



PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Cuneo

Prot. N. 2881/19

**Al Signor
Presidente del
Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Cuneo**

Trasmetto la nota redatta a commento sulla prossima entrata in vigore della normativa in tema di intercettazioni, per quanto d'interesse.

Con viva cordialità

Cuneo, 23 settembre 2019.

Il Pubblico Ministero
Onelio Dodero



PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Cuneo

Prot. N. 2881/19

Al Signor
Questore

Al Signor
Comandante Provinciale
dell'Arma dei Carabinieri

Al Signor
Comandante Provinciale
della Guardia di Finanza

CUNEO

e p.c.:

Ai Signori Responsabili
delle Aliquote di p.g.

All'Ufficio Intercettazioni
App.s.q.s. Stefano Dalmasso

Decreto Legislativo 29 dicembre 2017 n. 216 recante “Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all’art. 1 commi 82, 83 e 84 lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103”.

1. Premessa.

E' un postulato che le intercettazioni siano uno strumento di ricerca della prova tanto irrinunciabile quanto invasivo.

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

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

Nell'annoso silenzio del Legislatore, l'attenzione al tema era già stata oggetto di linee guida emanate dai Procuratori della Repubblica di Roma, Napoli e Torino, quali virtuose autoregolamentazioni per ostacolare la diffusione di notizie tanto ghiotte al "pubblico", quanto ininfluenti sui procedimenti, cui aveva fatto seguito la "*Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione*" adottata dal CSM il 29 luglio 2016, con la quale si dava atto che quelle iniziative erano "*tutte animate dal condivisibile obiettivo di impedire la indebita diffusione di dati personali non rilevanti, acquisiti nel corso delle operazioni di intercettazione*", a testimonianza della "*esistenza di una peculiare, meritevole e crescente attenzione da parte dei Procuratori della Repubblica in ordine al tema del trattamento dei dati tratti da intercettazioni, tesa ad evitare l'ingiustificata diffusione di conversazioni non funzionali ai provvedimenti giudiziari e a valorizzare in tale direzione, nell'ambito della autonomia interpretativa, il sistema normativo vigente, alla luce dei canoni costituzionali in gioco*"¹.

Mosse le acque, con la legge delega 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. *riforma Orlando*), il Legislatore intese mettere mano alla materia.

L'esito consiste nel Decreto Legislativo 29 dicembre 2017 n. 216 recante "*Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'art. 1 commi 82, 83 e 84 lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103*", il quale tratteggia una disciplina che rivisita, innovandola, quella del codice di rito, regolandone gli aspetti più sensibili, nel tentativo di arginare ogni possibile nociva diffusione di colloqui non pertinenti con le indagini.

E' noto che le nuove disposizioni sarebbero dovute entrare in vigore dal 26 luglio 2018, salvo la disposizione che introduce un'eccezione al divieto di pubblicazione degli atti del procedimento per le ordinanze in materia cautelare, la quale è efficace dal 26 gennaio 2019.

Tuttavia, la data di entrata in vigore è stata, dapprima, prorogata dalla Legge di Bilancio 2019 (n.145/2018) al 1 agosto 2019 e, quindi, con il decreto legge n.53/2019 ("*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*" o cosiddetto *decreto sicurezza bis*), l'efficacia delle nuove disposizioni è stabilita "**dopo il 31 dicembre 2019**" [art.9, comma 2, lett. a)], ossia al prossimo **1 gennaio 2020**.

Eccetto nuovi ripensamenti, pertanto, a far tempo dal primo giorno del 2020 una disciplina, per più aspetti innovativa, regolerà la materia.

E', dunque, necessario apprestarsi in tempo, dando conto delle novità, soprattutto rilevanti in tema di nuove regole sulla formazione, conservazione, selezione ed utilizzazione delle intercettazioni.

Si tratta, del resto, delle disposizioni che interessano più da vicino l'operatore del diritto.

2. Finalità e sintesi dell'intervento normativo.

¹ Pretti "*Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*", in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2018;

La delega parlamentare aveva scopo di aumentare il livello di tutela della riservatezza dei soggetti sottoposti ad intercettazioni, specialmente di coloro che risultino occasionalmente coinvolti ed estranei all'attività investigativa.

Come, infatti, si legge nella *Relazione illustrativa* al provvedimento in esame, le disposizioni adottate “*perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova*”².

Tra altro, la legge delega indicava “*una serie di misure destinate non soltanto a bloccare la conoscibilità all'esterno di tali comunicazioni o conversazioni, sanzionandone penalmente in taluni casi la diffusione, ma anche e prima di tutto limitando già a monte la possibilità per la polizia giudiziaria finanche di procedere alla verbalizzazione di simili conversazioni “irrilevanti” e, poi, a cascata, che le stesse siano utilizzate a fini di prova, così come, parimenti, a fronte di intercettazioni viceversa considerate “rilevanti”, imponendo una loro utilizzazione parsimoniosa e misurata da parte del P.M. prima e del Giudice poi in caso di eventuale richiesta e applicazione di una misura cautelare, prescrivendo la riproduzione (e per il P.M., ancor prima, una trasmissione per così dire selettiva del materiale captato) soltanto dei “brani essenziali” delle comunicazioni e conversazioni intercettate*”³.

Da qui, prende le mosse il nuovo testo di legge, nel difficile tentativo di conciliare i poteri investigativi con la tutela dei diritti alla riservatezza di terzi (e pure degli stessi indagati), secondo cinque momenti qualificanti:

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

Da questi presupposti, la riforma si articola sui seguenti, conseguenti, punti:

- le modalità di redazione del c.d. brogliaccio, ossia dei verbali delle operazioni di ascolto delle conversazioni e delle comunicazioni;
- il deposito di tali verbali e il relativo avviso ai difensori;
- l'archivio per la conservazione del materiale intercettato, in attesa della cernita tra quello che confluirà nel fascicolo delle indagini di cui all'art.373, comma 5 c.p.p. (ossia il fascicolo del p.m.) e quello che resterà nell'archivio riservato;
- le richieste al giudice di acquisizione al fascicolo delle indagini delle conversazioni che costituiranno materiale probatorio;
- il relativo provvedimento del giudice e l'eventuale udienza stralcio;

² Cfr. Relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni» (472-bis), consultabile sui siti internet di Camera e Senato.

³ Pestelli “*Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*” in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2018.

- le modalità di trasposizione delle conversazioni nella richiesta di misura cautelare e nella successiva ordinanza cautelare del giudice;
- l'uso dei captatori informatici.

Tra i primi commenti al testo di legge, si è rilevato che *“Rispetto al passato si accentua la responsabilità del p.m. quale garante di una accorta selezione del materiale da far confluire nel fascicolo e si introducono criteri, purtroppo ancora elastici, sulla base dei quali effettuare la selezione. Inoltre si individua un percorso condiviso con la difesa per giungere allo stralcio delle conversazioni da eliminare, percorso che rappresenta sicuramente il focus della riforma. Il legislatore lo ha disciplinato delineando un subprocedimento finalizzato proprio al filtro del materiale probatorio, prima ancora di quella udienza ex articolo 268 comma 6 e 7 che scarsa fortuna ha avuto nella pratica quotidiana.”*⁴.

3. Il divieto di trascrizione (artt.268, comma 2 bis e comma 2 ter, 267, comma 4, 103, comma 7 c.p.p.).

Invariati i presupposti per ricorrere alle intercettazioni, le novità riguardano la documentazione delle operazioni.

L'obiettivo consiste nel comprimere il più possibile lo spazio della potenziale diffusione mediatica del contenuto dei dialoghi registrati e viene perseguito riducendo il portato di quel che può essere trascritto.

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

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

In questi casi, il verbale della p.g. riporterà esclusivamente la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta⁵.

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

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

“Non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori...e le persone da loro assistite..Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e

⁴“Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni”, emanate dalla Procura di Velletri il 15.1.2018.

⁵ Intanto, il Legislatore ricorre al termine “verbale delle operazioni”, nella prassi il cosiddetto brogliaccio che, tuttavia, non è più un vero e proprio verbale cartaceo, contenente la trascrizione sommaria dei colloqui registrati, essendo stato da tempo sostituito dal riepilogo cronologico inserito dall'operatore di p.g. nel sistema informatico e li destinato a restare. Il p.m. solitamente conosce il sunto di quelle conversazioni in occasione della richiesta di proroga, ma può anche conoscerlo con atti interlocutori, quali informative parziali, note specifiche, richieste di autorizzazione di altre utenze; cfr. anche le “Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni” emanate dalla Procura di Velletri il 15.1.2018.

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."

(art.103, comma 5 e comma 7 c.p.p.).

Resta ovviamente fermo quanto già previsto nell'art.268, comma 2 c.p.p. riguardo alle conversazioni registrabili e trascrivibili, ossia che *"nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate"*.

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

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

Con la riforma, si fa espresso divieto di riportare queste conversazioni fino a impedire anche il ricorso a sintetiche formule per fare intendere che il contenuto non attiene alle indagini.

Di questi dialoghi, pertanto, nulla potrà essere riferito, dovendosi la p.g. limitarsi ad annotare nel verbale la data, l'ora e l'utenza intercettata.

Saranno, dunque, trascrivibili, anche sommariamente, soltanto le conversazioni *rilevanti* ai fini dell'indagine.

Discende, conseguentemente, che il problema consisterà nell'individuare l'ambito della rilevanza della conversazione.

3.1. La selezione delle intercettazioni "rilevanti" (artt.268, comma 2 bis e 267, comma 4 c.p.p.).

Nella valutazione di quali intercettazioni siano da trascrivere, in quanto rilevanti, la norma si limita a indicare che **non** sono rilevanti e, dunque, da non trascrivere:

1) le comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti

2) le comunicazioni o conversazioni parimenti non rilevanti che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge

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

Qualora l'intercettazione sia ritenuta "irrilevante" o "non rilevante", non sarà trascritta e nel verbale delle operazioni compiute si indicheranno soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui è intervenuta.

Ponendo il divieto della trascrizione nel brogliaccio, la nuova disciplina appare attribuire direttamente alla polizia giudiziaria il compito di valutare, fin dai primi momenti dell'attività tecnica, quali conversazioni si debbano, si possano o sia vietato trascrivere, seppur sommariamente, nel verbale delle operazioni.

Tuttavia, per evitare che una scelta così rilevante quanto agli effetti sia lasciata esclusivamente alla p.g., nonché per permettere il dovuto coordinamento investigativo tra tutti gli attori inquirenti, si prevede che anche il p.m. intervenga in questa fase destinata al non agevole compito di selezionare le conversazioni captate che costituiranno oggetto di trascrizione nei c.d. brogliacci.

Il nuovo art.267, comma 4 c.p.p. stabilisce, infatti, che l'ufficiale di p.g., prima di provvedere ai sensi dell'art.268, comma 2 bis c.p.p., ossia prima di non procedere alla trascrizione ritenendo sussistente il divieto di trascrivere le conversazioni, informi *"preventivamente"* il p.m. *"con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni"* intercettate, al fine di consentire un'interlocuzione preliminare (e

formale, trattandosi di annotazione) tra p.m. e p.g. destinata proprio alla successiva cernita delle conversazioni da inserire nei verbali di intercettazione.

