale, è aumentato il novero dei reati esclusi dal divieto di utilizzabilità, includendosi in essi, oltre a quelli per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, anche tutti i delitti previsti dall'art. 266, comma 1 c.p.p.

Quest'ultima modifica, come si anticipava, è da ricollegarsi verosimilmente agli effetti scaturenti dalla richiamata pronuncia delle SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione, per le sue fondamentali implicazioni in tema di utilizzabilità degli elementi di prova emersi nel corso delle attività di intercettazione.

L'estensione del novero dei reati a quelli contemplati dall'art. 266 c.p.p. e al di là della sussistenza o meno della connessione con quelli per i quali originariamente sono state disposte le intercettazioni, fa sì che vi sia una più ampia possibilità di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per cui sono state disposte, venendo in tal modo limitato il principio fissato dalla Suprema Corte ai soli casi che fuoriescono dalle ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza o di cui all'art. 266, comma 1 c.p.p. (come si vedrà in seguito, una disciplina diversa è prevista per le intercettazioni effettuate tramite il captatore informatico: v. oltre).

§ 6. Modifiche all'art. 266 c.p.p. per quanto concerne i limiti di ammissibilità delle attività di intercettazioni.

Si rappresenta che l'art. 266 c.p.p., che disciplina i casi in cui può essere effettuata attività di intercettazione non era stato oggetto di modifica né con il Dlgo n. 216/2017 né con il decreto legge n.161/2019.

Pur tuttavia, la legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 è intervenuta sul punto, introducendo una previsione che riguarda i reati di competenza distrettuale e di cui si fa menzione in questa sede solo per completezza d'informazione.

In particolare, la predetta legge di conversione ha previsto, al **comma 1, lettera f-quinquies** la possibilità dell'attività di intercettazione in relazione ai: *“delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”.*

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»

§ 7. Il divieto di trascrizione e la disciplina introdotta con il D.L. n. 161/2019; la nuova formulazione dell'art. 268, comma 2-bis c.p.p.

7.1 Originaria disciplina prevista dal D.Lgs. n. 216/2017

L'obiettivo della riforma introdotta dal DLgvo n. 216/2017 consisteva nel limitare il più possibile il rischio della potenziale diffusione mediatica del contenuto dei dialoghi registrati ed era perseguito riducendo il contenuto trascrivibile delle conversazioni medesime.

Come si era chiarito nelle precedenti linee guida, il legislatore del 2017 era quindi intervenuto, in primo luogo, disponendo, sul piano generale, per gli organi di Polizia Giudiziaria delegati alle indagini, un divieto assoluto di trascrizione, anche sommaria e in termini riassuntivi, nei verbali delle operazioni (c.d. *brogliacci*) delle comunicazioni e conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini e di quelle, parimenti non rilevanti, attinenti a dati personali definiti sensibili dalla legge:

Stante il tenore letterale della norma la Polizia Giudiziaria, in riferimento a tali colloqui, non poteva inserire nei *brogliacci* neppure un'indicazione di massima, sommaria, per estratto o in termini riassuntivi del contenuto della conversazione, in relazione alle quali avrebbe dovuto limitarsi a trascrivere nel verbale delle operazioni soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione era intervenuta.

In correlazione alla particolare delicatezza di tale valutazione di irrilevanza delle comunicazioni o conversazioni intercettate, il legislatore aveva previsto, con la modifica dell'art. 267 comma 4 c.p.p., che la Polizia Giudiziaria fornisse un'informazione preventiva al Pubblico Ministero sui contenuti di tali comunicazioni o conversazioni per le quali la Polizia Giudiziaria aveva operato una valutazione di non trascrivibilità.

Tale informazione doveva essere fornita dalla Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero con una comunicazione in forma scritta mediante un'annotazione di PG che doveva contenere non soltanto gli estremi delle comunicazioni e conversazioni, ma anche il contenuto delle stesse.

7.2 Disciplina introdotta dal D.L. n. 161/2019 e recepita dalla legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020.

Il Decreto Legge n.161/2019 ha apportato sostanziali e importanti modifiche al riguardo:

- ha abrogato il divieto di trascrivere nei verbali della polizia giudiziaria (i cosiddetti *brogliacci*) le conversazioni **irrilevanti** ai fini di indagine;
- ha diversamente definito i contenuti delle 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 legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini.”*

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha riformulato il comma 2-bis nei seguenti termini:

“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 intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini”.

La modifica, al di là del mero dato letterale, non appare sostanziale.

Pertanto, spetta soltanto al Pubblico Ministero 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”*, attribuendo così centralità al ruolo del Pubblico Ministero che sarà chiamato a dare indicazioni e direttive alla Polizia Giudiziaria e a vigilare che esse siano rispettate.

Resta fermo il divieto assoluto, ai sensi dell'art. 271 c.p.p., di utilizzazione delle intercettazioni eseguite fuori dai casi previsti dalla legge o senza il rispetto delle disposizioni previste dagli artt. 267 e 268 comma 1 e 3.

La disposizione di cui al comma 3 dell'art. 271 c.p.p., secondo cui in ogni stato e grado del processo il giudice dispone la distruzione della documentazione afferente le suddette intercettazioni (salvo che costituisca corpo del reato), implica un divieto assoluto della trascrizione di tali intercettazioni.

Ciò premesso, appare opportuno anzitutto delineare quali siano le intercettazioni inutilizzabili e/o quelle contenenti dati sensibili, esaminando distintamente le due tipologie.

§ 8. Intercettazioni inutilizzabili

L'inutilizzabilità delle intercettazioni è disciplinata dall'art. 271 c.p.p.², che

² La giurisprudenza, come è 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.”.*

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 utenze 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).

Piuttosto, merita ricordare che 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.

sanziona le violazioni sia dei presupposti di ammissibilità che delle regole di esecuzione.

Si prevede, infatti, 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.³).

L'inutilizzabilità delle intercettazioni può dipendere dalle seguenti circostanze:

- 1) esistenza di un vizio genetico nel procedimento autorizzatorio (come nel caso di mancata convalida di intercettazioni disposte in via di urgenza ovvero di operazioni di captazione protrattesi per errore oltre il termine di scadenza, ecc.);
- 2) esistenza di limiti imposti dalla legge, determinati dalla necessità di garantire il diritto alla riservatezza e alla libertà di comunicazione di alcuni soggetti, in considerazione della particolare funzione dagli stessi svolta: si tratta dei casi delle intercettazioni di conversazioni coinvolgenti i difensori o i parlamentari o altri soggetti sottoposti a guarentigie costituzionali.

Queste due ultime ipotesi è opportuno esaminarle con maggiore dettaglio.

- Intercettazione delle conversazioni con i difensori.

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

Il comma 5 sancisce che: “non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e i loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite.

Il comma 7 prevede che: “Salvo quanto previsto dall'art. 271 c.p.p.⁴, i risultati

III, 21.7.2016 n. 31454, rv 267738).

³ L'art. 268 c. 3 c.p.p. prevede che le operazioni d'intercettazione possono essere compiute esclusivamente per mezzo di impianti installati nella Procura della Repubblica, salvo che sussistano le ragioni che rendano questi impianti insufficienti o inadeguati e senza che siano state evidenziate eccezionali ragioni di urgenza che autorizzino il p.m. a disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

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

⁴ Il riferimento all'art. 271 c.p.p. va inteso in duplice senso: in primo luogo, esso sottrae alla disciplina della inutilizzabilità quelle intercettazioni riferite a conversazioni che costituiscono esse

delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati”.

La riforma di cui al D.Lgs. n. 216/2017, 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.”*

Pertanto, per le conversazioni fra il difensore ed il suo assistito, è fatto divieto d'inserire nelle informative i dialoghi fra l'indagato ed il suo legale quando attengano alla funzione difensiva.

Le conversazioni non dovranno essere riportate nei brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria, né potranno, di conseguenza, essere trasfuse nelle informative, comprese quelle poste a sostegno delle richieste di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni.

- Le intercettazioni di parlamentari.

La materia delle intercettazioni nei confronti dei parlamentari è disciplinata dagli artt. 4 e 6 legge 140/2003, avente ad oggetto: *“disposizioni per l'attuazione dell'art. 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato”.*

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

Più complessi problemi sono invece implicati dall'art. 6, che disciplina la materia delle **intercettazioni indirette**.

Detta disposizione stabilisce che: *“il giudice per le indagini preliminari, anche su istanza delle parti ovvero del parlamentare interessato, qualora ritenga irrilevanti,*

stesse reato (Cass. sez.VI, 16.6.2003, n.35656 Rv.226659); in secondo luogo, postula che alla inutilizzabilità consegua la necessaria distruzione della documentazione delle intercettazioni.

Va inoltre ricordato, circa i limiti di inutilizzabilità delle intercettazioni intercorse tra l'indagato ed il difensore, che la Suprema Corte, con orientamento ormai assolutamente consolidato, ha affermato che il divieto posto dal primo comma dell'art. 103 c.p.p. non si traduce in un divieto assoluto di intercettabilità, come se il legale godesse di un ambito di immunità assoluta o di un privilegio di categoria, ma implica una verifica postuma del rispetto dei limiti previsti dalla legge. Da ciò consegue che, qualora fra le conversazioni intercettate siano compresi dialoghi intercorsi fra il difensore ed il proprio assistito, dette registrazioni saranno inutilizzabili, ai sensi dell'art. 103, comma 7, ragione per cui sarà disposta la distruzione della relativa documentazione, a norma dell'art. 271 richiamato dallo stesso art. 103, comma 7 c.p.p.

in tutto o in parte, ai fini del procedimento i verbali e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni intercettate in qualsiasi forma nel corso di procedimenti riguardanti terzi, alle quali hanno preso parte membri del Parlamento, ovvero i tabulati di comunicazioni acquisiti nel corso dei medesimi procedimenti, sentite le parti, a tutela della riservatezza, ne decide, in camera di consiglio, la distruzione integrale ovvero delle parti ritenute irrilevanti, a norma dell'art 269, commi 2 e 3 del codice di procedura penale."

§ 9. Intercettazioni irrilevanti contenenti dati sensibili.

Come già detto in precedenza, è stato eliminato il divieto di trascrivere nei verbali della polizia giudiziaria (i cosiddetti *brogliacci*) le conversazioni **irrilevanti** ai fini di indagine, mentre tale divieto è stato mantenuto fermo solo per le conversazioni **non rilevanti e contenenti dati personali sensibili**, quali quelli previsti dall'art. 4 lett. d) D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. "Codice della Privacy"), in particolare dati personali relativi a opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, stato di salute. Le indicazioni sono destinate a evitare che nei verbali vengano riportate o trascritte le espressioni registrate che ledano la "reputazione delle persone" o che attengano a dati personali *sensibili*, purché non sia indispensabile riportarle per le finalità dell'indagine.

Per consentire che anche il difensore, quando gli sarà consentito 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 e/o passaggio di dialogo rientrante nell'art.268, comma 2 bis c.p.p.*" e simili.