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

Deve, dunque, aver corso una formale interlocuzione preventiva scritta tra la p.g. ed il p.m. al fine di decidere se non trascrivere nel verbale una conversazione perché di dubbia rilevanza per le indagini, così limitandosi ad annotarne soltanto la data, l'ora e l'utenza intercettata.

Il p.m., se, al contrario, deciderà di far inserire nel brogliaccio il contenuto della conversazione oggetto dell'annotazione in quanto ritenuta comunque sia rilevante per le indagini, provvederà con apposito decreto, in difetto del quale la p.g. non potrà trascriverla nel verbale delle operazioni.

Dunque, occorrerà sempre valutare la rilevanza della conversazione, presupposto imprescindibile per essere riportata, seppur anche sommariamente, nel verbale delle operazioni⁶.

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

Resta, però, a rilevarsi che questa interlocuzione scritta dovrebbe pur sempre essere preceduta da contatti, e comunicazioni tra gli organi inquirenti, soprattutto nei casi di dubbia valutazione, rappresentando un aspetto naturale del rapporto investigativo che si instaura tra il p.m. e la p.g. ed essendo, pertanto, *naturale* che quest'ultima sottoponga al titolare dell'indagine i casi di conversazioni “problematiche” quanto alla rilevanza ovvero al coinvolgimento di dati sensibili.

Del resto, queste segnalazioni non appaiono contrastare, ma anzi essere funzionali alla *ratio* normativa, in quanto utili a una prima valutazione della rilevanza o meno del materiale registrato e pur sempre non escludendo il successivo inoltro di un'annotazione formale qualora la p.g. ritenga, all'esito delle interlocuzioni, di confermare la propria valutazione di non trascrivibilità.

Si aggiunga che, soprattutto nei primi momenti delle intercettazioni, il giudizio sulla “irrilevanza” o “non rilevanza” di alcune registrazioni non è sempre agevole e una decisione affrettata sarebbe foriera di oggettivi nocimenti all'indagine.

Si tenga, infatti, conto che “*a fronte di intercettazioni pertinenti rispetto ai fatti oggetto delle indagini, una valutazione sulla rilevanza condotta agli albori dell'inchiesta parrebbe imporre una anticipazione eccessiva di valutazioni che trovano la loro sede naturale a margine dell'istruzione probatoria: si pensi alla delicatezza dell'ipotesi in cui la conversazione, pur riguardando i fatti oggetto di indagine, contenga dati sensibili che appaiono prima facie del tutto irrilevanti ai fini dell'inchiesta, ma dei quali non si escludono possibili future rivalutazioni*”⁷.

Del resto, è un dato del tutto notorio per l'operatore che le conversazioni non sono sempre immediatamente intellegibili e tali da permettere un'unitaria, logica, lettura dei diversi avvenimenti cui si

⁶ Al proposito, da più parti si è criticata la scelta legislativa di ricorrere ad una terminologia non propriamente tecnica, poiché “*ad un approccio strettamente tecnico, il riferimento alle intercettazioni “irrilevanti” – in quanto riguardanti fatti o circostanze estranee alle indagini – dovrebbe essere meglio precisato attraverso l'impiego del concetto di pertinenza: un dato può essere irrilevante ogniqualvolta, ancorché pertinente rispetto ad un tema, risulti inidoneo a portare un'informazione utile; pertanto, le intercettazioni che riguardano fatti o circostanze estranei alle indagini appaiono “non pertinenti” prima e piuttosto che irrilevanti*”, C. CONTI, “*La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”*”, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 3/2017, 82 s.; Pestelli “*Brevi note sul nuovo Decreto Legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*” in Diritto Penale Contemporaneo, n.1/2018, pag.172 ss.

⁷ C. Conti, *op. cit.*, 83.

riferiscono in quanto spesso frazionate nel tempo, ricche di sfumature, di termini criptici, di argomenti diversi.

“..comunicazioni e conversazioni, queste, di difficile decifrazione in prima battuta e che solo in un secondo momento, quasi sempre coincidente con le fasi finali dell'indagine, consentono di avere il quadro complessivo del thema probandum e quindi di apprezzarne il valore ed esprimere fondatamente quel giudizio di pertinenza e rilevanza per i fatti oggetto di prova che, diversamente, il carattere ancora fluido dei momenti iniziali dell'indagine difficilmente consente. Solo allora la p.g. e il P.M. hanno tutti gli strumenti ermeneutici per poter decidere, con competenza e completezza, se una determinata conversazione sia o meno rilevante e debba perciò fare ingresso nei verbali di ascolto”⁸.

D'altronde, nella *Relazione Illustrativa* al nuovo testo di legge si annota che, in questi casi, *“il pubblico ministero è informato dalla polizia giudiziaria, al fine di verificare la prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni: in particolare, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l'obbligo di informare il pubblico ministero, con apposita annotazione ai sensi dell'art. 357 c.p.p., nei casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni. Si consideri, a tal proposito, che l'ufficiale di polizia giudiziaria è un mero delegato all'ascolto e che pertanto il pubblico ministero, che è l'organo delegante e su cui direttamente incombe il dovere di non trascrivere nei cd. brogliacci le conversazioni irrilevanti o inutilizzabili, ben può dettare le opportune istruzioni e direttive al delegato, per concretizzare l'obbligo di informazione preliminare sui contenuti delle conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza”⁹*

A risolvere queste oggettive difficoltà dovrebbe anche soccorrere la previsione contenuta nel nuovo quarto comma dell'articolo 268 c.p.p. che consente alla p.g. di richiedere *“il differimento della trasmissione verbale delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegata all'ascolto consulti le risultanze acquisite”*. In presenza di tale presupposto il p.m. può disporre con decreto il differimento della trasmissione degli atti (di cui *infra*).

Da quanto premesso, si può fondatamente concludere che, se l'obbligo di informazione preventiva da parte della p.g. al p.m., mediante annotazione scritta, sussiste, qualora le conversazioni siano ritenute *“irrilevanti”* ai sensi dell'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p., al fine di consentire all'inquirente di valutarle ed eventualmente andare di contrario avviso, tuttavia nulla vieta che la polizia giudiziaria altrettanto interloquisca laddove emerga il dubbio se procedere alla trascrizione di conversazioni la cui rilevanza ai fini dell'indagine non sia immediatamente chiara.

D'altra parte, dare un sicuro contenuto alla nozione di *rilevanza* (o, meglio, a quelle di *“irrilevanza”* e *“non rilevanza”*) è uno degli scogli interpretativa della riforma.

A questo proposito, la legge delega dispone(va) che *“il pubblico ministero...assicuri la riservatezza anche degli atti contenenti la registrazione delle conversazioni...che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità...ovvero irrilevanti ai fini delle indagini”* [art. 84 lett. a) n. 1].

Nel decreto legislativo il criterio della pertinenza è scomparso, restando solo quello della rilevanza, termine quest'ultimo di significato più stringente rispetto a quello della pertinenza, potendo essere pertinente all'indagine anche un indizio seppur non rilevante per la modestia portata probatoria.

⁸ Pestelli *“Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa”* in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2018, pag. 173 ss.

⁹ Anche la circolare sulla *“Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione”* del CSM sopra citata sottolineava invero come perfino la nozione in sé di rilevanza *“necessita della complessiva conoscenza di tutti gli elementi raccolti nel corso dell'indagine, per cui, un'eventuale valutazione demandata alla p.g. nell'immediatezza dell'ascolto, senza un adeguato coordinamento, risulterebbe una valutazione parcellizzata, limitata, e potenzialmente fallace. (...) Peraltro il P.M., soprattutto in indagini delicate e ad ampio spettro, è il collettore di plurimi accertamenti, a volte provenienti da diversificati settori della p.g., talora svolti direttamente dallo stesso ufficio inquirente, i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato dell'accusa il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione, a tacere del fatto che il P.M. possa essere chiamato a valutarne la rilevanza anche rispetto ad altri procedimenti in corso”*.

Da qui, la pratica impossibilità di fornire chiare e dettagliate indicazioni alla polizia giudiziaria di quando una conversazione possa essere rilevante, dovendosi lasciare ogni valutazione al decorso delle indagini. Ma proprio per questa ragione, si ribadisce la necessità di costanti interlocuzioni tra la polizia giudiziaria e l'inquirente, mediante informative di sintesi, quali quelle contenute nelle richieste di proroga delle intercettazioni, utili pure per stabilire la rilevanza alcune registrazioni.

Piuttosto, sarà opportuno che la p.g. inserisca nelle informative soltanto le conversazioni davvero rilevanti, senza cedere alla tentazione, come la prassi insegna, di allegare colloqui integrali di scarsa utilità.

Su questo tema, non è mancato chi ha sostenuto che le norme in esame presentano un'evidente contraddizione posto che, se con l'annotazione di cui all'art. 267 comma 4 c.p.p. fosse possibile per la p.g. riportare, sia pure per sintesi, anche il contenuto delle conversazioni "irrilevanti" oltre a quelle "rilevanti", il sistema contrasterebbe con la *ratio* della riforma, oltre che col divieto dell'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p., ossia che non vi sia alcun atto scritto che contenga, neppure in via sommaria, conversazioni di tal genere. Insomma, mentre, da un lato, si dispone che le intercettazioni "irrilevanti" e quelle "non rilevanti che riguardano dati personali" non siano trascritte (art.268, comma 2 *bis* c.p.p.), dall'altro lato, si prevede che la p.g. interloquisca preventivamente col p.m. sulle stesse, per consentirgli di ordinarne la trascrizione se rilevanti ai fini di prova (artt.267, comma 4, 268 comma 2 *ter* c.p.p.).

"E allora, come risolvere l'apparente antinomia? La chiave e lo strumento pratico per sciogliere il nodo gordiano sono rappresentati proprio dall'art. 267 comma 4 c.p.p., nella misura in cui la norma consente quella "interlocuzione preventiva" e per iscritto della p.g. col P.M. proprio – si badi bene – "sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni". È in altre parole il legislatore stesso che dispone che vi sia una informativa scritta della p.g. che faccia riferimento non già al testo integrale delle comunicazioni captate bensì (è da ritenere sommariamente, si potrebbe dire con "sobrietà contenutistica", sempre per parafrasare la circolare del CSM) ai contenuti di tali comunicazioni. La distinzione è sottile ma ha una sua plausibilità e pare l'unica che consenta di risolvere l'impasse"¹⁰.

Del resto, il p.m. deve disporre con decreto motivato la trascrizione delle conversazioni dubbie o ritenute *prima facie* irrilevanti dalla p.g. e non potrebbe farlo se non a fronte di un'annotazione scritta della stessa p.g., con la quale quest'ultima esprima le proprie convinzioni sul definire alcune conversazioni certamente irrilevanti ed i propri dubbi sull'irrelevanza di altre.

3.2. Conversazioni irrilevanti ai fini di indagine.

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

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

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

¹⁰ Pestelli "Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa" in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2018, pag.174/175.

Pertanto, nel caso di irrilevanza parziale, appare proponibile, in quanto conforme alle finalità della legge, la trascrizione dei passaggi della conversazione contenenti gli elementi rilevanti ai fini di indagine.

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

3.3. Conversazioni riguardanti dati sensibili.

Quanto alle "comunicazioni o conversazioni non rilevanti che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge", il divieto di trascrizione presuppone, come appena rilevato, la non rilevanza ai fini probatori di tali conversazioni contenenti dati sensibili.

Se, quindi, il dato sensibile assuma rilevanza per l'oggetto e i fini di indagine, lo stesso potrà essere legittimamente trascritto¹¹.

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

3.4. Differenti motivazioni del decreto del p.m. tra conversazioni irrilevanti e conversazioni non rilevanti e contenenti dati sensibili.

Come annotato, ai sensi dell'art. 268, comma 2 *ter* c.p.p., il p.m., qualora valuti diversamente rispetto alla p.g. l'esistenza del divieto di trascrizione della conversazione o comunicazione per irrilevanza, con decreto motivato potrà disporla, quando ne ritenga la rilevanza per i fatti oggetto di prova.

Allo stesso modo l'inquirente procederà in caso di comunicazioni e conversazioni relative a dati personali definiti sensibili dalla legge se necessarie ai fini di prova.

Emergono evidenti differenze.

Per quanto riguarda la conversazione ritenuta **irrilevante** dalla p.g. e non contenente dati sensibili la norma prevede che il p.m. possa disporre la trascrizione con decreto motivato a fronte di una semplice valutazione di rilevanza della registrazione.

Per quanto riguarda, invece, la conversazione ritenuta **non rilevante** dalla p.g. e contenente dati sensibili, il decreto del p.m. dovrà fondarsi su una valutazione di necessità ai fini di prova dell'intercettazione, introducendosi, quindi, un criterio più stringente di inserimento delle conversazioni nel verbale, in ragione della natura della registrazione contenente dati personali sensibili.

Pertanto, se la conversazione implica un dato personale sensibile semplicemente utile ai fini probatori, ma non necessario, non sarà consentito al p.m. di disporre la trascrizione.

¹¹ quale il riferimento, in una registrazione, allo stato di tossicodipendenza di un terzo soggetto acquirente nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto il reato di cui all'art. 73 DPR n.309/90, aggravato ex art. 80 comma 1 lett.f) stesso Decreto, come suggeriscono le "Linee guida per l'applicazione del decreto legislativo 29.12.2017 n.216 disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni" emesse dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

3.5. Conversazioni inerenti al mandato difensivo.

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

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

La norma, dunque, estende alle conversazioni tra difensori e tra difensori e indagato la previsione espressa del divieto di trascrizione e la relativa disciplina prevista per le conversazioni irrilevanti ai fini di indagine o su dati sensibili.

Anche in questi casi, pertanto, nel verbale delle operazioni si indicheranno soltanto la data, l'ora e l'utenza intercettata.

Rileva, inoltre, che non potrà trovare applicazione la previsione inerente all'interlocuzione tra p.g. e p.m. sulla valutazione in ordine alla trascrivibilità di queste intercettazioni stante l'assoluta e preliminare inutilizzabilità delle conversazioni intercorse con il difensore, a prescindere da ogni valutazione in ordine alla rilevanza delle stesse ai fini di indagine, quando, ovviamente siano, inerenti alla sua funzione.

Quanto all'ambito delle conversazioni del difensore tutelate dalla previsione dell'articolo 103 comma 5 e comma 7 c.p.p. la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha costantemente ribadito che *"il divieto di intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste tale qualifica, e per il solo fatto di possederla, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata, in quanto la "ratio" della regola posta dall'art. 103 cod. proc. pen., va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa "* (ex pluris, Cass. Sez. II, sent.n. 12111/2015).

Come rilevato, a fronte dell'espresso divieto di utilizzazione la riforma non prevede un meccanismo di comunicazione e interlocuzione formale tra p.g. e p.m. mediante l'invio di annotazione scritta da parte della p.g. relativamente alle conversazioni comunicazioni comunque intercettate con il difensore. Peraltro, qualora la p.g., per la peculiarità del caso concreto, abbia dei dubbi sull'inerenza della specifica conversazione intercettata all'esercizio delle funzioni difensive dovrà necessariamente raccordarsi ed interloquire con il Pubblico Ministero per le conseguenti valutazioni.

3.6. Ancora sul divieto di trascrizione: problematiche.

Quando la registrazione riguarda conversazioni irrilevanti, ovvero non rilevanti e attinenti a dati sensibili personali, nonché intercorra tra difensori o tra difensori e assistiti, il verbale delle operazioni si limiterà a riportarne soltanto la data, l'ora e l'utenza intercettata (art.268, comma 2 bis c.p.p.).

Si tratta di una disposizione rigorosa che, se dettata dalla necessità di tutelare il diritto alla riservatezza, appare penalizzante per altri versi, anche con riguardo ai diritti della difesa e dell'indagato.

Come si avrà modo di annotare, al termine delle operazioni di registrazione, la difesa ha diritto di prendere cognizione degli atti, anche al fine di individuare le registrazioni utili e di cui chiederne l'acquisizione probatoria al giudice.

Si discute della possibilità per la difesa di svolgere effettivamente questo compito individuando, nell'insieme delle registrazioni non trascritte, quelle di eventuale utilità per l'indagato, una volta che se ne siano omessi i riferimenti in applicazione del divieto di cui all'art.268, comma 2 bis c.p.p.

Una soluzione pratica adottabile era quella di seguire quanto espresso nella circolare del 2016 dal Consiglio Superiore della Magistratura, laddove suggeriva, come buona prassi da adottare, 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)". Allorquando la conversazione contenga dati sensibili il CSM suggerisce annotazioni del tipo "conversazione privata relativa a dati sensibili".

Ciò malgrado, si deve convenire che il legislatore ha disatteso il suggerimento, preferendo una soluzione drastica, anche a costo di rendere più difficoltoso l'effettivo esercizio del diritto di difesa.

Come rilevato, infatti, l'art.268, comma 2 *bis* c.p.p. dispone che, in presenza di conversazioni irrilevanti, ancor più quando riguardino dati sensibili, "nel verbale delle operazioni sono indicate...soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta".

L'avverbio "soltanto" non dovrebbe consentire l'aggiunta di altre indicazioni suscettibili di essere divulgate e diventare così di interesse mediatico.

Una difficoltà in più, pertanto, a cui la pratica quotidiana dovrà porre un qualche rimedio.

4. La trasmissione dei verbali e delle registrazioni per la conservazione nell'archivio riservato (artt.268, 268 *bis*, 269 c.p.p.).

Stabilito, a seguito di preventiva interlocuzione tra gli organi inquirenti nei termini appena espressi, quali intercettazioni possano essere annotate nel brogliaccio (non, ad esempio, i dialoghi col difensore) e come (ossia con trascrizione se rilevanti, ovvero con mera indicazione degli estremi se ricadenti nella previsione di cui all'art.268, comma 2 *bis* c.p.p.), gli atti saranno trasmessi al p.m. per il successivo deposito alla difesa.

La nuova formula dell'art.268, comma 4 c.p.p. prevede una scansione temporale per la trasmissione dei verbali e delle registrazioni, stabilendo, di regola, che la polizia giudiziaria provveda a inviarli al p.m. immediatamente dopo la scadenza del termine originariamente previsto per l'esecuzione delle intercettazioni (e magari poi 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 p.m. i relativi provvedimenti, verbali e registrazioni:

"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.).

Molto opportunamente, però, la novella ha disposto che, al momento della scadenza dei termini delle operazioni di intercettazione, il p.m. con decreto possa differire la trasmissione degli atti, qualora la complessità delle indagini e le esigenze degli investigatori di valutare unitariamente il materiale raccolto lo renda necessario:

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

Si tratta di una norma di buon senso ed è prevedibile che, nella prassi, l'eccezione si tradurrà nella regola

ordinaria e viceversa, poichè sarà statisticamente prevalente l'adozione del decreto di differimento della trasmissione degli atti piuttosto che l'invio dei medesimi immediatamente dopo scaduto il termine di intercettazione.

Ed infatti, nei procedimenti connotati da una pluralità di intercettazioni su più utenze e bersagli, la p.g. ha 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. Anche la dottrina, d'altra parte, osserva come, sul fronte delle scelte dell'accusa, nulla vieta, in base alle regole generali, che il p.m. "*in qualunque momento ed in ragione delle evoluzioni del panorama investigativo, possa ascoltare nuovamente le registrazioni, compiere un'analisi complessiva del materiale registrato e disporre la verbalizzazione di conversazioni originariamente escluse*"¹².

E', pertanto, funzionale alla completezza delle indagini consentire alla p.g. di trattenere, per un tempo adeguato allo studio e alla valutazione delle risultanze dell'indagine, i brogliacci e le registrazioni prima di trasmettere gli atti al p.m.

Poiché la normativa non esige che il decreto di differimento contenga specifiche motivazioni, è plausibile ritenere che il p.m. possa differire il termine senza necessità di una particolare motivazione, se non col riferimento alla complessità dell'indagine e all'esigenza per la p.g. di consultare le risultanze acquisite, specie se riferite ad attività di intercettazione complessa e/o prolungata nel tempo.

Fondato, anche, ritenere che il p.m. possa adottare d'ufficio il decreto.

Altrettanto auspicabile, comunque sia, che la p.g., concluse delle operazioni di intercettazione sul singolo "bersaglio" e valutato di non essere in grado di trasmettere gli atti "immediatamente", provveda a chiedere all'inquirente l'emissione del decreto di differimento.

Col decreto, inoltre, il p.m. "*fissa le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso*" (art.268, comma 4 c.p.p.).

La previsione trova ragione nel fatto che, se non fosse disposto il differimento, gli atti trasmessi dalla p.g. dovrebbero essere conservati nell'archivio riservato, struttura di nuova adozione e che costituisce uno specifico obbligo di custodia in capo al p.m. al fine di tutelare la segretezza del materiale fonico e degli atti inerenti.

Laddove i verbali e le fonie siano trasmessi con il *giustificato* ritardo, restando pur sempre preminente la tutela della segretezza delle intercettazioni, il p.m. dovrà dare le necessarie prescrizioni alla p.g. in merito alle modalità di custodia del materiale, per preservarne, appunto, la riservatezza.

Sarà anche necessario che la p.g., a sua volta, individui gli ambienti e le collocazioni idonee, informando il p.m. mediante apposito verbale in merito.

In conclusione, col decreto di differimento, la responsabilità della tutela della segretezza incomberà anche sulla p.g., dovendo quest'ultima provvedere a che l'ascolto e la custodia del materiale fonico avvengano in spazi riservati, a cui dovrebbero poter accedere soltanto soggetti previamente autorizzati (ossia il personale dedito alle indagini del caso), con modalità tali da assicurare la tracciabilità di qualunque accesso ai locali e agli apparecchi di registrazione¹³.

Si corre, però, il rischio che la disciplina appena citata si sovrapponga a quella prevista sul deposito dei verbali e delle registrazioni di cui al nuovo art. 268 *bis* c.p.p.