Il Pubblico Ministero fornirà pertanto indicazioni alla polizia giudiziaria per evitare che i verbali riportino dati personali sensibili, seppur in questo caso la normativa di settore sia di oggettivo aiuto, anche in questi casi prevedendo che al posto della trascrizione nel "brogliaccio" si annoti "*dialogo e/o passaggio di dialogo rientrante nell'art.268, comma 2 bis c.p.p.*"; "*conversazione privata relativa a dati sensibili*" e simili.

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*".

Quanto alla clausola di salvezza "*salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini*", inciso attualmente modificato in: "*salvo che risultino intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini*", appare adeguato allo spirito della riforma che venisse adottata un'interpretazione restrittiva, nel senso di ritenere che possano trascriversi quelle che, se non riportate nel verbale, si risolverebbero in un danno e/o dispersione per la prova dei fatti oggetto dell'indagine e delle responsabilità o, comunque, se ne sminuirebbero la portata.

§ 10. Intercettazioni 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., appare plausibile ritenere che 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 che, pertanto, non devono aver alcuna attinenza con l'indagine in corso, quali quelli attinenti ad argomenti di vita familiare o sociale, potendo esserne il contenuto sostituito con gli usuali incisi "dialogo irrilevante per le indagini", "conversazione familiare" e simili.

Una soluzione pratica adottabile è quella 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. Rilevanza parziale.

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.

In questi casi appare 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 risulta essere 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.

Va rimarcata la necessità, per la PG delegata, del continuo raccordo, nel corso dell'attività di intercettazione, con il PM titolare delle indagini ai fini della corretta indicazione delle conversazioni/comunicazioni dotate di rilevanza e per la individuazione, nei casi dubbi e problematici, delle conversazioni da riportare o meno.

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

- L'originaria disciplina del D.L.vo 216/2017.

La cd. Riforma Orlando di cui al citato D.Lgs. 216/17 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 PM 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.).

Dunque, il PM poteva accordare alla P.G. un termine entro il quale, cessate le operazioni di registrazione, poter disporre di un tempo adeguato a completare la trascrizione dei verbali delle intercettazioni rilevanti e analizzarne, raccordandole, le risultanze.

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

- **La disciplina prevista dal D.L.161/2019.**

La nuova disciplina introdotta con il decreto legge n.161/2019 ha semplificato la procedura da seguire una volta ultimata l’intercettazione, in conseguenza del venir meno del divieto della trascrizione delle conversazioni irrilevanti e della conseguente procedura di valutazione interlocutoria tra P.G. e p.m.

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

Anche in questo caso, la procedura è più snella.

Stabilito quali intercettazioni possono essere annotate nel *brogliaccio* (non, ad esempio, 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 con quali modalità (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 digitale e per il successivo deposito alla difesa.

La nuova formula dell’art. 268, comma 4 c.p.p. (“*I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero, per la conservazione nell’archivio di cui all’articolo 269, comma 1*”) prevede una scansione temporale per la trasmissione dei verbali e delle registrazioni, onerando la Polizia Giudiziaria di provvedere a inviarli al p.m. “**immediatamente**” dopo la scadenza del termine originariamente previsto per l’esecuzione delle intercettazioni o prorogato con i decreti del G.i.p.

Nel corso del procedimento, pertanto, potranno susseguirsi più trasmissioni, posto che alla scadenza di ogni singolo termine previsto per ogni utenza, in caso di intercettazione telefonica, ovvero luogo/bersaglio in caso di intercettazione tra presenti, dovranno essere inoltrati al PM i relativi verbali e registrazioni:

La formulazione della norma, nella sua assolutezza, sembrerebbe inconciliabile con prassi operative di segno diverso. Ma è pur vero che “immediatamente” è nozione comunque temporalmente indeterminata, essendo compatibile con una

lettura che veda coerente, con tale indicazione, anche una trasmissione "senza ritardo", "nel più breve tempo possibile", compatibilmente con il materiale completamento delle operazioni, al fine di portare a termine le attività previste dall'art. 268, comma 2° c.p.p.

Appare preferibile ritenere, anche da una lettura sistematica del Codice di procedura penale, che l'espressione "immediatamente" deve essere riferita alla chiusura delle complessive attività di intercettazione svolte nell'ambito del procedimento, ricomprendendosi in tale nozione non solo le operazioni di registrazione ma anche quelle concernenti la redazione dei verbali di trascrizione. A ciò dovendosi aggiungere, a conforto di tale lettura interpretativa meno rigida, la circostanza importante dell'assenza di qualsivoglia sanzione processuale, che potrebbe legittimare applicazioni adattate ai casi concreti, comunque non elusive del *dictum* normativo.

Il Pubblico Ministero assegnatario della procedura, cui compete la decisione definitiva, assumerà le opportune determinazioni al riguardo.

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, chiuse le operazioni di intercettazioni, verbali e le registrazioni sono immediatamente inoltrati dalla polizia giudiziaria al P.M., il quale ha l'obbligo di custodirli nell'archivio.

Stante il diverso regime attribuito alle conversazioni irrilevanti non contenenti dati sensibili, non è più prevista la facoltà, originariamente contemplata all'interno del comma quarto dell'art. 268 c.p.p., di autorizzazione alla P.G. per il differimento.

Oltre a questo obbligo di pronta custodia nell'archivio, entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni, il PM 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 prefisserà (*discovery*).

La norma prevede che il PM disponga il deposito degli atti per un periodo da lui stesso fissato, utile comunque a consentire ai difensori di prenderne cognizione. Tuttavia, laddove il termine posto dal PM 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 4, ultima parte, c.p.p.).

Resta, comunque, 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.); è ragionevole ritenere che si tratterà della soluzione più praticata e che, nella prassi, questa eccezione si tradurrà nella regola ordinaria e viceversa.

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 disporre la trascrizione.

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

- i verbali della p.g. e le registrazioni, sono custoditi dal p.m. in un archivio digitale dopo che, concluse le relative operazioni, la polizia giudiziaria li ha immediatamente 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 l'adempimento al termine delle indagini preliminari (eseguendolo unitamente all'invio dell'avviso di cui all'art.415 bis c.p.p.), il PM deve depositare ai difensori delle parti (n.d.r.: *così rettificato il comma 6 dell'art. 268 dalla legge di conversione laddove il decreto legge n. 161/2019 si limitava ad indicare i difensori dell'imputato*) 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. Il deposito degli atti, la procedura di acquisizione e di stralcio.

Il D.L. n. 161/2019 ha profondamente inciso su questo aspetto della riforma, ricalcando la previgente disciplina relativa alla procedura di acquisizione e stralcio delle intercettazioni ed inserendovi solo i correttivi necessari, allo scopo di:

- salvaguardare la segretezza delle intercettazioni irrilevanti o di quelle non necessarie a fini della prova, 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.);

- prevedere tendenzialmente la trascrizione mediante perizia delle registrazioni rilevanti solo quando necessario, prima del dibattimento.

Come già detto, gli atti inerenti alle intercettazioni e il materiale fonico, concluse le operazioni, sono direttamente trasmessi dalla P.G. al PM e da quest'ultimo custoditi nell'archivio, nei termini ordinari o differiti (i 5 giorni di cui all'art. 268 c.p.p., ovvero al momento della conclusione delle indagini a seguito di decreto autorizzativo del gip, ai sensi del successivo comma 5 del medesimo articolo), in attesa del venir meno della segretezza.

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).

Si tratta della cosiddetta **procedura di acquisizione e di stralcio**, che consiste nel deposito degli atti, nella possibilità per la difesa di prenderne conoscenza attraverso la consultazione e l'ascolto e (ma non di averne copia), nella successiva fase di selezione di quelle intercettazioni che di poi costituiranno 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).

Pertanto, il PM entro cinque giorni dalla trasmissione, è tenuto a depositare ai difensori delle parti (n.d.r.: *così rettificato il comma 6 dell'art. 268 dalla legge di conversione laddove il decreto legge n. 161/2019 si limitava ad indicare i difensori dell'imputato*) atti e materiale, dando contestuale avviso che, entro un termine dallo stesso fissato, ma prorogabile dal G.i.p., previa richiesta delle parti, i difensori avranno facoltà di accedere all'archivio e di prendere cognizione "per via telematica" di quanto ivi 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.

Contestualmente al deposito degli atti, appare fondato ritenere che il PM debba provvedere 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, depositare anche l'elenco in questione, altrettanto vero è che invece tale adempimento espressamente lo prevede l'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 e dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero..*").

Pertanto, il PM deve 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., tenuto conto 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.).

Ciò significa, pertanto, che sia il PM (all'atto del deposito) che 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.

In questa prima fase, i difensori delle parti (n.d.r.: *così rettificato il comma 6 dell'art. 268 dalla legge di conversione laddove il decreto legge n. 161/2019 si limitava ad indicare i difensori dell'imputato*) 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 (arti 268, comma 6 c.p.p. e 89 *bis*, comma 4 disp. att. c.p.p.). In considerazione del divieto di estrarre copia degli atti e delle registrazioni, il difensore ha la possibilità di ottenere una proroga dal G.i.p. del termine fissato dal PM per la consultazione del materiale (art.268, comma 4 c.p.p.), norma che non determina la durata della proroga.

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.). Nel caso di questo Ufficio, in una sala ascolto appositamente allestita e dotata di strumenti di videosorveglianza.

§ 14. 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. decide 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 ascoltare le registrazioni (cfr. art.89 *bis*, comma 3 disp. att. c.p.p.).

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.).

Per evitare che l'attesa della decisione del G.i.p. possa cagionare rallentamenti all'attività del PM, con eventuali 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, appare preferibile ritenere

che il G.i.p. continuerà a restare 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), sebbene il procedimento sia passato ad altra, successiva fase.

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. Neanche a seguito dell'acquisizione disposta dal G.i.p., ai difensori è consentito estrarre copia del relativo materiale, potendo essi esercitare questo diritto solo all'esito della perizia di trascrizione delle intercettazioni acquisite (art.268, comma 8 c.p.p.); perizia alla quale, però, non è obbligatorio procedere immediatamente dopo l'acquisizione.

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.).

L'art. 269, comma 2 c.p.p. prevede che: "...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 ("segregate") nell'Archivio quantomeno fino alla sentenza irrevocabile e, dietro motivata richiesta a tutela della riservatezza, potranno essere distrutte, purché non siano più necessarie per il procedimento.

Ciò può far presupporre che il materiale riposto nell'archivio potrebbe in un momento successivo essere utile nell'ambito del procedimento.

La nuova disciplina pone la regola generale secondo cui la selezione delle intercettazioni debba avvenire 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, non sono preclusi, anche dopo la fase delle indagini preliminari, la rivalutazione e il recupero delle intercettazioni trasmesse dal G.i.p. nell'archivio perché a suo tempo ritenute irrilevanti.

A tali conclusioni, si perviene tenendo conto del contenuto 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; terminologia, questa, che si riferisce, come è noto, sia alla fase delle indagini che ai diversi e successivi gradi del processo.

D'altronde, non consentire di riproporre l'istanza di acquisizione a seguito della

rinnovata valutazione del materiale appare contrastare con i principi generali in tema di diritto alla prova.

Ed inoltre, va ricordato 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 PM resti inattivo.

Dovrebbe, pertanto ammettersi la possibilità di ritenersi ipotizzabile rinnovare la 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. 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 operata con il decreto legge n. 161/2019, convertito con modif. in legge n. 7 del 28 febbraio 2020, 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 scarsamente attuato nella prassi.