¹² C. CONTI, *op. cit.*, 84.

¹³ "Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni", emanate dalla Procura di Velletri il 15.1.2018; "Linee guida per l'applicazione del Decreto Legislativo n.216/2017 – disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni- prime direttive alla polizia Giudiziaria" emanate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

La norma, infatti, dispone che il deposito nell'*archivio riservato* delle annotazioni, dei verbali e delle registrazioni unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione debba avvenire "*entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni*" (comma 1), salvo che il g.i.p., in caso di grave pregiudizio per le indagini che possa derivare da tale deposito, autorizzi il c.d. *ritardato deposito* degli atti non oltre la chiusura delle indagini preliminari (comma 3).

Emergono, dunque, possibili conflitti di convivenza delle norme su quando effettivamente si debba provvedere alla trasmissione e al successivo deposito degli atti e delle registrazioni.

L'art. 268, comma 4 c.p.p. prevede che immediatamente gli atti siano trasmessi al p.m..

Tuttavia, la stessa norma consente un differimento *sine die* in caso di apposito decreto del p.m., posto che la norma non prevede che il p.m., adottando il decreto, stabilisca un termine entro il quale comunque gli atti gli andranno trasmessi

Ma, contestualmente, l'art.268 *bis*, comma 1 c.p.p. stabilisce che entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni il p.m. debba depositare gli atti (che, pertanto e intanto, con buona pace dell'eventuale decreto di differimento, dovrebbero essergli stati trasmessi).

Una soluzione di buon senso suggerirebbe di sostenere che, qualora il p.m. abbia adottato il decreto di differimento della trasmissione degli atti, vi dovrebbe indicare anche il relativo periodo, mentre il termine dei cinque giorni entro il quale depositare gli atti decorrerebbe dal momento in cui, decorso il periodo di differimento, questi ultimi gli siano inoltrati dalla p.g.

Potrebbe forse avviare, la richiesta di ritardato deposito da presentare al g.i.p., con la relativa autorizzazione a ritardare il deposito fino al momento della chiusura delle indagini, (come ha sempre consentito il codice e come prevede, adesso, il nuovo comma 3 dell'art. 268 *bis* c.p.p.)¹⁴.

Più soluzioni praticabili, pertanto:

- immediatamente concluse le operazioni di intercettazione, la p.g. provvede a trasmettere gli atti e il p.m. provvede a depositarli entro i cinque giorni successivi
- concluse le operazioni di intercettazione, il p.m. emette il decreto di differimento, indicando un termine, alla scadenza del quale gli atti saranno trasmessi, con obbligo di deposito nei successivi 5 giorni
- ricevuti gli atti (tempestivamente o al termine del differimento disposto con decreto), entro 5 giorni il p.m. chiede al gip di essere autorizzato a ritardare il deposito degli atti delle intercettazioni alla chiusura delle indagini.

Si dovranno ovviamente attendere le prime applicazioni pratiche per trarre valutazioni più approfondite, ma, intanto, resta questa specie di cortocircuito introdotto dalla riforma a cui dovrà porsi rimedio.

5. L'archivio riservato.

Come appena esaminato, la novella prevede una scansione temporale per la trasmissione degli atti e del materiale fonico inerente alle intercettazioni, stabilendo che, in via ordinaria, l'inoltro avvenga immediatamente dopo la scadenza del termine (originario o prorogato) per l'esecuzione delle

¹⁴ C'è anche chi ha dubitato di una sovrapposizione di competenze tra P.M. e GIP su chi dei due possa procedere a disporre il differimento/ritardato deposito degli atti o quantomeno *quale autorità prevalga* tra le due e *con quali tempistiche*: il P.M. con decreto non motivato, senza alcun vincolo temporale e parametro cui agganciare la scelta che non sia la mera "*complessità delle indagini*" delle operazioni di ascolto e trascrizione (art. 268 comma 4 c.p.p.)? Oppure il GIP a seguito di rituale richiesta del P.M., allorché ne derivi un "*grave pregiudizio per le indagini*" e purché la richiesta pervenga entro 5 giorni dal *termine* delle operazioni di intercettazione (art. 268-*bis* commi 1 e 3 c.p.p.)? Oppure, ancora, tutti e due e, se sì, con quali differenze o sulla base di quale scala di preferenza? Pestelli "*Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*" in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2018, pag.176.

intercettazioni, ovvero, in via d'eccezione, nel termine differito stabilito dal p.m con decreto (art.268, comma 4 c.p.p.)

Comunque sia, termine originario rispettato o differito con decreto del p.m., la trasmissione degli atti e delle registrazioni comporta un preciso obbligo di custodia, posto che dovranno essere custoditi nell'archivio riservato e resteranno coperti dal segreto d'indagine, come stabilisce l'art.269, comma 1 c.p.p.:

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

Pertanto, gli atti non saranno trasmessi presso la segreteria del p.m. e acquisiti nel fascicolo d'indagine, bensì all'archivio riservato e lì custoditi, quale unico luogo deputato a conservarli, tutelandone il segreto.

Il Legislatore ha pure inteso disciplinare le modalità operative dell'archivio riservato, inserendo l'art.89 *bis* nelle norme di attuazione del c.p.p.:

"1. Presso l'ufficio del pubblico ministero è istituito l'archivio riservato previsto dall'articolo 269, comma 1, del codice, nel quale sono custoditi le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono. 2. L'archivio è tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica, con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita. Il procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito. 3. Oltre agli ausiliari autorizzati dal pubblico ministero, all'archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati. 4. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi.»

Presso questa Procura sarà, quindi, istituito l'archivio riservato che dovrà custodire i verbali, i provvedimenti e il materiale fonico raccolto, garantendo la sua segretezza e, con separato ordine di servizio, ne sarà dettata l'organizzazione nel rispetto delle misure di sicurezza, prevedendo 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) e 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.

Gli articoli 269 comma 1 c.p.p. e 89 *bis* disp att. c.p.p. individuano quanto deve essere custodito nell'archivio, ossia le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni.

Poiché deve essere custodita in modo così riservato, appare ragionevole ritenere che l'annotazione citata nell'art.89 *bis* disp.att.c.p.p. sia un atto nel quale la p.g. riporta il contenuto sintetico di una conversazione della cui rilevanza investigativa non abbia certezza e la trasmette al p.m., senza inserirla nel brogliaccio, affinché questi decida, con apposito decreto, se trascriverla.

Consegue che se il p.m. la ritenesse rilevante, la trascrizione sarà inserita nei verbali delle operazioni, altrimenti ne rimarrà traccia solo nell'annotazione, che come tale andrà in archivio.

Il Legislatore indica anche ogni "altro atto" inerente alle intercettazioni o "ad esse relativo" (art.269, comma 1 c.p.p.).

Poiché la relazione ministeriale si riferisce espressamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, per estensione saranno destinate all'archivio anche le informative interlocutorie con le quali la p.g. abbia illustrato i risultati delle intercettazioni al fine di

formulare richieste di proroga delle stesse, trattandosi di atti che normalmente contengono riferimenti espliciti al contenuto delle conversazioni intercettate e l'inserimento nel fascicolo del p.m. ne determinerebbe la conoscibilità¹⁵.

6. Il deposito degli atti, la formazione dell'elenco, l'acquisizione delle intercettazioni rilevanti.

Come rilevato, gli atti inerenti alle intercettazioni e il materiale fonico, concluse le operazioni, nei termini ordinari o differiti, sono trasmessi dalla p.g. al p.m. e direttamente custoditi nell'archivio riservato, dove resteranno fino a quando ne verrà meno la segretezza (i 5 giorni di cui all'art.268 *bis* c.p.p., ovvero al momento della conclusione delle indagini a di seguito di decreto autorizzativo del gip, ai sensi del successivo comma 3 del medesimo articolo).

Il momento della conservazione nell'archivio riservato è prodromico alla successiva procedura selettiva del materiale da effettuarsi, sotto il controllo del giudice, ancora nella fase delle indagini preliminari.

Si tratta della cosiddetta procedura di stralcio, che consiste nel deposito degli atti, nella possibilità per la difesa di prenderne conoscenza, nella successiva fase di cernita di quelle intercettazioni che andranno a costituire il materiale probatorio e a cui preside la regola del contraddittorio.

Si tratta di una procedura che, ovviamente, non può avere corso qualora il p.m. chieda l'adozione di una misura cautelare al gip ricorrendo al materiale intercettato, essendo ovvio che, in questo caso, non potrebbe essere messo a conoscenza della difesa prima della decisione.

Occorre, pertanto, distinguere, più correttamente, due procedure: quella in cui il materiale intercettato non sia usato per l'adozione di una misura cautelare e quella in caso contrario, ossia di intercettazioni utilizzate per l'emissione di una misura cautelare.

6.1. La procedura di acquisizione delle intercettazioni non usate per l'adozione di una misura cautelare.

6.1.1. Gli adempimenti del pubblico ministero e le facoltà dei difensori.

L'articolo 268 *bis* c.p.p., con la rubrica "deposito di verbali e registrazioni" prevede che *"entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, il pubblico ministero deposita le annotazioni, i verbali e le registrazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, e forma l'elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di*

¹⁵ *"La regola dell'invio di questi atti in archivio nel momento in cui il p.m. li riceve, farà fatalmente i conti con le esigenze pratiche del magistrato inquirente tutte le volte in cui questi debba avanzare richieste interlocutorie al gip. Pare evidente che qualora il P.M. debba, sulla base degli atti trasmessi dalla p.g., richiedere al gip provvedimenti vari - la proroga delle intercettazioni o l'estensione delle captazioni ad altri soggetti/utenze o una misura cautelare - non è ragionevole che debba inviare gli atti in archivio anziché trattenerli nel proprio fascicolo per poi destinarli al g.i.p.. D'altra parte la trasmissione di questi verbali al gip in occasione di una delle richieste accennate non comporta un rischio di violazione della riservatezza. Soltanto gli atti che non dovessero servire a tali scopi andranno sin da subito trasmessi in archivio"* in *"Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni"*, emanate dalla Procura di Velletri il 15.1.2018.

comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova ".

Al secondo comma stabilisce che " ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso della facoltà di esaminare gli atti, di prendere visione dell'elenco di cui al comma uno, nonché di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche".

Infine, il comma 3 dispone che " 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".

La vigente disciplina viene, pertanto, modificata, nel senso che il deposito dei verbali delle registrazioni non è più funzionale all'udienza di trascrizione in forma peritale delle conversazioni destinate a confluire nel fascicolo del dibattimento, ma solo

- a stabilire quali siano le conversazioni rilevanti ai fini di prova da acquisire al fascicolo del p.m.
- a scartare le altre
- a regolare il vincolo della segretezza che cadrà per le prime e resterà per le seconde.

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

A seguito del deposito, "Il pubblico ministero, entro cinque giorni dal deposito, presenta al giudice la richiesta di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenute nell'elenco formato a norma dell'articolo 268 bis, comma 1, e ne dà contestualmente comunicazione ai difensori" (art.268 *ter* c.p.)

L'elenco delle conversazioni rilevanti ai fini di prova che il p.m. dovrà redigere per la successiva fase di acquisizione appare certamente un momento qualificante per orientare sia le difese che il giudice nell'avvio della procedura destinata a decidere quali intercettazioni siano acquisibili e quali scartabili.

A loro volta, i difensori hanno diritto di esaminare il materiale, di ascoltare tutte le registrazioni e non solo quelle elencate dal p.m.; non però, di averne copia.

Sinteticamente, il p.m. provvederà a:

- a) depositare gli atti complessivi di intercettazione e i relativi provvedimenti autorizzativi (annotazioni di PG, verbali delle operazioni, registrazioni, unitamente ai decreti di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni) presso l'archivio riservato;
- b) redigere l'elenco delle comunicazioni e conversazioni (e dei flussi di comunicazione informatiche o telematiche) rilevanti ai fini di prova;
- c) notificare ai difensori delle parti dell'avviso della facoltà di esaminare gli atti di intercettazione depositati, di prendere visione dell'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche; tali facoltà dei difensori delle parti (da esercitarsi presso l'archivio riservato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 269 c.p.p. e 89 *bis* disp.att. c.p.p.) non comprendono la possibilità in questa fase di estrarre copia delle registrazioni (facoltà che potrà essere esercitata solo una volta emessa da parte del Giudice l'ordinanza di acquisizione delle conversazioni/comunicazioni indicate dalle parti ai sensi dell'art.268 *quater* comma 3 c.p.p.)
- d) presentare al giudice, entro i successivi cinque giorni dal deposito degli atti, la richiesta di acquisizione delle comunicazioni, conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenuti nell'elenco e ad avvisarne i difensori.

A loro volta i difensori, fondandosi sulla conoscenza del materiale intercettato conseguente all'ascolto delle registrazioni, ". nel termine di dieci giorni dalla ricezione dell'avviso cui all'articolo 268 bis, comma

due, hanno facoltà di richiedere l'acquisizione di conversazioni...non comprese nell'elenco del pubblico ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale...Tale termine può essere prorogato dal giudice per un periodo non superiore a dieci giorni, in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni". (art.268 ter, comma 3 c.p.p.).

La richiesta dei difensori "è depositata nella segreteria del pubblico ministero che ne cura l'immediata trasmissione al giudice" (art.268 ter, comma 4 c.p.p.)

Dunque, il p.m. entro i canonici 5 giorni dalla trasmissione degli atti nell'archivio riservato, provvede al deposito e, nei successivi 5 giorni, alla redazione dell'elenco delle intercettazioni di cui chiede al giudice l'acquisizione al fascicolo d'indagine e che, se accolta, entreranno nel materiale probatorio.

Le difese provvederanno entro 5 giorni dal ricevuto avviso di deposito a esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni, accedendo all'archivio riservato e, se il caso, entro i successivi 10 giorni (prorogabili per altri 10) a formulare per iscritto al giudice la richiesta di acquisizione delle intercettazioni ritenute rilevanti e non comprese nell'elenco del p.m., nonché l'eliminazione di quelle presenti nell'elenco ma ritenute inutilizzabili o di vietata riproduzione.

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

Del resto, il p.m. e i difensori possono, sino alla decisione del giudice, integrare le richieste e presentare memorie (art.268 ter, comma 5 c.p.p.).

Nel frattempo, le registrazioni restano custodite nell'archivio a disposizione del giudice e dei difensori, i quali hanno diritto di ascoltarle tutte integralmente per le loro, rispettive, necessità (come già rilevato, in questa fase i difensori non possono estrarre copia dei file audio).

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

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

Altrettanto da valutare se il difensore possa esaustivamente adempiere il proprio ufficio senza la possibilità di estrarre copia degli atti, dovendo poi partecipare attivamente al procedimento di acquisizione delle intercettazioni rilevanti, per cui è previsto un contraddittorio cartolare, ma anche un'eventuale udienza (art. 268 quater, comma 2 c.p.p.).

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

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

Forse non a torto uno dei primi commentatori della riforma ha richiamato i moniti espressi dalla Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza n. 192/97, ebbe ad osservare – con affermazione di principio di carattere universale in quanto applicabile a tutte le situazioni che presentino identici presupposti ed analoghe finalità – che *"se si riflette sulla ratio dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi*

*automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione*¹⁶.

Il correttivo al divieto di estrarre copia degli atti e delle registrazioni è rappresentato dalla possibilità per il difensore, *“in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni”*, di ottenere una proroga dal giudice, *“per un periodo non superiore a dieci giorni”*, dell’originario termine di 10 giorni entro cui il medesimo difensore ha facoltà di effettuare il controllo sulle scelte operate dal p.m. e richiedere al GIP l’acquisizione di ulteriori intercettazioni rilevanti a fini di prova non comprese nell’elenco formato dall’organo inquirente (art.268 *ter*, comma 3 c.p.p.).

Entro al più 20 giorni, dunque, il difensore dovrebbe ascoltare le registrazioni per, eventualmente, contrastare l’elenco formato dal p.m. e, sempre eventualmente, proporre uno proprio.

Anche in questo caso, si profilano problemi di non poco conto, poiché l’art. 268 comma 2 *bis* c.p.p. stabilisce che, qualora una conversazione sia irrilevante, o non rilevante perché contenente dati sensibili, nel verbale delle operazioni di intercettazione se ne indicheranno soltanto la data, l’ora ed il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

Alle prese con un brogliaccio sostanzialmente muto, al difensore non resterà che ascoltare tutte le conversazioni riportate solo con questi scarni dati, per individuare quelle comunque sia favorevoli e chiederne la trascrizione, restando il dubbio che riesca nel termine concessogli dalla norma.

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

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

6.1.2. L’Ordinanza del giudice.

“Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il giudice dispone con ordinanza, emessa in camera di consiglio senza l’intervento del pubblico ministero e dei difensori, l’acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che siano manifestamente irrilevanti e ordina, anche di ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l’utilizzazione. A tal fine può procedere all’ascolto delle conversazioni comunicazioni”(art.268 *quater*, comma 1 c.p.p.).

E’ anche prevista un’eventuale udienza *“quando necessario”* (art.268 *quater*, comma 2 c.p.p.).

Dunque, il procedimento prevede ordinariamente la regola del contraddittorio solo cartolare.

Se riterrà, il giudice potrà ascoltare le intercettazioni, recandosi nell’archivio riservato (art.268 *quater*, comma 1 ultima parte c.p.p.)

Infine, il giudice acquisisce le intercettazioni indicate dalle parti, tranne che siano *“manifestamente irrilevanti”* e ordina lo stralcio di quelle di cui è vietata l’utilizzazione.

Il termine dei cinque giorni entro i quali decidere è da ritenersi ordinatorio, come quelli attribuiti alle parti ed eventuali differimenti potrebbero interferire con le determinazioni del p.m. in ordine all’esercizio dell’azione penale.

Per evitare queste interferenze, spesso gravide di conseguenze negative (si pensi alla necessità di

¹⁶ Pestelli *“Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa”* in Diritto Penale Contemporaneo, n.1/2018, pag.176

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 stralcio non si sia conclusa. Questo comporterà una sorta di *prorogatio* delle funzioni di gip che resta funzionalmente competente a trattare la procedura anche se il procedimento sia passato in altra, successiva fase.

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

Pertanto, le intercettazioni acquisite saranno inserite nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5 c.p.p. (ossia quello del p.m.).

Al proposito, il giudice ordinerà al p.m. la trascrizione sommaria delle intercettazioni richieste dai difensori e acquisite, qualora le stesse siano state indicate nel verbale delle operazioni (il brogliaccio) solo con l'annotazione della data, dell'ora e dell'utenza in quanto, a quel momento, ritenute non trascrivibili ex art.268, comma 2 *bis* c.p.p.

Le intercettazioni non acquisite al fascicolo dell'indagine saranno restituite all'archivio riservato (art.269, comma 5 c.p.p.).

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

Il sistema elaborato, si legge nella *Relazione illustrativa*, *“supera il precedente modello incentrato sulla c.d. udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile”*¹⁷.

A seguito della pronuncia dell'ordinanza del g.i.p. viene meno il segreto sugli atti e sui verbali delle intercettazioni oggetto di acquisizione che saranno, quindi, inseriti nel fascicolo delle indagini preliminari, con facoltà per i difensori di ottenere la copia degli atti e la trasposizione su apposito supporto informatico delle registrazioni (art.269, commi 3 e 4 c.p.p.)

Invece, la trascrizione delle registrazioni acquisite in chiave di rilevanza ed utilizzabilità da parte del g.i.p. è affidata, in via ordinaria, alle attività di richiesta di prova da compiersi in fase dibattimentale.

In quest'ultima sede, pertanto, sarà possibile che le intercettazioni selezionate dal g.i.p. transitino nel fascicolo per il dibattimento, su richiesta di parte e secondo le cadenze impresse dal nuovo art. 493 *bis* c.p.p., previa trascrizione, secondo le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie.

La spiegazione fornita dalla *Relazione illustrativa* è quella di evitare il compimento di un'attività così antieconomica quale quella della trascrizione *“.. quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio, motivo questo che, già con la disciplina vigente, ha ulteriormente determinato l'ineffettività della previsione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. La scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria”*, ossia *““successivamente” alla procedura di selezione del materiale utile, senza necessariamente imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza e comunque nella fase delle indagini preliminari. Fase questa che è estranea, sul piano sistematico, alle attività di formazione della prova”* e senza che peraltro ciò precluda, ovviamente, alla

¹⁷ Relazione Illustrativa, pag.5.

parte interessata di “...richiedere lo svolgimento di questa attività sostanzialmente peritale anche in altra sede, ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova. E non è d’ostacolo a che una simile richiesta possa essere avanzata già in fase di udienza preliminare, ai sensi dell’articolo 422 c.p.p., ove si ritenga la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Insomma, la trascrizione nelle forme della perizia è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, e come tale trova collocazione successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l’esercizio del diritto alla prova”¹⁸.

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

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

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

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

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

La nuova disciplina consente al p.m. di ricorrere alla procedura di selezione delle intercettazioni in ogni momento dell’indagine.

E’ però intuitivo per l’operatore del diritto ritenere probabile che l’inquirente attenderà la conclusione delle indagini, promuovendo la procedura contestualmente all’avviso di cui all’art.415 *bis* c.p.p. (o, fors’anche poco prima, al fine di evitare la “congestione” di atti depositati).

Resta da stabilire quali possano essere le conseguenze, qualora il p.m. ometta di dare corso alla procedura per l’acquisizione delle intercettazioni al fascicolo dell’indagine.

Al pari dell’attuale disciplina, all’inerzia del p.m.. non consegue una sanzione processuale e, con ogni probabilità, proprio la mancata previsione della sanzione ha consentito l’instaurarsi di una prassi abrogativa delle disposizioni.

Si tratta di problematica di non scarso rilievo e che potrebbe riproporsi.