Il sistema previgente prevedeva che il giudice, in contraddittorio, procedesse ad acquisire le intercettazioni indicate dalle parti e non manifestamente irrilevanti, mediante l'espletamento di una perizia di trascrizione integrale delle registrazioni, 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 sporadicamente, con la conseguenza che la finalità di evitare che tutte le intercettazioni fossero allegate al fascicolo del PM è stata vanificata, così diventando di dominio pubblico al momento del venir meno del segreto, come puntualmente, di fatto, accade.

La riforma prevede, invece, che si dia corso alla procedura di acquisizione delle intercettazioni "non manifestamente irrilevanti" entro la fase delle indagini preliminari.

Forse proprio per evitare il ricorso solo residuale a tale procedura, l'art. 268 c.p.p., pur non prevedendo sanzioni procedurali o processuali, impone l'obbligo della procedura di acquisizione e stralcio, nonché della conseguente perizia di trascrizione, stabilendo che:

"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.).

Gli adempimenti sono di duplice natura: dapprima, la valutazione delle intercettazioni (e dei flussi comunicativi) da acquisire e da stralciare con

restituzione all'archivio; quindi, l'espletamento della perizia di trascrizione su quanto acquisito. L'effettuazione della procedura di acquisizione e di stralcio incombe, in via ordinaria, sul GIP.

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.

§ 16. La procedura in caso di emissione dell'avviso 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 (depositati, come precisato dalla legge di conversione) per via telematica, ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche e telematiche) anche ponendo a disposizione l'elenco delle intercettazioni e dei flussi comunicativi informatici/telematici di cui intenda chiedere l'acquisizione.

La norma non prevede la formazione di uno specifico elenco separato da parte del PM, ma la semplice indicazione da parte dello stesso delle intercettazioni rilevanti e tale indicazione di fatto costituisce un provvedimento di acquisizione di tali registrazioni.

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 nell'elenco).

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.). Il difensore può, entro il termine di venti giorni dalla notifica dell'avviso, termine corrispondente a quello previsto per le ulteriori facoltà difensive ex art 415 bis c.p.p., depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia.

Sull'istanza, provvede il pubblico ministero con decreto motivato; provvedimento che tiene di fatto luogo di un provvedimento di acquisizione delle registrazioni indicate dalle difese.

In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può avanzare al giudice istanza per procedere nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6, pervenendosi pertanto solo in tal caso a un provvedimento formale di acquisizione da parte del Giudice.

§ 17. La procedura 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.

Il decreto legge, all'articolo 2 lettera O, introduce una disciplina specifica sul deposito ed acquisizione delle intercettazioni in caso di esercizio dell'azione penale da parte del PM con richiesta di giudizio immediato ordinario o cautelare. All'articolo 454, dopo il comma 2, viene aggiunto il comma 2-bis, che prevede che qualora non abbia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, e quindi mediante deposito delle intercettazioni in fase di indagine, con la richiesta di giudizio immediato il Pubblico Ministero deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova.

Entro quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato e della relativa richiesta, il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Il termine di 15 giorni appare limitato, specie in caso di procedimenti di particolare complessità oggettiva, con pluralità di imputazione ed imputati anche se, in caso di cd "immediato cautelare", molte, se non tutte, delle intercettazioni rilevanti a sostegno della richiesta cautelare risultano già depositate all'atto della esecuzione dell'ordinanza e poste a disposizione dei difensori anche nei supporti fonici.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 a conclusione del comma 2-bis ha aggiunto, sulla falsariga di quanto già previsto dall nuovo art. 415 bis c.p.p., il seguente periodo:

"Il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui si chiede copia. Sull'istanza provvede il Pubblico Ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6. Il termine di cui al presente comma può essere prorogato di ulteriori 10 giorni su richiesta del difensore."

§ 18. 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., va rilevato che si tratta di adempimento obbligatorio del G.i.p.

Tuttavia, qualora sia prevista la celebrazione dell'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.

L'obbligatorietà della procedura dell'acquisizione/stralcio davanti al Gip, è determinata dalla finalità 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) nonché da quella 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 essa diventerà realmente 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.

Come poco sopra si è avuto modo di scrivere, 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 o meno a riti alternativi, i quali renderebbero inutile e solo dispendiosa la perizia di trascrizione.

In caso di decreto di giudizio immediato e di avvio della procedura di cui all'art. 452, comma 2 bis c.p.p., appare utile 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.).

La scelta perseguita con il decreto legge appare, quindi, essere 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.

Pertanto, 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".

Coerentemente con l'esigenza di semplificazione e di risparmio di attività che vengono rese superflue dall'accordo delle parti, in sede di conversione la legge n. 7 del 28 febbraio 2020 aggiunto, alla fine del 7° comma dell'art. 268 c.p.p., i seguenti periodi:

"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 del presente comma".

Qualora, invece, vi siano contestazioni, si procede nelle forme ordinarie con l'espletamento della perizia trascrittiva.

§ 19. Conclusioni sulla procedura di acquisizione, stralcio ed esecuzione della perizia.

Concludendo e sintetizzando i punti salienti della procedura:

- 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 PM indicherà, con un preferibile elenco, le intercettazioni e i flussi informativi ritenuti non irrilevanti e da acquisire;
- 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 ascoltare le intercettazioni con gli strumenti informatici messi a disposizione del procuratore, magari con l'assistenza di un interprete;
- il difensore 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 PM;
- 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 vietate 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 (preferibilmente) 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;
 - qualora vi sia accordo fra le parti circa 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 preliminari, si rende superflua la trascrizione;
 - se il PM 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 PM;
 - il difensore potrà, a sua volta, depositare l'elenco delle intercettazioni di cui chiede l'acquisizione, chiedendone copia;
 - qualora il PM accolga l'istanza, non vi è 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 Gip 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 PM accolga la richiesta non vi è più necessità di ricorrere al Gip; 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.).

§ 20. La procedura in caso di richiesta di misura cautelare personale.

20.1 La disciplina prevista nel testo originario della riforma.

L'articolo 291 c.p.p. disciplina il **procedimento di applicazione delle misure cautelari**, le quali sono disposte su richiesta del PM, che presenta al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate.

Il Decreto Legislativo n. 216/2017, tenuto conto dell'importanza delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni anche ai fini dell'adozione di provvedimenti limitativi della libertà personale, era intervenuto sul comma 1 dell'articolo 291, prevedendo espressamente che la domanda cautelare presentata dal PM contenga anche i *“verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”*, vale a dire il contenuto anche sommario delle intercettazioni effettuate.

Il D.L. n. 161/19 aveva soppresso il suddetto inciso, che peraltro la Legge di conversione n. 7/2020 ha reintrodotta, specificando altresì che i suddetti elementi relativi alle intercettazioni vanno *“comunque conferiti nell'archivio di cui all'articolo 269”*.

Quest'ultimo riferimento, introdotto dalla Legge di conversione, sembra alludere al fatto che alla richiesta cautelare il p.m. debba comunque allegare, non più solo i verbali di cui all'art. 268, co. 2 (come poteva interpretarsi alla luce della precedente formulazione), ma l'intero materiale utilizzato per le intercettazioni ritenute rilevanti (verbali, annotazioni, decreti autorizzativi ecc.). Non potrebbe avere altro senso quell'inciso appositamente introdotto, relativo al materiale *“comunque conferito”* nell'Archivio Digitale di cui all'art. 269.

L'art. 291 al comma 1-ter, già introdotto dal D.Lgs. n. 216/2017 e rimasto inalterato dopo l'intervento del D.L. n. 161/2019, prevede che quando è necessario, nella richiesta, il PM dovrà riportare *“soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate”* (art.291, comma 1 *ter* c.p.p.) e, alla stessa stregua, il G.i.p. potrà riportare nell'ordinanza applicativa, *“quando necessario”*, *“soltanto i brani essenziali”* delle predette intercettazioni (art. 292 comma 2 *quater* c.p.p.).

Appare utile che questa “sobrietà” contenutistica diventi anche patrimonio della Polizia Giudiziaria, alla quale si dovrà chiedere di facilitare il compito del P.M., trascrivendo nella informativa finale o nelle annotazioni con cui si richiedono le intercettazioni o la proroga delle medesime, ove ovviamente possibile, soltanto i brani essenziali, magari evidenziandone la rilevanza, limitando la trascrizione integrale (con le necessarie omissioni, ove non rilevanti, di espressioni lesive e/o riportanti dati sensibili) ai soli verbali di ascolto.

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

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 conservati nell'archivio digitale una volta concluse le operazioni, il PM "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 di cui vorrà avvalersi.

L'articolo 293 c.p.p. reca la disciplina degli **adempimenti esecutivi delle ordinanze** con cui si dispone una misura cautelare.

Successivamente all'emissione della misura, il difensore viene a conoscenza del titolo cautelare dal momento in cui riceve l'avviso di deposito di cui all'art. 293 c.p.p.⁵.

Il testo originario della riforma prevedeva che, ricevuto l'avviso di deposito del provvedimento cautelare e degli atti a supporto, il difensore aveva diritto di esaminare ed estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e di trasposizione su supporto idoneo delle relative registrazioni, (art. 293, comma 3, c.p.p.).

Il D.L. n. 161/2019 ha abrogato questa disposizione, essendo escluso il diritto di esaminare i verbali e averne copia, nonché di poter trasporre su supporto le registrazioni.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, peraltro, in adesione all'indirizzo della Corte Costituzionale in materia, all'art. 293, comma 3, ha stabilito che "*Il difensore ha diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'art.291, comma 1*", ripristinando in tal modo il diritto del difensore, originariamente contemplato nel Dlgo n. 216/2017 e poi eliminato con il decreto legge n. 161/2019, di ricevere copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

E' pertanto prevalsa l'esigenza difensiva rispetto a quella di evitare il rischio di divulgazione delle intercettazioni.

Inoltre, il difensore avrà anche il diritto di azionare il meccanismo ordinario di acquisizione delle intercettazioni, ossia quello di cui all'art. 268, comma 6 c.p.p.,

⁵ Il novero degli atti oggetto di deposito comprende, oltre alla ordinanza applicativa, anche la richiesta avanzata dal PM nonché gli atti posti a suo fondamento (comma 3 dell'articolo 293 c.p.p.). Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 1997 (*Sentenza 24 giugno 1997, n.192*) alla previsione del deposito si è aggiunta l'ovvia possibilità di ottenere copia degli atti depositati.

nel senso che l'ordinanza cautelare non ne preclude la procedura (salva l'applicazione, nei termini già esaminati, di quelle 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.

Ciò significa 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.

Un'ultima modifica in tema di misure cautelari è quella effettuata dall'art. 2, co. 2, lett. c) del D.L. n. 161/19 all'art. 92 delle disp. att. c.p.p., con l'eliminazione, al comma 1 *bis*, dopo le parole "*conservazione nell'archivio*", della parola "*riservato*".

La soppressione di detta espressione risponde alla necessità di coordinare la disposizione con l'art. 89 *bis* delle medesime disp. att. c.p.p. che nel dare la definizione dell'archivio in parola, ha soppresso per esso l'espressione "*riservato*". Rimane, invece, invariato l'obbligo per il Giudice delle indagini preliminari di restituire al P.M., contestualmente alla trasmissione dell'ordinanza da eseguire, le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute irrilevanti o inutilizzabili.