6.1.3. L’acquisizione delle intercettazioni nelle ulteriori fasi del procedimento.

La riforma prevede che la procedura di acquisizione delle intercettazioni sia avviata non oltre la chiusura delle indagini preliminari, stabilendo che all’esito delle richieste il giudice disponga

¹⁸ Relazione Illustrativa, pagg.8 ss.

l'unione al fascicolo del p.m. di quelle non siano manifestamente irrilevanti.

Quelle, invece, manifestamente irrilevanti saranno restituite al p.m. e conservate nell'archivio riservato.

Ma la partita non si chiude qui.

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

Così si prevede per l'udienza preliminare, aggiungendo nell'art.422 c.p.p. il comma 4 *bis* e attribuendo alle parti la possibilità di chiedere al g.u.p. di rivalutare la decisione del g.i.p. e di acquisire quelle intercettazioni in un primo tempo ritenute irrilevanti:

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

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

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

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

Significa che l'acquisizione delle intercettazioni in dibattimento è possibile in due casi:

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

6.1.4. Insidie.

Come rilevato, la selezione delle registrazioni da acquisire avviene nel contraddittorio (cartolare o pieno) tra le parti ed il p.m. ha obbligo, entro il medesimo termine di "cinque giorni dalla conclusione delle operazioni" di intercettazione, di formare l'elenco delle registrazioni "rilevanti a fini di prova" che intende sottoporre al g.i.p. per l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari (art. 268 *bis*, comma 1 c.p.p.), con richiesta che deve presentare al giudice entro l'ulteriore termine di "cinque giorni dal deposito" degli atti, previa contestuale comunicazione ai difensori delle parti (art. 268 *ter*, comma 2 c.p.p.).

La violazione di tali termini è apparentemente senza conseguenze, poiché la norma non prevede decadenze e, inoltre, l'art. 268 *ter*, comma 5 c.p.p. consente che il p.m. e i difensori, fino alla decisione del g.i.p. sull'acquisizione al fascicolo delle indagini delle comunicazioni indicate nel predetto elenco e in quello integrativo eventualmente presentato dai difensori ai sensi del comma 3, possano "integrare" le proprie richieste e presentare memorie.

Si è anche annotato che è concessa la facoltà di rinnovare le richieste non accolte sia nel corso dell'udienza preliminare (solo, però, ai fini della sentenza di non luogo a procedere) sia in sede di

dibattimento (di primo grado o di appello) e che in quest'ultima occasione sussiste pure la possibilità di chiedere l'acquisizione di nuove intercettazioni, qualora rappresentino una prova nuova, mai prima emersa.

Tuttavia, le norme nascondono alcune insidie da tenere in debito conto.

Secondo l'art. 268 *ter*, comma 3 c.p.p., il difensore, oltre a poter richiedere l'acquisizione di ulteriori comunicazioni rilevanti a fini della prova non comprese nell'elenco formato dal p.m., può chiedere che non siano acquisite al fascicolo delle indagini le intercettazioni di cui all'elenco se "*inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale, ai sensi di quanto disposto dal comma 2 bis dell'art. 268*".

La previsione, pertanto, fa espresso rinvio, oltre alle intercettazioni in sé e per sé non utilizzabili, anche a quelle ritenute "irrilevanti" e di cui è, appunto, vietata la trascrizione, anche sommaria, da parte della p.g. Dunque, il difensore, sostenendone l'irrilevanza, può chiedere al g.i.p. di estromettere tutte quelle registrazioni che siano già state trascritte nei relativi verbali d'ascolto.

Una volta che il g.i.p. si sia pronunciato sulle intercettazioni da acquisire, gli altri atti e verbali sono immediatamente restituiti al p.m. "*per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'art.269 comma 1*" (art. 268 *quater*, comma 5 c.p.p.).

Le registrazioni saranno custodite nell'archivio riservato fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione (art.269, comma 2).

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

La riforma ha, pertanto, modificato l'art.269, comma 2 c.p.p.

La norma, infatti, era prima in questi termini: "*...gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza...*".

Con la novella legislativa si è riformulato il testo: "*...gli interessati, a tutela della riservatezza, possono chiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite ...*".

Dunque, per tutelare la riservatezza si potrà chiedere la distruzione di tutte le intercettazioni **non** acquisite, indipendentemente dal presupposto che non siano più necessarie per il procedimento.

La novità è rilevante e gli effetti possono anche essere malauguratamente dirompenti.

Sono infatti evidenti i rischi di perdita definitiva della prova.

Intanto, un primo rischio, non di perdita, ma di *dispersione* della prova, seguirebbe all'accoglimento del g.i.p. della richiesta della difesa di espungere conversazioni trascritte nei verbali, ma ritenute dalla difesa irrilevanti.

Rischio, si obietterà, fisiologico: in questo caso, l'intercettazione estromessa tornerà a essere custodita nell'archivio riservato, ma potrà essere oggetto di una nuova richiesta di valutazione in sede di udienza preliminare (solo per decidere la sentenza di non luogo a procedere) o avanti al giudice del dibattimento e, semmai, riacquisita.

Tuttavia, in questi casi incombe sempre il rischio della perdita definitiva della prova se, nel frattempo, la difesa abbia richiesto la distruzione delle registrazioni non acquisite, a tutela della riservatezza.

Né i rischi paiono attenuati dalla possibilità di "recuperare" in fase di udienza preliminare o in dibattimento (o finanche in appello) l'acquisizione delle intercettazioni non acquisite, poiché, se il difensore ne ha, intanto, chiesto ed ottenuto la distruzione, la prova è già perduta *in rerum natura*.

Ed ancora, un altro rischio di perdita definitiva della prova si profila nel caso in cui, come già annotato, si richieda l'acquisizione di nuove intercettazioni, mai prima deliberate, in sede di dibattimento (pure di appello, ex art.598 c.p.p.)

Questa richiesta è ammissibile soltanto se l'esigenza di acquisire agli atti l'intercettazione sorga, per la

prima volta, proprio a seguito di quanto emerso nel corso del dibattimento e sia rilevante ai fini di prova. Ma se, *medio tempore*, ai fini della tutela della riservatezza, gli interessati abbiano già chiesto al g.i.p. di distruggere questa intercettazione, ottenendo una pronuncia favorevole, sarà impossibile acquisire la nuova prova, con buona pace ora del p.m. ora, magari, dello stesso imputato.

Infatti:

“E che succede se nel frattempo le parti (leggasi: la difesa) hanno già (frettolosamente) chiesto ed ottenuto la distruzione delle intercettazioni (all'epoca) giudicate “irrilevanti”, di cui viceversa si scopra successivamente la rilevanza per i fatti oggetti di prova?! È evidente che in tal caso alcuna possibilità di recupero ex post sarà mai possibile, con grave vulnus all'accertamento dei fatti, anche per lo stesso imputato, che potrebbe così aver definitivamente perso materiale importante pure in ottica difensiva. È auspicabile, pertanto, che in futuro le difese sappiano fare un utilizzo assai cauto ed oculato del potere loro concesso di richiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite, al fine di evitare eventuali effetti boomerang”¹⁹.

6.2. L'uso delle intercettazioni a fini cautelari e l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari.

La disciplina *ordinaria* di acquisizione delle intercettazioni appena descritta non trova applicazione qualora il p.m. abbia presentato richiesta di applicazione di misura cautelare, alle condizioni che siano in corso le indagini preliminari e che l'ordinanza sia stata adottata.

In questo caso, l'acquisizione delle intercettazioni dall'archivio riservato al fascicolo dell'indagine sarà direttamente disposta dal p.m., anziché dal g.i.p.

Così stabilisce l'art.268 *ter*, comma 1 c.p.p.:

“L'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate, nel corso di indagini preliminari, per l'adozione di una misura cautelare è disposta dal pubblico ministero, con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5”.

Dal testo della norma discende che l'unione delle intercettazioni al fascicolo dell'indagine riguarderà soltanto quelle utilizzate dal g.i.p. per emettere il provvedimento cautelare e che il p.m. le inserirà soltanto dopo l'adozione della misura²⁰.

Intanto, nel redigere la richiesta cautelare, il p.m. potrà attingere dall'insieme delle intercettazioni nel frattempo depositate nell'archivio riservato di cui all'art.269 c.p.p. (avendo anche cura di chiedere l'autorizzazione al “ritardato deposito”, altrimenti troverebbe immediata applicazione la procedura di *discovery* di cui all'art.268 *bis* c.p.p.).

Tuttavia, al solito scopo della tutela della riservatezza, il Legislatore non ha consentito al p.m. di attingere a piene mani tra il materiale custodito nell'archivio riservato.

Si prevedono criteri di selezione.

Ai sensi del nuovo art.291, comma 1 c.p.p., infatti, il p.m. presenta al giudice gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all'art.268, comma 2 c.p.p. (ossia i verbali delle operazioni di intercettazione), ma *“limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti”*.

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

A sua volta, l'art. 292 comma 2 *quater* c.p.p. dispone che anche nell'ordinanza applicativa, *“quando*

¹⁹ Pestelli *“Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa”* in Diritto Penale Contemporaneo, n.1/2018, pagg.179/180.

²⁰ Pestelli *“Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa”* in Diritto Penale Contemporaneo, n.1/2018, pag.176; Pretti *“Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni”*, ibidem, pagg.204ss.

necessario” siano “riprodotti soltanto i brani essenziali” delle predette intercettazioni.

La riforma, pertanto, impone il criterio della sobrietà nella scelta e nella riproduzione del materiale intercettato, seguendo quell’orbita di tutela della riservatezza già tracciata dalla nota circolare adottata dal CSM in materia e che stimolava l’attenzione sull’opportunità di un’accurata selezione delle conversazioni da inserire nei provvedimenti cautelari – tanto nelle richieste del p.m. quanto nelle ordinanze del g.i.p. – e sulla necessità che siano contrassegnati da una “sobrietà contenutistica”, a fronte della “naturale idoneità di tali provvedimenti ad essere oggetto di attenzione mediatica in quanto collegati alla privazione della libertà personale e perché provvedimenti cronologicamente più vicini al fatto, di quanto non lo sia il momento del deposito degli atti al termine delle indagini preliminari”, essendo “massimo..in tale fase, anche in termini quantitativi, il pericolo di diffusione di informazioni sensibili derivanti dalle intercettazioni e dunque di lesione del bene della riservatezza, per cui ancor più attenta deve essere l’opera di verifica della rilevanza compiuta dai magistrati in questo segmento processuale”²¹.

Resta da stabilire come il p.m. possa trasmettere al g.i.p. le sole “comunicazioni e conversazioni rilevanti” e, di quelle, soltanto i “brani essenziali”.

La legge, al proposito, tace.

Un’indicazione potrebbe cogliersi sempre dalla circolare del CSM che, in simili casi, auspica si ricorra a modalità espositive adeguate che “non accentuino la lesione della riservatezza dei terzi estranei alle indagini, anche ricorrendo, se ritenuto opportuno e comunque funzionalmente adeguato, ad omettere riferimenti a cose o persone, se non strettamente necessari”²².

Resta, comunque sia, pur sempre da considerare che l’estrappolazione di singole frasi da una intera conversazione può comportare l’opposto rischio di un’alterazione del senso della stessa²³.

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

Sarà probabilmente necessario mutare alcune patologiche prassi operative, senza più trasferire integralmente nella richiesta di misura cautelare il materiale raccolto nella informativa conclusiva della p.g.

“Continuare su tale strada vorrebbe dire eludere il dato normativo e affossare la riforma. Il pubblico ministero deve farsi carico di individuare le sole conversazioni utilizzabili e rilevanti e, nell’ambito di queste, selezionare i passaggi significativi a fini probatori.”²⁴.

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

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

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

Da segnalare che, mentre il p.m. dovrà selezionare le intercettazioni rilevanti per ottenere la misura cautelare, al contrario dovrà trasmettere al giudice qualsiasi registrazione che possa dimostrarsi

²¹ Circolare CSM, pag.20.

²² Circolare CSM, pag.15.

²³ A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dalle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 7.

²⁴ “Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni”, emanate dalla Procura di Velletri il 15.1.2018.

astrattamente favorevole all'indagato, secondo il disposto di cui all'art. 291, comma 1, ultima parte c.p.p.

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

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

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

Al proposito, si è annotato che il giudice dovrebbe adottare un apposito "provvedimento esclusivo dei progressivi irrilevanti o inutilizzabili, che assumerà la forma del decreto, necessariamente motivato, intervenendo la decisione, a differenza del procedimento in via ordinaria, in assenza di preventivo contraddittorio tra le parti."²⁵.

Consegue che non tutti i progressivi utilizzati per l'adozione della misura entreranno a far parte del fascicolo del pubblico ministero col provvedimento emesso da quest'ultimo (art.268 *ter*, comma 1 c.p.p.). Tra le conversazioni o comunicazioni trasmesse dal p.m. al g.i.p., infatti, resteranno escluse quelle di cui il giudice avrà espressamente disposto l'estromissione, in quanto irrilevanti o non utilizzabili.

Pertanto, adottata la misura cautelare, il p.m. acquisirà al fascicolo d'indagine non solo i brani effettivamente utilizzati in quanto riprodotti nel testo dell'ordinanza cautelare, ma anche tutti quelli oggetto di trasmissione ai sensi dell'art. 291, comma 1, c.p.p. con esclusione, quindi, soltanto di quelli rispetto ai quali il giudice abbia espressamente ordinato la restituzione ai sensi dell'art. 92, comma 1 *bis*, disp. att. c.p.p.

*"Ciò ovviamente non osta, salvo che per le intercettazioni propriamente inutilizzabili, a che lo stesso P.M. possa in seguito attivare la procedura ordinaria per l'acquisizione delle captazioni ritenute non rilevanti dal GIP e di cui lo sviluppo successivo dell'indagine dimostri, al contrario, la rilevanza ai fini della prova dei fatti per cui si procede (e senza che qui si possa invece temere alcuna distruzione delle intercettazioni restituite al P.M., giacché il giudizio di "non rilevanza" espresso in sede di incidente cautelare ed agli stretti fini dell'emissione di una misura non equivale né è evidentemente equiparabile a quel giudizio di "manifesta irrilevanza" cui le stesse possono andare incontro a seguito della procedura ordinaria di selezione delle registrazioni, che costituisce l'anticamera della loro possibile distruzione"*²⁶.

6.2.1. I diritti della difesa.

La procedura speciale in materia cautelare prevede che sia il g.i.p., investito dalla richiesta, a vagliare le intercettazioni unilateralmente indicate dal p.m., ovviamente essendo precluso alla difesa di interloquire sul tema prima dell'adozione del provvedimento.

Il difensore, pertanto, verrà a conoscenza del titolo cautelare al momento dell'avviso di cui all'art.293 c.p.p.

Ricevuto l'avviso di deposito dei provvedimenti cautelari e degli atti a supporto, il difensore avrà diritto

²⁵ Pretti "Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni", *ibidem*, pag.205.

²⁶ Pestelli "Brevi note sul nuovo Decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa" in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2018, pag.185.

di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e di trasposizione su supporto idoneo delle relative registrazioni, così come stabilito dal novellato art. 293, comma 3, c.p.p.

Si sostiene che questo diritto di estrazione di copia e di trasposizione su supporto delle registrazioni potrebbe riguardare esclusivamente gli atti e le fonie usate dal g.i.p. per l'adozione della misura cautelare e allegati al fascicolo dell'indagine con provvedimento del p.m. emesso dopo l'adozione della misura cautelare²⁷.

Nondimeno, ai difensori deve essere comunque sia riconosciuto il diritto di accesso a tutti gli atti e a tutte le registrazioni intanto custodite nell'archivio riservato, per prenderne conoscenza.

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

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

Una soluzione plausibile appare quella di permettere al difensore di azionare il meccanismo ordinario di acquisizione delle intercettazioni, ossia quello di cui all'art.268 *ter*, comma 3 c.p.p.

La difesa, pertanto, potrebbe chiedere al g.i.p. l'acquisizione dei verbali e delle intercettazioni ritenute rilevanti per contrastare i presupposti cautelari (mentre l'*estromissione* di quelle utilizzate nel provvedimento in quanto non utilizzabili potrebbe immediatamente competere al Tribunale del Riesame).

D'altronde, la procedura di cui all'art.268 *ter*, comma 1 c.p.p. non appare incompatibile con quelle previste nei commi successivi, poichè l'ultimo comma della norma prevede che il p.m., proprio in relazione alle comunicazioni di cui al primo comma, possa chiedere al giudice, con le modalità e nei termini indicati dalla disciplina *ordinaria*, l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni di cui ritenga, per elementi sopravvenuti, l'irrilevanza.

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.

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

E dunque, *"nel caso di emissione di misura cautelare, concorrono evidentemente una competenza propria del pubblico ministero di acquisire automaticamente al fascicolo tutte le intercettazioni utilizzate per l'adozione del titolo cautelare ed una del giudice per le indagini preliminari di escludere quelle già acquisite e successivamente divenute irrilevanti nonché di provvedere in ordine alle richieste difensive di inclusione di altre intercettazioni o di esclusione, previo giudizio di irrilevanza o inutilizzabilità, di quelle già acquisite, con una procedura a posteriori"*²⁸.

²⁷ Pretti "Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni", in Diritto Penale Contemporaneo, n.1/2018, pag.207.

²⁸ Pretti "Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni", in Diritto Penale Contemporaneo, n.1/2018, pag.208.

7. La disciplina sull'uso del captatore informatico.

7.1. La multifunzionalità del captatore informatico.

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

Per captatore informatico si intende un programma informatico (software) fondato sull'invio, da remoto, di un *virus* capace di installarsi autonomamente su qualsiasi apparecchio, *smartphone, tablet, computer, smart tv*²⁹.

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

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

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

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

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

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

In ragione di queste multiformi prestazioni, il captatore informatico è stato intelligentemente definito un *congegno bulimico*³⁰ che permette di gestire, in un centro remoto di comando e controllo, non solo la intercettazione dei dialoghi, dei suoni e delle immagini prelevandoli dal dispositivo – spegnendo e

²⁹ Il termine "captatore informatico" fu utilizzato dalla giurisprudenza (Sez. 5, n. 16556 del 14/10/2009, dep. 2010, Virruso, Rv. 246954) la quale, lo definisce pure "agente intrusore" (Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015, Musumeci, Rv. 265654).

³⁰ L'espressione è di L. Filippi, *L'ispe-perqui-Intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi ma sbagliano la terapia*, in *Il penalista*, it, 6 settembre 2016.

accedendo, all'occorrenza, microfono e *webcam* – ma anche di eseguirne l'ispezione e la perquisizione (eventualmente pure acquisendone i contenuti).

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

Parimenti, in mancanza di una disciplina normativa dedicata a *tipizzare* le prestazioni del captatore e a regolarne l'uso, gli operatori del diritto hanno non poco faticato a ricondurre ciascuna delle varie funzioni a quelle tipologie di mezzi di ricerca della prova ora tipici, ora atipici (facendo così riferimento agli istituti delle ispezioni, delle perquisizioni, delle intercettazioni e delle cd. "prove atipiche" di cui all'art. 189 c.p.p.), mentre, da più parti, si sollecitava l'intervento del Legislatore per disciplinare i casi, i modi e i limiti del ricorso a questo strumento tecnologico, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra esigenze investigative e tutela dei diritti fondamentali, valutando l'indiscutibile capacità invasiva del captatore capace di costituire un "attentato" all'onnicomprendente diritto alla riservatezza³¹.

Non per nulla si è sostenuto che ascoltare e leggere uno *smartphone* rasenta il controllo psichico³².

Di conseguenza si sono susseguite più proposte normative per regolare la materia, seppur non organicamente³³.

Nel frattempo anche la giurisprudenza ha dovuto confrontarsi con questo strumento investigativo e di uso multiforme, con alterne pronunce in merito all'ammissibilità, soprattutto, della funzione di intercettazione di dialoghi tra presenti, da ultimo stimolando l'intervento delle SSU (sent. 28.4.1016, Scurato).

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

³¹ Palmieri " *La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni*" in *Diritto Penale Contemporaneo* n.1/2018, pagg.60 ss.

³² A. Gaito-S. Furfaro, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in A.A. V.V., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, p. 364, il quale rileva che "nulla sfugge al controllo, e dal telefono all'intimità quotidiana, dalla corrispondenza alla rete fino alla messaggistica di WhatsApp e Blackberry tutto è ormai tecnicamente intercettabile: parole, suoni, gesti e, conseguentemente, opinioni e pensieri prima di azioni e condotte concrete".

³³ Nel corso dei lavori parlamentari per la conversione del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale", convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, era stata proposta una modifica dell'art. 266-bis cod. proc. pen., inserendo le parole «anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico». Successivamente, era stato presentato un emendamento che mirava a circoscrivere l'area operativa del nuovo strumento alle indagini per i delitti di cui agli artt. 270-bis, 270 - ter, 270 -quater e 270-quinquies del codice penale commessi con le finalità di terrorismo di cui all'articolo 270-sexies. Successivamente, in data 2 dicembre 2015, è stata depositata la proposta di legge C. 3470, intitolata "Modifica all'articolo 266-bis del codice di procedura penale, in materia di intercettazione e di comunicazioni informatiche o telematiche". Intendendo garantire l'adeguamento tecnologico del sistema delle intercettazioni, mediante l'utilizzo dei programmi informatici che consentano l'accesso ai *computer* da remoto, per acquisire dati presenti in un sistema informatico ritenuti utili alle indagini connesse al perseguimento di reati con finalità terroristiche, si propone di aggiungere all'art. 266-bis, comma 1, cod. proc. pen., le seguenti parole: «anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico». In data 20 aprile 2016 è stata depositata la proposta di legge C. 3762, intitolata «Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in materia di investigazioni e sequestri relativi a dati e comunicazioni contenuti in sistemi informatici o telematici». La relazione di accompagnamento, dopo aver definito "captatore legale" il programma informatico da utilizzare nelle indagini, illustra, sul piano metodologico, le varie attività che il programma informatico consente, le quali sono distinte e ricondotte all'istituto tipico al quale sono più assimilabili. In particolare, l'art. 1 prevede la possibilità di procedere, tramite captatori legali, a perquisizioni a distanza, nei soli casi in cui si procede per i reati di cui all'art. 51, comma 3-bis, 3 -quater e 3 -quinquies, cod. proc. pen., all'art. 407, comma 2, cod. proc. pen. e ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. L'art. 2 disciplina il sequestro da remoto dei dati «diversi da quelli relativi al traffico telefonico o telematico», limitatamente ai reati dapprima indicati. L'art. 3 modifica l'art. 266-bis cod. proc. pen., disciplinando l'uso dei captatori legali per compiere l'intercettazione di flussi di dati e per la localizzazione geografica del dispositivo. L'ad, 4 prevede il carattere residuale e sussidiario dei nuovi mezzi investigativi. L'art. 5 modifica l'art. 268 cod. proc. pen., statuendo che i dati informatici acquisiti siano conservati con modalità tali da assicurare l'integrità e l'immodificabilità dei dati raccolti e la loro conformità all'originale. L'art. 6 aggiunge il nuovo art. 89-bis al d.lgs. n. 271 del 1989 indicando i contenuti del decreto ministeriale sulle caratteristiche tecniche dei captatori. L'art. 7 modifica l'art. 226 d.lgs. n. 271 del 1989 adeguando la disciplina delle intercettazioni preventive al nuovo strumento di captazione.