§ 21. Verbale di vane ricerche

Il Decreto Legge n. 161/2019 apporta modifiche di coordinamento (conseguenti alle modifiche e alle abrogazioni previste dalla legge di conversione) all'articolo 295, in materia di **verbale di vane ricerche**, ripristinando anche in questo caso la formulazione antecedente alla "Riforma Orlando" di cui al D.Lgs. n. 216/2017.

Il verbale di vane ricerche è un atto compiuto dalla polizia giudiziaria, redatto a seguito della mancata esecuzione dell'ordinanza di custodia cautelare, in cui vengono indicate in modo specifico le indagini svolte.

Il detto verbale costituisce il presupposto del decreto dichiarativo dello stato di latitanza.

Al fine di corroborare le ricerche del potenziale latitante, il comma 3 dell'articolo 295 c.p.p. prevede un'autonoma ipotesi di intercettazione che consente al giudice e al PM - ove ne ricorrano i presupposti - di disporre l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni.

Il decreto legislativo n. 216/2017 aveva integrato il comma 3 dell'articolo 295, prevedendo che, ove possibile, trovassero applicazione anche i nuovi articoli 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p..

Tale intervento mirava a "ridurre" il divario fra la disciplina in tema di intercettazioni volte alla agevolazione delle ricerche del latitante e quella più generale prevista per l'intercettazione quale strumento investigativo *tout court*.

§ 22. Fase dibattimentale ex art 493 bis c.p.p..

L'art. 493-*bis* disciplina, tra gli atti introduttivi del dibattimento, la trascrizione delle intercettazioni.

Con la modifica del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. e l'abrogazione dell'art. 493 *bis* c.p.p., è stato interamente rivisto il sistema di trascrizione delle intercettazioni. Il mutamento di prospettiva rispetto alla scelta del legislatore del 2017 è radicale.

Quest'ultimo, infatti, recependo una prassi consolidata, con l'art. 493 *bis* c.p.p., aveva disposto che la trascrizione delle intercettazioni avvenisse all'udienza dibattimentale, nella fase di ammissione delle prove.

Con la riscrittura del comma 7 dell'art. 268 c.p.p., è stato, invece, previsto che il giudice, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'articolo 431 c.p.p., disponga la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento.

Molto opportuna è la scelta di non vincolare la perizia trascrittiva ad una specifica fase processuale e di prevedere, con carattere di assoluta novità, che la trascrizione possa essere disposta anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento.

In tal modo, è stata innanzitutto formalizzata una competenza anche del GUP, che appariva, invece, dubbia alla luce della giurisprudenza di legittimità, sul presupposto che, con la definizione dell'udienza preliminare, cessasse la sua competenza funzionale.

Inoltre, e come già scritto, la previsione che la perizia trascrittiva possa essere disposta al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento comporta che questa sia effettuata nei casi in cui risulti effettivamente necessaria, non essendo più consentito l'accesso ai riti alternativi, e quando, per effetto del rinvio a giudizio, è meglio definito il perimetro dell'imputazione, con conseguente possibilità per le parti di concordare la trascrizione di quelle intercettazioni che risultino effettivamente rilevanti rispetto alle condotte in contestazione.

Infine, ma non per ordine di importanza, l'anticipazione della perizia trascrittiva nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento consente di utilizzare fruttuosamente lo spazio temporale, spesso non breve, che intercorre tra la conclusione dell'udienza preliminare e l'inizio del dibattimento, riducendone l'aggravio probatorio e velocizzandone i tempi di definizione.

§ 23. Verbali e registrazioni delle intercettazioni.

La disciplina relativa alle modalità di redazione del verbale descrittivo delle operazioni previste dall'art. 268, comma 1 c.p.p., è fissato dall'art. 89 disp. att. c.p.p.

Su tale norma, è intervenuto il Dlgs n. 216/2017, che ha introdotto il comma 2-bis, con specifico riferimento alle operazioni compiute tramite captatore informatico, nonché i commi successivi che hanno disciplinato il trasferimento delle comunicazioni intercettate in impianti in dotazione alla Procura della Repubblica.

Il predetto art. 89 disp. att. c.p.p. è stato oggetto di ulteriori modifiche da parte del

Decreto Legge n. 161/2019, ed ancora di successive variazioni in virtù della legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020.

Per facilità di comprensione, si riporta solo il testo finale risultante dalle variazioni apportate dalla predetta legge di conversione.

Il nuovo testo dell'art. 89 disp. att. C.p.p. così recita:

- 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 soltanto 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.*

L'art. 89, comma 1 disp. att. c.p.p. prescrive, quindi, per le intercettazioni “tra presenti”, che il verbale di ascolto e registrazione deve indicare **il tipo di programma impiegato ed i luoghi in cui si svolgono le conversazioni e le comunicazioni**, all'evidente fine di evitare l'utilizzo in luoghi non consentiti.

L'art. 89 comma 2, riprendendo la formulazione del vecchio comma 2 bis del D.Lgs. n. 216/17, prevede, sempre per le intercettazioni mediante captatore informatico, l'utilizzo dei soli programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia.

L'art. 89 comma 3 (riprendendo e parzialmente modificando il precedente comma 2 ter del D.Lgs. n. 216/17), prevede che le comunicazioni intercettate siano “conferite” esclusivamente negli impianti installati presso la Procura della Repubblica.

L'utilizzo del sistema di ascolto in remotizzazione, non pare porsi in contrasto con la prescrizione del co. 3, in quanto il flusso di conversazione viene semplicemente reindirizzato alla postazione di ascolto presso la P.G. direttamente dal server dell'impianto installato all'interno della Procura che contiene il dato originale e non modificabile.

Se non è possibile trasferire ("conferire") i dati, il successivo co. 4 (già 2 quater del precedente D.Lgs.) dell'art. 89, prevede che nel verbale sia dato atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate.

Essa non esclude la possibilità di continuare ad utilizzare, nei casi eccezionali previsti dall'art. 268 co. 3 c.p.p., gli impianti di pubblico servizio o in dotazione alla P.G..

Non essendo stata modificata tale previsione, deve ritenersi che la questione affrontata nel nuovo art. 89 disp att. co. 4 c.p.p. attenga esclusivamente ad un onere di completezza della verbalizzazione in caso di imprevisti tecnici che abbiano temporaneamente interrotto il flusso di comunicazione verso gli impianti di ascolto installati all'interno della Procura della Repubblica.

§ 24. L'archivio delle intercettazioni.

Come appena esaminato, è prevista una scansione temporale per la trasmissione dei verbali e del materiale fonico inerente alle intercettazioni e il successivo deposito ai difensori, in quanto è stabilito che l'inoltro al PM avvenga immediatamente dopo la scadenza del termine per l'esecuzione delle intercettazioni e che il PM provveda a depositare gli atti ai difensori delle parti 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.)

Comunque sia, la trasmissione dei verbali e delle registrazioni (e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche) comporta un preciso obbligo di custodia, posto che il PM 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.).

La riforma del 2017 ha previsto, al 1° comma dell'art. 269 c.p.p., l'istituzione di un archivio dedicato alle intercettazioni (regolamentato nel dettaglio dall'art. 89 bis disp. att. c.p.p.).

Con il Decreto Legge n. 161/2019 è scomparsa la definizione di archivio "*riservato*", sostituita con quella più generica di "*archivio delle intercettazioni*", rimanendo peraltro inalterato l'intento di custodire il materiale e gli atti relativi alle intercettazioni in un luogo appositamente dedicato, al fine di garantirne la segretezza.

Con il termine *archivio*, si fa riferimento sia a un luogo fisico sia a uno strumento informatico situato all'interno di quel luogo, ed entrambi dedicati alla gestione

delle intercettazioni.

L'archivio delle intercettazioni è destinato a custodire non solo i verbali e le registrazioni, ma tutti gli atti relativi, ossia i decreti del giudice, le richieste del PM e gli atti di PG.

Va precisato che il comma 1 dell'art. 269 c.p.p. è stato oggetto di più interventi.

In particolare, il decreto legislativo del 2017 ha previsto l'istituzione dell'archivio. Il decreto legge del 2019 è intervenuto in materia prevedendo la diretta responsabilità del Procuratore della Repubblica e modificandone la regolamentazione.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha, infine, ulteriormente modificato la disposizione, aggiungendo un inciso dopo le parole: "eseguito le intercettazioni" e modificando l'ultimo periodo del 1° comma 1 dell'art. 269 c.p.p..

Il testo finale del comma 1 dell'art. 269, in virtù di tutte le interpolazioni susseguitesesi nel tempo, è il seguente:

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. Non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari. Al giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti, successivamente al deposito effettuato ai sensi degli articoli 268 e 415-bis o nel caso previsto dall'articolo 454, comma 2-bis, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate.

L'art. 89 bis disp. att. c.p.p., come modificato dal DL n.161/2019, disciplina – come visto – le modalità operative dell'archivio, prevedendo quanto segue:

*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 e 415 bis 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".

In sintesi, ne deriva che:

- 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**, esso viene organizzato dal Procuratore (con separato provvedimento) nel rispetto delle misure di sicurezza e di segretezza, in esso prevedendosi 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).
La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha ridotto tali possibilità eliminando la facoltà di consultazione e richieste copie e, pertanto, riformulando il comma nei seguenti sensi:
"I criteri per regolare le modalità di accesso all'archivio 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 dovrà trovare spazio il registro di cui all'art. 267, comma 5 (*"In apposito registro riservato ...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"*);
- 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 6 D.L. n.161/2019).

L'art. 89 bis disp. att. c.p.p., come introdotto dalla riforma Orlando, stabiliva espressamente che anche le **annotazioni** della polizia giudiziaria dovessero essere ricomprese 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 (Riforma Bonafede) e non modificato dalla legge di conversione, si limita a disporre che nell'archivio *"sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono"*, eliminando l'espresso riferimento alle **annotazioni** della polizia giudiziaria. Ciò potrebbe far ritenere che esse non vadano comprese negli atti da custodire nell'archivio, limitandosi l'art. 268, comma 4 c.p.p., ad indicare quali unicamente i verbali, le registrazioni e i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione.

Non va peraltro trascurata la circostanza che il D.M. 20.4.2018, all'art. 1 (funzione dell'archivio), tuttora vigente e non modificato, prevede che:

*1. Nell'archivio riservato istituito presso l'ufficio del pubblico ministero ai sensi dell'articolo 89-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale sono custoditi e conservati, sino al termine indicato dall'articolo 269, comma 2, primo periodo, del codice di procedura penale, gli originali dei verbali, delle **annotazioni** e degli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono, ivi inclusi quelli relativi alle comunicazioni o conversazioni inutilizzabili o non rilevanti ai sensi dell'articolo 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale.*

2. Fino alla attuazione del processo penale telematico presso gli uffici interessati, il pubblico ministero provvederà a formare copia informatica della documentazione analogica di cui al comma 1, al fine di consentirne la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi

messi a disposizione dal Ministero della giustizia.

Pertanto, si può osservare che, mentre gli artt. 268 e 269 c.p.p. non fanno menzione delle “annotazioni” come sopra precisato, il comma 1 dell’art. 1 del DM 20.4.2018 ne fa espressa richiamo, unitamente ai verbali, atti e registrazioni delle intercettazioni.

Nell’archivio digitale, dovranno essere pertanto 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), nonché – preferibilmente – le annotazioni di polizia giudiziaria.

In base al tenore dell’art. 268, comma 1, 5 e 6 c.p.p., entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione i verbali, le registrazioni e gli atti relativi nei termini appena espressi, devono essere depositati nell’archivio, con avviso ai difensori della facoltà di consultazione, salva autorizzazione del G.i.p. a ritardare il deposito non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Da ciò si deduce che non incombe sul p.m. un immediato obbligo di deposito degli atti redatti in costanza di intercettazioni.

Obbligo di deposito, da non confondere con il “conferimento” in archivio, che invece deve avvenire “immediatamente”.

E’ ragionevole rilevare che qualora il P.M. debba, sulla base degli atti trasmessi dalla P.G., richiedere al gip provvedimenti quali la proroga delle intercettazioni o l’estensione delle captazioni ad altri soggetti/utenze o una misura cautelare, non sia gravato, in costanza delle operazioni di intercettazione, dall’obbligo di depositare gli atti a disposizione delle difese.

Sulla regolamentazione dell’archivio è intervenuto altresì il già citato Decreto Ministeriale 20 aprile 2018 avente ad oggetto “*Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento del captatore informatico e per l’accesso all’archivio informatico a norma dell’art. 7, commi 1 e 3, del dlgs n. 216/2017*”.

Il Decreto Ministeriale, all’art. 1 (funzioni dell’archivio riservato), ha previsto che nell’archivio riservato siano custoditi e conservati, sino al termine indicato dall’articolo 269, comma 2, primo periodo, del codice di procedura penale, **gli originali dei verbali, delle annotazioni e degli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono, ivi inclusi quelli relativi alle comunicazioni o conversazioni inutilizzabili o non rilevanti ai sensi dell’articolo 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale.**

Il Decreto Ministeriale prevede che, fino all’attuazione del processo penale telematico presso gli uffici interessati, il Pubblico Ministero provvederà a formare copia informatica della documentazione analogica di cui al comma 1, al fine di consentire la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi messi a disposizione dal Ministero della giustizia.

Con l’attuazione del processo penale telematico, la formazione dei verbali, delle annotazioni e degli atti avrà luogo con modalità telematiche, nel rispetto della

normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Tenuto conto che l'attuazione del processo telematico non è ancora compiuta, occorre pertanto procedere (attraverso un procedimento di scansione) alla formazione di copia informatica della documentazione suindicata, ai fini del suo inserimento in archivio.

Infine, occorre osservare che non è espressamente disciplinata l'ipotesi della trasmissione del procedimento ad Autorità Giudiziaria diversa da quella che ha disposto le intercettazioni.

Sul punto, benché la norma di cui all'art. 291 primo comma c.p.p. preveda che: "*le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate*", può ritenersi in base ai principi generali, che tutti gli atti contenuti nell'archivio vedano trasmessi, con le idonee cautele, all'archivio intercettazioni della Procura destinataria del procedimento.

§ 25. Il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non rilevanti - la modifica dell'art. 114 c.p.p.

L'art. 114 c.p.p., avente ad oggetto il divieto di pubblicazione di atti o immagini, è stato oggetto di più interventi modificativi, ad opera del Dlvo n. 216/2017 nonché del decreto legge n. 161/2019.

In particolare, il comma 2 dell'art. 114 c.p.p. prevede che: "*è vietata la pubblicazione, anche parziale degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari*".

A tale testo, il D.Lgs 216/2017 ha aggiunto il seguente inciso: "*fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'art. 292 c.p.p.*".

Premesso che, pacificamente, la disposizione regola e disciplina il cd. "segreto esterno", l'eccezione finale sembra consentire la pubblicazione, anche prima della chiusura delle indagini, del contenuto dell'ordinanza cautelare, in ragione del fatto che trattasi di atto conosciuto integralmente dall'indagato e per il quale non vige naturalmente alcun tipo di "segreto interno".

Vi è peraltro chi ha interpretato quell'inciso finale in senso diametralmente opposto e cioè che, per quanto riguarda l'ordinanza di custodia cautelare, vige il divieto assoluto di pubblicazione anche oltre il limite temporale della conclusione delle indagini o del termine dell'udienza preliminare.

A parere di chi scrive, la prima interpretazione appare maggiormente coerente con l'intera disciplina in materia di segretezza e divieto di pubblicazione, anche alla luce del successivo comma 2-bis, che vieta (sensatamente e coerentemente con lo spirito della riforma) la pubblicazione di intercettazioni non rilevanti.

Tale modifica normativa ha acquisito efficacia differita una volta decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo e, quindi, alla data del 26

gennaio 2019.

Il D.L. n. 161/2019, all'articolo 114 c.p.p., ha inoltre aggiunto il comma 2-*bis*, che prevede che sia sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite, ai sensi degli articoli 268, 415-*bis* c.p.p..

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha esteso tale previsione anche all'ipotesi disciplinata dall'art. 454 c.p.p..

Pertanto, le intercettazioni valutate come non rilevanti, e come tali non acquisite su iniziativa o indicazione del PM e delle difese con le modalità precedentemente esaminate, rimangono soggette al divieto di pubblicazione in qualsiasi fase processuale.

§ 26. La disciplina sull'uso del captatore informatico

Premessa. La novella legislativa introdotta dalla Riforma Orlando (D.Lgs. n. 216/17) non è stata sostanzialmente innovata (se non in alcuni punti che si chiariranno) dalla nuova disciplina introdotta dal D.L. n. 161/19 e succ. Legge di conversione.

Il legislatore del 2017 regola per la prima volta uno specifico strumento di intercettazione, quello dei cd. **captatori informatici**, a cui sempre più spesso gli organi investigativi fanno ricorso in ragione delle peculiarità dello strumento.

L'elevata capacità intrusiva dello specifico strumento, le sue illimitate potenzialità di sviluppo tecnico-operative, le capacità di "catturare" contestualmente ogni aspetto della sfera privata dell'individuo, l'assenza di una disciplina legislativa idonea a "contenerne" o disciplinarne la portata (insufficiente si è dimostrata l'introduzione nel 1993 dell'art. 266-bis c.p.p.), l'oscillazione tra diversi indirizzi interpretativi (dottrinari e, soprattutto, giurisprudenziali), sono tutti aspetti che in questi ultimi anni hanno indotto i più ad auspicare un più che necessario intervento regolatore da parte del Legislatore, che sciogliesse i numerosi nodi prodotti dal particolare mezzo di ricerca della prova.

Intervento che si è concretizzato nell'art. 4 del D.Lgvo richiamato, attraverso cui sono state apportate modifiche (integrative) agli artt. 266 e ss. C.p.p., rimaste sostanzialmente invariate (eccetto che per i delitti contro la P.A.) a seguito dell'intervento legislativo del 2019.

26.1. Lo strumento e le sue potenzialità investigative.

Con l'art. 4 del D.Lgvo cit sono state apportate modifiche (integrative) agli artt. 266 e ss c.p.p. introducendo la disciplina dell'ascolto mediante il cd. **captatore informatico**.

Da un punto di vista tecnico, il captatore informatico è stato definito come un *malware (malicious software)* "installato occultamente dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva...., il quale consente

in ogni momento all'attaccante.... di captare tutto il traffico dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrando le attività, di perquisire gli hard disk e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare... tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini e i documenti visualizzati”⁶.

Le applicazioni operative dello strumento sono potenzialmente infinite ed in grado di catturare informazioni attinenti alla sfera privata dell'individuo (suoni, immagini, documenti) potenzialmente illimitate.

Per queste ragioni è emersa la necessità di definire il perimetro normativo entro cui consentire il ricorso a simili strumenti tecnici nell'ambito di un generale bilanciamento tra esigenze di ricerca della prova e tutela della riservatezza e della *privacy*.

Prima dell'intervento legislativo del 2017, si deve risalire all'introduzione dell'art. 266 bis c.p.p. (per effetto dell'art. 11 della L. 23 dicembre 1993, n. 547) che autorizzava l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici⁷ o telematici⁸ o intercorrenti tra più sistemi, la cd. *online surveillance*. Deve osservarsi come nell'ambito di questa definizione sia inquadrata ogni attività di monitoraggio che abbia a oggetto il flusso di dati trasmesso da una sistema informatico a un altro⁹. Tipicamente rientra in questa captazione il flusso telematico che si genera, ad esempio, quando si utilizza la rete internet; in essa rientrano la captazione delle conversazioni originate dal software skype, tutte le chat, le mail, gli sms o mms.¹⁰

Mentre con l'introduzione dell'art. 266 bis c.p.p., il legislatore si è mosso nel medesimo alveo delle intercettazioni telefoniche aventi ad oggetto conversazioni svolte tra due o più interlocutori a distanza, con l'unica differenza della sorgente (informatica) del flusso che si andava a captare, con la nuova disciplina introdotta dal D.Lgvo cit. si va a regolamentare il versante contiguo della captazione di suoni ed immagini tra presenti.

L'art. 266 co. 2, primo periodo, c.p.p., che disciplina le intercettazioni delle comunicazioni tra presenti, viene integrato, inserendo dopo le parole “tra

⁶ L. Annunziata, *Trojan di Stato: l'intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatico*, in *Parola alla difesa*, 2016, I, 189. Sul punto si veda anche Cass S.U. Sentenza n. 26889 del 28/04/2016.

⁷ I “sistemi informatici” sono quelli formati da computer ed elaboratori connessi tra loro fisicamente da cavi hardware per poter scambiarsi dati e informazioni.

⁸ I “sistemi telematici” sono quelli formati da reti di elaboratori che non sono collegati in modo permanente tra loro da cavi e collegamenti fisici, ma che per comunicare tra loro utilizzano cavi telefonici, modulatori di toni, satelliti, canali televisivi o altro; reti di computer.

⁹ Per la definizione di sistema informatico, cfr fra gli altri, l'art. 1 della Convenzione europea di Budapest del 2001 che ha consacrato la definizione di sistema informatico come «qualsiasi apparecchiatura o gruppo di apparecchiature interconnesse o collegate, una o più delle quali, in base ad un programma, compiono l'elaborazione automatica dei dati».

¹⁰ Colaiocco – Archivio Penale – Nuovi mezzi di ricerca della prova, l'utilizzo dei programmi spia.

presenti”, la seguente proposizione: “*che può essere seguita anche mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile*”. Con l’inoculazione del cd. *trojan*, il dispositivo del soggetto bersaglio (smartphone, notebook, tablet) diventa una microspia che consente di cogliere i dialoghi in “ambientale”.

Rispetto alle ulteriori potenzialità applicative del captatore informatico, il legislatore non ha ritenuto di consentirne l’utilizzo per l’acquisizione -mediante copia- di dati contenuti all’interno delle memorie di un dispositivo informatico (la cd. “*online search o one time copy*”). In tal caso, si tratterebbe di una sorta di perquisizione *on line* seguita da una raccolta occulta di dati al di fuori delle garanzie riservate al diritto di difesa in materia di deposito ed accesso agli atti ex art. 364-366 cpp.¹¹

Il captatore è in grado anche di visualizzare tutto ciò che appare sul dispositivo bersaglio. In tal caso, non si è in presenza di una “comunicazione” tra presenti (si pensi alla consultazione di una rubrica telefonica o di un appunto archiviato nell’agenda del dispositivo) e quindi i risultati della consultazione non potrebbero essere oggetto di acquisizione (ed utilizzazione).

Ma potrebbe trattarsi della visualizzazione di un flusso dati originata dalla connessione in internet (originata dal software skype, chat, mail, sms o mms).¹² In tal caso, l’acquisizione del dato sarebbe possibile attraverso una interazione operativa tra lo strumento di cui all’art. 266 bis cpp (intercettazione del flusso

¹¹ Al riguardo si segnala una pronuncia favorevole della Cass. Sez. 5, *Sentenza n. 16556 del 14/10/2009*, secondo cui “*È legittimo il decreto del pubblico ministero di acquisizione in copia, attraverso l’installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel “personal computer” in uso all’imputato e installato presso un ufficio pubblico, qualora il provvedimento abbia riguardato l’estrpolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del “personal computer” o che in futuro sarebbero stati memorizzati. (Nel caso di specie, l’attività autorizzata dal P.M., consistente nel prelevare e copiare documenti memorizzati sull’“hard disk” del computer in uso all’imputato, aveva avuto ad oggetto non un “flusso di comunicazioni”, richiedente un dialogo con altri soggetti, ma “una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico”, ossia “un flusso unidirezionale di dati” confinati all’interno dei circuiti del computer; la S.C. ha ritenuto corretta la qualificazione dell’attività di captazione in questione quale prova atipica, sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 ss. cod. proc. pen.)*”. In sede di primo commento si è ritenuto tuttavia che il caso specifico sottoposto all’attenzione della Cassazione non potesse costituire il presupposto per un’estensione generalizzata dello strumento, in quanto il caso di specie riguardava un captatore installato all’interno di un p.c. ubicato in un ufficio pubblico che non poneva tutte le implicazioni poste dalla preclusione di intrusione nei luoghi di cui all’art. 614 cp della disciplina ordinaria. In realtà, sempre in occasione dei primi commenti si è sottolineato come ragionare in termini di domicilio fisico possa essere, oramai, un dato superato, attesa l’introduzione del principio di “inviolabilità del domicilio informatico” come definito dalla L. 23 dicembre 1993, n. 547.

¹² Colaiocco – Archivio Penale – Nuovi mezzi di ricerca della prova, l’utilizzo dei programmi spia.

informatico- telematico) con quella di cui all'art. 266 co.2, primo periodo come da ultimo novellato con il decreto legislativo in commento.

Da un punto di vista strettamente tecnico, esistono programmi *dual use* che consentono di supportare entrambe le funzioni anche se con attivazioni distinte e modulabili in ragione del dispositivo autorizzativo ottenuto/ottenibile.

E' ipotizzabile che nella prassi le due utilizzazioni possano assumere carattere di complementarità per un più completo monitoraggio dell'universo di comunicazioni che si originano da (su, verso e tramite) il dispositivo bersaglio.

In conclusione, può ritenersi che la disciplina normativa sulla captazione informatica consenta (in aggiunta a quanto già disposto con l'art. 266 bis cpp, l'intercettazione dei flussi di comunicazioni relative a sistemi informatici o telematici) di intercettare le comunicazione tra presenti trasformando il dispositivo mobile in una sorgente di ascolto (audio e video).

Non è consentito utilizzare il captatore informatico per ispezionare/perquisire da remoto la memoria dell'hard disk del dispositivo bersaglio ed acquisirne i relativi contenuti esistenti in archivio (vedasi anche paragrafo seguente).

L'art. 4 del D.Lg.vo citato (rimasto invariato con il D.L. del 2019) innova, per come si è detto, l'art. 266 co. 2, primo periodo, c.p.p. consentendo l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti *anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile.*

Un primo profilo attiene alla precisazione del **carattere "portatile" del dispositivo intercettato.** Trattasi ovviamente dell'applicazione, intuitivamente, più funzionale ad assicurare un monitoraggio più incisivo persistente del bersaglio oggetto di ascolto in ragione della connettività perdurante (indifferente alle variabili spaziali), che caratterizza l'odierna vita di relazione.

Tecnicamente e in via astratta, il sistema potrebbe naturalmente adattarsi anche ad un desktop ed, attivarsi in costanza di accensione del dispositivo informatico fisso, di ufficio o di casa.

Non è ben chiaro, pertanto, se il legislatore non abbia voluto disciplinare tale situazione operativa, per la quale pertanto si dovrà far ricorso alle forme di cui all'art. 266 bis c.p.p., relativamente all'intercettazione del flusso di comunicazioni (ad esempio chat, mail) attivate con connessione in rete da supporto fisso, e ai sistemi tradizionali (una microspia audio all'interno del computer) per le eventuali intercettazioni tra presenti, ovvero – come appare più ragionevole – anche per i dispositivi fissi è possibile procedere alla cd. inoculazione del virus informatico (*malware*).

26.2. I presupposti applicativi e l'ambito di operatività.

Un ulteriore aspetto riguarda l'estensione dell'attività di ascolto ambientale attuata mediante captatore informatico.

In questo caso, la scelta del Legislatore è netta ed appare muoversi (con delle precisazioni) nel solco della sentenza delle Sezioni Unite del 2016¹³.

¹³ Sentenza n. 26889 del 28.4.2016, imp. Scurato “...Va invero evidenziato – scrivono i giudici delle SSUU – innanzi tutto il dato testuale della norma, posto che l'art. 266, comma 2, cod. proc. pen., si limita ad autorizzare «negli stessi casi» previsti dal comma primo della stessa norma, «l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti»: il riferimento all'ambiente è presente solo nella seconda parte della disposizione, in relazione alla tutela del domicilio.

La necessità dell'indicazione di uno specifico luogo - quale condizione di legittimità dell'intercettazione - non risulta inserita né nell'art. 266, comma 2 (in cui, con riferimento all'intercettazione di comunicazioni tra presenti, vi è solo la previsione di una specifica condizione per la legittimità dell'intercettazione se effettuata in un luogo di privata dimora), né nella giurisprudenza della Corte EDU secondo cui le garanzie minime che la legge nazionale deve apprestare nella materia delle intercettazioni riguardano la predeterminazione della tipologia delle comunicazioni oggetto di intercettazione, la ricognizione dei reati che giustificano tale mezzo di intrusione nella privacy, l'attribuzione ad un organo indipendente della competenza ad autorizzare le intercettazioni con la previsione del controllo del giudice, la definizione delle categorie di persone che possono essere - interessate, i limiti di durata delle intercettazioni, la procedura da osservare per l'esame, l'utilizzazione e la conservazione dei risultati ottenuti, la individuazione dei casi in cui le registrazioni devono essere distrutte (cfr., Corte EDU, 31/05/2005, Vetter c. Francia; Corte EDU, 18/05/2010, Kennedy c. Regno Unito): non è dato rilevare, dunque, alcun riferimento alla indicazione del luogo della captazione.

Anche la giurisprudenza sovranazionale conforta, pertanto, l'interpretazione secondo cui nell'intercettazione tra presenti, compiuta con mezzi definibili "tradizionali", il riferimento al luogo non integra un presupposto dell'autorizzazione, ma rileva solo limitatamente alla motivazione del decreto nella quale il giudice deve indicare le situazioni ambientali oggetto della captazione, e ciò solo ai fini della determinazione delle modalità esecutive del mezzo di ricerca della prova, che avviene mediante la collocazione fisica di microspie. Un'esigenza di questo tipo è invece del tutto estranea all'intercettazione per mezzo del c.d. virus informatico: la caratteristica tecnica di tale modalità di captazione prescinde dal riferimento ai luoghi, trattandosi di un'intercettazione ambientale per sua natura "itinerante"

[..]

Dunque, per costante giurisprudenza, quando risultano indicati il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti (diversi dai luoghi di privata dimora) in cui eseguirla, l'intercettazione deve ritenersi utilizzabile anche qualora venga effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria, riconoscendosi la "dinamicità" delle intercettazioni (in quanto eseguibili in ambienti diversi frequentati dal soggetto sottoposto a controllo).

9. Alla stregua di quanto appena argomentato, possono dunque individuarsi ulteriori **punti fermi**, de iure condito, secondo l'interpretazione consolidatasi nel tempo nella giurisprudenza di legittimità: a) di regola, **il decreto autorizzativo delle intercettazioni "tra presenti" deve contenere la specifica indicazione dell'ambiente nel quale la captazione deve avvenire solo quando si tratti di luoghi di privata dimora**, con la limitazione che, in detti luoghi, tali intercettazioni possono essere effettuate, in base alla disciplina codicistica, soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa; b) **per le intercettazioni "tra presenti" da espletare in luoghi diversi da quelli indicati dall'art. 614 cod. pen. (come, ad esempio, carceri, autovetture, capanni adibiti alla custodia di attrezzi agricoli, luoghi pubblici, ecc.), deve ritenersi sufficiente che il decreto autorizzativo indichi il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti dove essa va eseguita**: l'intercettazione resta utilizzabile anche qualora venga effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima **categoria**; c) l'indicazione del luogo o dell'ambiente della intercettazione "tra presenti" costituisce un indispensabile requisito autorizzativo nei soli casi in cui occorre fare applicazione della disciplina codicistica sulle limitazioni delle captazioni effettuate nei luoghi di privata dimora (vale a dire, la sussistenza del fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa)....”.

Viene mantenuta (con l'introduzione di un **comma 2-bis** all'art. 266 cpp) la differenziazione tra reati di cui agli art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p., in cui è sempre consentita l'intercettazione di comunicazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico, senza alcuna limitazione spaziale, ed altri reati enucleati in via generale dall'art. 266 co. 1, per i quali continua ad applicarsi la prescrizione che qualora avvengano nei luoghi indicati dall'art. 614 codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Un **regime intermedio** era previsto dall'art. 6 del D.Lgs 216/17 per i soli delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni (peculato, corruzione ecc), in relazione ai quali venivano ampliati i presupposti per l'autorizzazione a disporre le intercettazioni tra presenti con captatore informatico, allineandoli a quelli – più estesi¹⁴ – previsti per i delitti di cui all'art. 13 del D.L. n. 151 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991 (riportato alla nota 1).

Anche la durata delle operazioni era allineata a quella di cui all'art. 13 D.L. 152/91 (40 gg. Con proroghe di 20 gg.).

L'unica eccezione rispetto alla disciplina prevista per i reati di criminalità organizzata, atteneva alle intercettazioni "tra presenti" (mediante captatore informatico) all'interno dei **luoghi di privata dimora**, in relazione alle quali continuava a permanere la condizione per cui *"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 sul dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa"*.

Vi è stato a lungo un dibattito sul 2° comma della disposizione sopra richiamata, nella parte in cui, anziché far riferimento al "fondato motivo" richiesto per le ipotesi ordinarie di intercettazioni all'interno dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., si limitava a richiamare genericamente il "motivo", alleggerendo in tal modo il presupposto di ammissibilità.

Il quadro normativo in materia veniva peraltro riformato con la **Legge n. 3/2019**, avente ad oggetto il contrasto al fenomeno della corruzione, entrata in vigore il 31.1.2019.

La prima particolarità della nuova disposizione atteneva proprio alla tempistica: mentre per i delitti contro la P.A. la nuova più severa disciplina della L. n. 3/19 sul captatore informatico – comunque prevista comunque D.Lgs n. 216/17 – operava dal 31 gennaio 2019, per i delitti di criminalità organizzata mafiosa e terroristica essa, invece, rimaneva sospesa in attesa dell'entrata in vigore del citato D.Lgs.

¹⁴ Per la legislazione speciale, art. 13 D.L. 13 maggio 1991, n. 152 in materia di criminalità organizzata si richiedono i **sufficienti** (non gravi) indizi di reato e la **necessità** (non indispensabilità) a fini di indagine.

La seconda, più significativa novità, era l'abrogazione del comma 2 del citato art. 6 D.Lgs 216/17, con conseguente omologazione totale dei delitti contro la P.A. a quelli mafiosi e terroristici, anche con riferimento ai luoghi di privata dimora. Per cui, anche in questi casi era "sempre" consentito l'inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile 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.

La nuova disciplina introdotta dal D.L. n. 161/19 lasciava inalterato il superiore sistema di cui alla L. n. 3/2019, estendendola anche agli "incaricati di pubblico servizio".

La Legge di conversione n. 7/2020 peraltro ha apportato significative novità sullo specifico punto.

All'art. 266, co. 2 bis, infatti, nella parte in cui si estendeva l'intera disciplina dei delitti di criminalità organizzata mafiosa e terroristica ai più gravi delitti contro la P.A. è stata apportata la seguente modifica (n.d.r.: *si riporta in grassetto la parte modificata*):

[..]

*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'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater **e, previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali 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.***

[..]

Si è prevista, pertanto, non solo l'estensione della disciplina più severa di cui all'art. 13 anche agli "incaricati di pubblico servizio", ma altresì e soprattutto, è consentita ora l'intercettazione "ambientale" anche nei luoghi di privata dimora, non solo nelle ipotesi classiche di fondato motivo di ritenere che ivi si svolga l'attività delittuosa, ma anche allorquando sussistono mere ragioni giustificative non connesse necessariamente alla commissione *in fieri* o in concreto dei delitti per cui si procede.

In definitiva e riepilogando, i presupposti per l'autorizzazione all'intercettazione mediante captatore informatico sono:

1. per i reati di cui agli articolo 51, commi 3 bis e 3 quater

- sufficienti indizi di reato;
- necessità (non assoluta indispensabilità) ai fini delle indagini;
- nessuna limitazione spaziale (sempre possibile anche nei luoghi di privata dimora).
- durata di 40 giorni per il primo periodo e 20 giorni per i periodi successivi,
- possibilità di proroga disposta d'urgenza dal PM con successiva convalida del Gip;

- possibilità di attivazione con decreto d'urgenza del PM con l'esplicitazione dei luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono (art. 267, co. 2-bis).

2. Per i delitti contro la P.A. puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo cinque anni

- sufficienti indizi di reato;
- necessità (non assoluta indispensabilità) ai fini delle indagini;
- parziale limitazione spaziale (nei luoghi di privata dimora solo quando vi siano ragioni che ne giustifichino l'utilizzo).
- durata di 40 giorni per il primo periodo e 20 giorni per i periodi successivi;
- possibilità di attivazione con decreto d'urgenza del PM con l'esplicitazione dei luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono (art. 267, co. 2-bis).

3. per gli altri reati indicati nell'articolo 266 c.p.p.

- gravi indizi di reato
- assoluta indispensabilità dell'intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini;
- limitazione spaziale (nei luoghi di privata dimora è consentita soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa).
- Durata di 15 giorni per il primo ed i successivi periodi di ascolto;
- Impossibilità di attivazione con decreto di urgenza del P.M. (art. 267, co. 2-bis).

A proposito dell'ambito applicativo delle intercettazioni mediante virus informatico, si è in precedenza osservato come il legislatore delegato del 2017 si era mosso nella scia della decisione della Cass. S.U. n. 26889 del 2016, che aveva enucleato un criterio interpretativo della **nozione di criminalità organizzata** che lasciava intravedere possibilità applicative anche al di fuori del perimetro normativo disegnato dai reati di competenza della D.D.A (art. 51 co 3 bis e quater cpp) e che ricomprendeva ogni ipotesi associativa¹⁵.

Il Legislatore delegato del 2017 è stato invece estremamente chiaro sul punto: solo per i reati di cui agli art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. deve ritenersi sempre consentita l'intercettazione di comunicazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico.

Per cui, al di fuori di tali casi, anche qualora si verta in un indagine per reati di cui all'art. 416 cp, come meglio articolata nella sentenza delle Sezioni Unite, ma non

¹⁵ "... Per reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell'art. 51, commi 3 bis e 3 quater cod. proc. pen., ma anche quelli comunque facenti capo di un'associazione per delinquere, ex art. 416 cod pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato".

rientrante nelle fattispecie di cui all'art. 51 co. 3-bis e 3-quater, dovrebbe applicarsi la sola disciplina "ordinaria" di cui all'art. 266 co. 2, secondo periodo c.p.p.

Le potenzialità tecniche del captatore informatico consentirebbero di utilizzare il dispositivo mobile bersaglio anche come una telecamera. Si pone, pertanto, il problema di verificare se, ed in quale misura, sia possibile catturare immagini (e non suoni), quelli cioè che sono stati definiti "**comportamenti non comunicativi**"¹⁶, nei luoghi di cui all'art. 614 c.p.

Nella nuova disciplina (così come già nella precedente del 2017) non vi è alcun accenno alla questione. Occorre pertanto rifarsi ai criteri generali e, nello specifico, ai principi enucleati dalla Cass. SS.UU., con la sentenza n. 26795 del 2006 che ha ribadito il **divieto delle riprese visive di comportamenti non comunicativi avvenuti in ambito domiciliare**¹⁷.

Pertanto anche qualora fosse astrattamente possibile sul piano tecnico attivare la telecamera da remoto di un dispositivo mobile in funzione di "**mera riproduzione di immagini all'interno di un luogo di privata dimora**" e non per captare comunicazioni tra presenti in atto, si verterebbe nell'ambito di una **attività non consentita**.

Per questa ragione, per come di vedrà tra breve, il Legislatore richiede un onere aggiuntivo di motivazione nel decreto di autorizzazione all'intercettazione con captazione informatica (art. 267 co. 2 bis c.p.p.).

26.3. L'autorizzazione e le modalità esecutive.

Nel solco tracciato dal "doppio binario" (reati di competenza DDA-Antiterrorismo e reati di competenza ordinaria), il Legislatore del 2017 aveva previsto due ulteriori importanti novità procedurali.

Novità che, ora, per effetto della nuova disciplina del 2019, sono estese anche ai più gravi delitti contro la P.A. commessi sia dal p.u. che dall'incaricato di pubblico servizio.

Con la prima, attraverso l'introduzione di un **secondo periodo** al primo comma dell'art. 267 c.p.p., è previsto un "onere di motivazione" aggiuntivo: "**il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante l'inserimento di captatore**

¹⁶ Per la nozione di "**comportamenti non comunicativi**" si può far richiamo a Cass. pen. Sez. VI, n. 4397/1997, secondo cui "*la nozione di comunicazione consiste nello scambio di messaggi fra più soggetti, in qualsiasi modo realizzati (ad esempio, tramite colloquio orale o anche gestuale)....*" e che "*l'attività di intercettazione è appunto diretta a captare tali messaggi.*" Nel corpo della medesima pronuncia il Supremo Collegio sostenne, poi, che attività del tutto differente dall'usuale azione intercettativa sopra descritta, è quella di "*captare immagini relative alla mera presenza di cose o persone o ai loro movimenti, non funzionali alla captazione di messaggi*".

¹⁷ Cass. SS.UU., con la sentenza n. 26795 del 28.3.2006 (dep. 28.7.2006), imp. Prisco: "*Le riprese video di comportamenti "non comunicativi" non possono essere eseguite all'interno del "domicilio", in quanto lesive dell'art. 14 Cost.. Ne consegue che è vietata la loro acquisizione ed utilizzazione anche in sede cautelare, e, in quanto prova illecita, non può trovare applicazione la disciplina dettata dall'art. 189 cod. proc. pen..(v. Corte cost. n. 135 del 2001)*".

informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'art. 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 e' prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4, i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono".

Con tale nuova disposizione, si è voluto evidentemente responsabilizzare l'A.G. e la P.G. ad adottare in maniera mirata tale invasivo strumento di ascolto, ricorrendovi solo ove non sia diversamente surrogabile, introducendo un **onere di motivazione aggiuntiva** (relativa alle ragioni che rendono necessario il ricorso a tale strumento), da inserire nel decreto autorizzativo.

Il senso più compiuto dell'intervento traspariva dalla seconda parte della disposizione del comma 1 dell'art. 267 c.p.p., dove si prescriveva – sempre per i reati non distrettuali e per i più gravi delitti contro la P.A. – di **indicare, nel decreto, "i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono"**.

Ciò consente di ipotizzare altresì che, per il Legislatore, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'utilizzo del captatore informatico sia uno strumento itinerante ma ad attivazione temporale (ad esempio per captare conversazioni in un summit tra indagati o incontri di interesse investigativo) e spazialmente (all'aperto o con le citate eccezioni nei luoghi di cui all'art. 614 cp) determinati.

In buona sostanza, proprio per la necessità di assicurare preventivamente la verificabilità del rispetto dei divieti di intercettazione nei luoghi di privata dimora, si fa onere all'A.G. di predeterminare le condizioni di utilizzabilità dello strumento e della sua attivazione on demand, richiamando i principi già fissati dalla sentenza delle SS.UU. del 2016, imp. Scurato, richiamata portata in nota).

Ed il mancato rispetto di tale onere di motivazione aggiuntiva, rientrando esso nell'ambito dell'art. 267, sarà sanzionato, ai sensi dell'art. 271, co. 1, con la inutilizzabilità dei relativi risultati.

Le medesime conseguenze (inutilizzabilità) sono ora previste, dal nuovo comma 1-bis del citato art. 271, per i **"dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo"**.

Un doppio presidio di verifica, quindi: l'uno *ex ante*, a livello autorizzativo, attinente alla motivazione della insurrogabilità con altri strumenti captativi; l'altro *ex post*, a livello di controllo di corrispondenza tra esecuzione delle operazioni (con riferimento al luogo e al tempo) e il decreto. Entrambe le violazioni sanzionate con l'inutilizzabilità.

Sul piano pratico e operativo tutto ciò comporta che gli organi p.g. dovranno attentamente monitorare, o attraverso i tradizionali servizi di osservazione o con l'utilizzo di più innovativi strumenti tecnologici (g.p.s. sul telefono), anche gli spostamenti delle persone intercettate, e, ove possibile, attivare il captatore nei

luoghi e nelle ore per cui sia intervenuta l'autorizzazione ed essere pronti a disattivarlo allorquando questi abbiano fatto ingresso nei luoghi di privata dimora, all'interno dei quali l'intercettazione non è consentita.

Qualora sia possibile - sulla scorta delle pregresse acquisizioni di indagine, anche di natura tecnica (ad es. intercettazioni di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche ex art. 266 co. 2 bis, c.p.p.) - prevedere tempi e luoghi di spostamento dell'indagato, è consigliabile predeterminare il periodo di attivazione della sorgente di ascolto e ripresa video, spaziale e temporale (ad esempio, nell'orario in cui il bersaglio si reca sul luogo in cui si effettuano le comunicazioni tra presenti di interesse investigativo).

Qualora si tratti di captare le conversazioni tra partecipanti ad uno specifico incontro (un summit tra indagati, la consegna del compendio usurario, uno scambio in materia di sostanze stupefacenti ecc), sarà necessario fornire gli elementi circostanziali che, sulla base di evidenze probatorie, siano indicativi del luogo di incontro e relative coordinate temporali, inizio e tendenziale durata, tenendo presente il dato, estremamente significativo, relativo alla **impossibilità per i delitti "non mafiosi" e per quelli più gravi contro la P.A. di procedere con decreto di intercettazione di urgenza del p.m.** (v. oltre).

A proposito di "tempo" e "luogo" delle intercettazioni, occorre peraltro chiarire che - a parere di questo Ufficio - in attesa della prevedibile evoluzione giurisprudenziale sul punto, l'interpretazione più ragionevole (dettata anche dall'inciso contenuto nella disposizione "*anche indirettamente determinati*") sembra ancora essere quella elaborata dalle SS.UU. del 2016 sopra richiamata, la quale, lungi dal richiedere una dettagliata indicazione dello specifico luogo in cui gli incontri da intercettare avverranno, fa correttamente rinvio ad una generica "*tipologia*" e a "*categorie*" di luoghi, richiedendo una specificazione dettagliata (per evidenti ragioni connesse ai più ristretti presupposti richiesti dalla norma) solo per quei luoghi rientranti nel novero dell'art. 614 c.p..

Ed invero, sarebbe assolutamente irragionevole rendere inutilizzabile il risultato di un'intercettazione solo perché l'indagato (usuraio, estortore, spacciatore, ricettatore e simili) abbia deciso, all'ultimo minuto, di incontrare la vittima in un ristorante piuttosto che in un bar, ovvero all'interno dell'auto piuttosto che lungo la strada. O, ancora più irragionevolmente, qualora l'incontro (ed eventualmente lo dazione) sia avvenuta in un corridoio piuttosto che all'interno dell'ufficio (pubblico o aperto al pubblico o accessibile a più soggetti) in uso all'indagato.

E così per quanto riguarda l'indicazione temporale, appare irragionevole la sanzione di inutilizzabilità nelle ipotesi in cui, per qualsivoglia ragione imputabile o meno (si pensi al traffico cittadino che ritardi l'incontro o al ritardo aereo) ad uno dei soggetti da intercettare, l'incontro slitti ad un orario diverso da quello previsto (e magari riportato nel decreto autorizzativo).

Anche con riferimento al "tempo" quindi, appare condivisibile un'interpretazione più elastica (ma non certamente meno rigorosa), che consente di far riferimento al tipo di incontro, alla "occasione" in cui esso avverrà e alle ragioni dello stesso.

La seconda innovazione, sul piano autorizzativo, riguarda appunto **l'intercettazione di urgenza**.

Come noto, l'art. 267, co. 2 c.p.p. consente al P.M. di disporre, con proprio decreto, le intercettazioni di comunicazioni quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo nell'adozione del provvedimento autorizzativo possa derivare grave pregiudizio alle indagini.

Questa facoltà, riconosciuta per ogni tipo di intercettazione (telefoniche, tra presenti, del flusso di comunicazioni informatiche e telematiche), **non** è invece **consentita per attivare in via di urgenza l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante captatore informatico**, eccetto i casi in cui si proceda per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. e per i più gravi delitti contro la P.A.

In questi ultimi casi, peraltro, il p.m. dovrà assolvere al medesimo onere motivazionale del GIP di cui al precedente comma 1, indicando *“i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono”*.

26.4 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.).

Si è già precedentemente esaminata la disciplina generale relativa ai limiti di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per cui sono state disposte e la modifica, che in tal senso è intervenuta all'art. 270, comma 1, in virtù della legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020.

Il testo originario della riforma del 2017 aveva previsto un ulteriore limite all'uso delle intercettazioni tra presenti effettuate tramite captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile.

Era stato inserito un nuovo **comma 1-bis dell'art. 270 c.p.p.** che sanciva la **inutilizzabilità** dei risultati di ascolto a fini di prova per **reati diversi** da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

La disposizione ricalcava quella del primo comma dell'art. 270, ma operava in senso decisamente più restrittivo, limitando l'utilizzabilità ai **soli reati per i quali l'intercettazione è stata disposta** ed escludendola per altre tipologie di reato, anche nelle ipotesi in cui si tratti di delitti per cui si procede nell'ambito dello “medesimo procedimento” ed anche (salvo attendere la futura evoluzione giurisprudenziale) per delitti connessi, con la sola salvezza dei risultati indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

La locuzione “reati diversi” in luogo di quella di “procedimenti diversi” non sembra lasciare ipotizzare una diversa conclusione.

Ne restavano quindi fuori i risultati relativi all'accertamento di reati per i quali non era previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, anche nelle ipotesi di connessione qualificata, che invece erano (e sono) ammessi dalla giurisprudenza per altri tipi di intercettazione, allorquando possa escludersi la diversità del procedimento penale¹⁸.

Si trattava, pertanto, di un duplice limite, esterno ed interno; non solo quei risultati di prova erano inutilizzabili in procedimenti diversi, ma altresì non potevano utilizzarsi nemmeno all'interno del medesimo in relazione ad altri eventuali reati emersi dalle indagini (salvo per quelli per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e i risultati delle intercettazioni fossero indispensabili per provarli).

Il nuovo comma 1 bis dell'art. 270 c.p.p. introdotto dal Decreto Legge n. 161/2019, stabilisce invece 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”**.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 è ulteriormente intervenuta sul comma 1-bis, inserendo il seguente inciso:

“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'art. 266, comma 2-bis

Come si vede, la legge di conversione, lasciando inalterato il novero dei reati per i quali i risultati intercettativi ottenuti mediante utilizzo del captatore sono utilizzabili anche in procedimenti diversi per i quali esse sono state disposte, innalza tuttavia la soglia probatoria, venendo richiesti requisiti più pregnanti.

Infatti, se il legislatore con il D.L. del 2019 chiedeva solo che i reati diversi fossero compresi nel novero di quelli mafiosi, terroristici e contro la Pubblica Amministrazione punibili con la reclusione nel massimo non inferiore a 5 anni, per effetto della modifica apportata dalla Legge di conversione, in relazione a tali reati, è richiesto che i risultati delle intercettazioni possano essere utilizzati per la prova di detti reati qualora **“risultino indispensabili”** per il loro accertamento.

Tutto ciò premesso, si rinvia ad un successivo provvedimento di dettaglio per la regolamentazione dell'accesso e della consultazione degli atti presso l'archivio digitale.

S'invitano, pertanto, i Magistrati dell'Ufficio e la Polizia Giudiziaria in indirizzo ad attenersi scrupolosamente alle suindicate direttive impartite in tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali, per i procedimenti iscritti successivamente alla data del 31 agosto 2020.

Si evidenzia, inoltre, l'opportunità di un'attività di formazione del personale

¹⁸ Cfr. la recente sentenza Cavallo già richiamata.

Ne restavano quindi fuori i risultati relativi all'accertamento di reati per i quali non era previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, anche nelle ipotesi di connessione qualificata, che invece erano (e sono) ammessi dalla giurisprudenza per altri tipi di intercettazione, allorquando possa escludersi la diversità del procedimento penale¹⁸.

Si trattava, pertanto, di un duplice limite, esterno ed interno; non solo quei risultati di prova erano inutilizzabili in procedimenti diversi, ma altresì non potevano utilizzarsi nemmeno all'interno del medesimo in relazione ad altri eventuali reati emersi dalle indagini (salvo per quelli per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e i risultati delle intercettazioni fossero indispensabili per provarli).

Il nuovo comma 1 bis dell'art. 270 c.p.p. introdotto dal Decreto Legge n. 161/2019, stabilisce invece 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”*.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 è ulteriormente intervenuta sul comma 1-bis, inserendo il seguente inciso:

*“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'art. 266, comma 2-bis*

Come si vede, la legge di conversione, lasciando inalterato il novero dei reati per i quali i risultati intercettativi ottenuti mediante utilizzo del captatore sono utilizzabili anche in procedimenti diversi per i quali esse sono state disposte, innalza tuttavia la soglia probatoria, venendo richiesti requisiti più pregnanti.

Infatti, se il legislatore con il D.L. del 2019 chiedeva solo che i reati diversi fossero compresi nel novero di quelli mafiosi, terroristici e contro la Pubblica Amministrazione punibili con la reclusione nel massimo non inferiore a 5 anni, per effetto della modifica apportata dalla Legge di conversione, in relazione a tali reati, è richiesto che i risultati delle intercettazioni possano essere utilizzati per la prova di detti reati qualora **“risultino indispensabili”** per il loro accertamento.

Al fine di una migliore intellegibilità delle modifiche intervenute, si allega al presente provvedimento uno schema comparativo tra vecchia e nuova disciplina in materia di intercettazione, evidenziando in grassetto le nuove disposizioni.

Tutto ciò premesso, si rinvia ad un successivo provvedimento di dettaglio per la regolamentazione dell'accesso e della consultazione degli atti presso l'archivio digitale.

S'invitano, pertanto, i Magistrati dell'Ufficio e la Polizia Giudiziaria in indirizzo

¹⁸ Cfr. la recente sentenza Cavallo già richiamata.

ad attenersi scrupolosamente alle suindicate direttive impartite in tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali, per i procedimenti iscritti successivamente alla data del 31 agosto 2020.

Si evidenzia, inoltre, l'opportunità di un'attività di formazione del personale amministrativo e di Polizia Giudiziaria, con riferimento alle rilevanti innovazioni introdotte dalla normativa.

Si trasmetta il presente provvedimento:

Ai Sostituti Procuratori - sede

Ai Vice Procuratori Onorari - sede

Al Questore di Avellino

(con preghiera di diramazione a tutti gli Uffici dipendenti)

Al Comandante Provinciale dell'Arma Carabinieri di Avellino

(con preghiera di diramazione a tutti i Comandi dipendenti)

Al Comandante Provinciale della Guardia di Finanza di Avellino

(con preghiera di diramazione a tutti i Comandi dipendenti)

Al Direttore Amministrativo coordinatore del settore penale – sede

Al Funzionario Responsabile del Servizio Intercettazioni – sede

Ai Responsabili delle Aliquote di Polizia Giudiziaria - sede

e, per conoscenza:

Al Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Napoli

Al Presidente del Tribunale – sede

Il Procuratore della Repubblica f.f.

Vincenzo D'Onofrio