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

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

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

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

All'interrogativo la sentenza Musumeci (Cass.Sez. 6, n. 27100 del 26/05/2015) diede risposta affermativa, muovendo dal presupposto che dalla formulazione dell'art. 266, comma 2 c.p.p., laddove è prevista l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, deriverebbe l'obbligo della precisazione, nel decreto di autorizzazione, del luogo nel quale sono consentite le captazioni³⁴.

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

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

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

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

Con la conseguenza che il supremo organo nomofilattico non solo non ha escluso la legittimità dell'uso di tale strumento captativo per le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora dove si stia svolgendo l'attività criminosa, ma soprattutto, non l'ha esclusa per le ulteriori forme di intercettazione, tra cui quelle telematiche *ex art. 266 bis, c.p.p.*

³⁴ Detta interpretazione della norma codicistica, secondo la sentenza Musumeci, sarebbe l'unica compatibile con il dettato dell'art. 15 Cost.; imponendosi, ai fini della piena tutela della libertà di comunicare, una lettura rigorosa delle disposizioni che legittimano la compressione di tale diritto della persona: l'intercettazione ambientale, pertanto, dovrebbe avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* nel provvedimento di autorizzazione, non potendo essere permessa in qualunque posto si trovi il soggetto. La specificazione dei luoghi non costituirebbe, cioè, «una semplice modalità attuativa del mezzo di ricerca della prova», ma una tecnica di captazione, con specifiche peculiarità, in grado di attribuire maggiore potenzialità all'intercettazione, dal momento che consente la possibilità di «captare conversazioni tra presenti non solo in una pluralità di luoghi, a seconda degli spostamenti del soggetto, ma [...] senza limitazione di luogo».

7.2. L'intervento della riforma e l'attuale disciplina.

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

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

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

La legge disciplina esclusivamente le intercettazioni tramite captatore informatico di conversazioni tra presenti su dispositivi mobili, le quali, tuttavia, per quanto rilevato, sono solo uno dei possibili utilizzi di tale strumento³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

Infatti, si stabilisce che

“Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.. si applicano le disposizioni di cui all'articolo

³⁵ *“La scelta è stata in parte imposta dalla circostanza che proprio in riferimento a tale utilizzo del cd. agente intrusore (che consente intercettazioni ubiquitarie ovvero che si spostano di luogo in luogo seguendo il possessore del dispositivo target oggetto di intercettazione) si sono posti, nella prassi, i maggiori interrogativi di compatibilità dello strumento tecnico investigativo con la disciplina relativa alle intercettazioni tra presenti, alla luce della necessità, più volte riaffermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, di preventiva individuazione, in seno al decreto autorizzativo, dei luoghi in cui possano avvenire le operazioni”.* Da *“Linee guida..”* adottate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

13 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n.203”(art.6, comma 1 D.lgsvo n.216/2017).

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

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

Dunque, per i delitti dei pp.uu. contro la p.a., purchè puniti con pena edittale non inferiore ad anni 5 di reclusione, la riforma in tema di intercettazioni ha previsto che si proceda anche soltanto in presenza di indizi sufficienti e l’identico termine di durata delle operazioni di registrazione stabilito per i delitti di “*criminalità organizzata*”.

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

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

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

Ma questa disciplina ha avuto una breve durata.

Con la legge n.3/2019 di riforma sui delitti contro la p.a., entrata in vigore lo scorso 31 gennaio 2019, si è intervenuti su quest’ultimo versante.

Si abroga la disposizione che limitava il ricorso al captatore informatico (art.6, comma 2 decreto legislativo n.216/ 2017: “*L’intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall’articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l’inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa*”).

Si interviene sul disposto dell’art.266, comma 2 *bis* c.p.p. (e dell’art.267, comma 1, terzo periodo c.p.p.), estendendo anche ai reati contro la p.a., puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la clausola derogatoria prevista per reati di cui all’articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p.

Con l’attuale disciplina, pertanto, **per i reati contro la p.a., puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, è sempre consentito l’inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile, ovunque quest’ultimo venga a trovarsi e, dunque, anche nei luoghi di privata dimora, anche se non vi sia (il fondato) motivo di ritenere che ivi sia in corso l’attività criminosa.**

Tirando le fila e tenuto conto che le intercettazioni mediante captatore informatico devono considerarsi intercettazioni tra presenti:

- sono sempre consentite nei luoghi diversi da quelli di privata dimora, di cui all'art. 614 c.p.
- se si svolgano nei luoghi di privata dimora, di cui all'art. 614 c.p., possono essere autorizzate dal Giudice soltanto se sussista il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, tranne che
 - > per i delitti di c.d. criminalità organizzata di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e per i delitti dei pp.uu. contro la p.a. se puniti con pena nel massimo non inferiore a 5 anni di reclusione, poiché il nuovo art. 266, comma 2 *bis* c.p.p. prevede che per questi delitti l'intercettazione per mezzo del captatore informatico è sempre consentita, anche se abbia luogo nel domicilio e senza la necessità che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

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

La riforma ha modificato l'art. 267 c.p.p. quanto ai decreti di autorizzazione delle intercettazioni mediante uso del captatore informatico su dispositivi portatili, disponendo una serie di condizioni ulteriori rispetto a quelle normalmente richieste per le normali intercettazioni tra presenti.

Infatti, l'art. 267, comma 1 c.p.p. richiede che, nel caso di ricorso al captatore per le intercettazioni su dispositivi portatili (e, dunque, non negli altri casi), il decreto autorizzativo indichi :

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

Pertanto, per tutti i reati (anche quelli di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e quelli dei pp.uu. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione) è richiesto un ulteriore sforzo motivazionale, dovendo il decreto autorizzativo indicare le specifiche ragioni che rendano necessaria il ricorso al captatore informatico per la riuscita dell'operazione di intercettazione³⁶.

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

Dunque, eccetto per i delitti ex art. 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. quelli dei pp.uu. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione, per i quali l'intercettazione mediante captatore è sempre ammessa su dispositivi mobili in qualunque luogo ed in qualunque tempo senza limitazioni e non è necessaria la specificazione nel decreto dei luoghi e del tempo in cui è ammessa l'attivazione del microfono, l'intercettazione tramite captatore per i restanti reati, a pena di inutilizzabilità ai sensi dell'art. 27, comma 1 c.p.p., presuppone che nel decreto autorizzativo si indichino i luoghi ed il tempo in cui è possibile "accendere" ed utilizzare il captatore informatico.

³⁶ "Un possibile esempio sarà quello dell'intercettazione mediante captatore informatico di una conversazione tra due interlocutori che passeggino lungo una via pubblica, poiché in questo caso non si può ricorrere a microspie tradizionali che richiedono la loro preventiva collocazione in un luogo determinato oppure un incontro tra due correi in un locale pubblico di cui, però, non si conosce e non sia neppure successivamente determinabile l'esatta ubicazione.", da "Linee guida..." adottate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

Si tratta di norma di non sempre agevole applicazione sia per la mancanza di parametri oggettivi sia per le difficoltà di poter indicare preventivamente dove e quando si eseguirà, seppure il testo della riforma, consapevole di tali difficoltà, abbia preveduto che l'indicazione "dei luoghi e del tempo" possa avvenire "anche indirettamente"³⁷.

Riguardo alla determinazione del tempo, in relazione al quale è consentita l'intercettazione a mezzo captatore, il decreto autorizzativo dovrà individuare i "momenti temporali" nei quali ne sarà legittimato l'uso, con apertura del microfono ovviamente nell'ambito cronologico più ampio di durata delle intercettazioni come autorizzate o prorogate.

La previsione introduce un sistema in molti casi profondamente diverso dalle intercettazioni, telefoniche o tra presenti di tipo tradizionale, nelle quali gli ascolti si susseguono senza soluzione di continuità (salvo casi particolari) per tutto l'arco temporale consentito, poichè nelle intercettazioni mediante agente "intrusore", fissata la durata complessiva delle operazioni, gli ascolti avverranno in ragione di specifiche occasioni preventivamente determinate³⁸.

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

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

Con l'attuale disciplina, pertanto, per i reati contro la p.a., puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, è consentito l'inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile **anche senza la previa determinazione da parte del giudice, in sede di autorizzazione, dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono** [artt. 266, comma 2 *bis* e 267, comma 1, terzo periodo, c.p.p.]³⁹.

³⁷ "sul punto, possono qui svolgersi, alcune considerazioni di natura pratica. In primo luogo, in relazione alla determinazione ed indicazione dei luoghi dove si può utilizzare il captatore, appare evidente che la locuzione "anche indirettamente determinati" consentirà al Giudice di concedere l'uso del captatore in ogni luogo (dunque anche di privata dimora) in cui gli indagati potranno in essere attività rientranti nella condotta tipica del delitto o anche preparatorie ad esse. Per esempio ove nel corso di un'intercettazione telefonica emerga che acquirente e spacciatore concordano un appuntamento in un luogo non determinato, né altrimenti individuato e/o individuabile, per la cessione della sostanza stupefacente il Giudice potrà autorizzare, ferma la sussistenza del requisito di necessità del ricorso a tale forma di intercettazione, l'utilizzo del captatore "con riferimento al luogo in cui Tizio e Caio si troveranno all'atto della movimentazione e/o cessione dello stupefacente" (tenuto conto che proprio la mancata conoscenza del luogo dell'appuntamento non rende possibile la preventiva installazione delle microspie "classiche")." da "Linee guida..." adottate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

³⁸ "In molti casi la determinazione del tempo di attivazione del microfono nel decreto autorizzativo costituirà elemento strettamente ed inevitabilmente connesso anche ai luoghi di attivazione determinati dal decreto in dipendenza ai contatti ed agli incontri degli indagati in relazione alla commissione dei reati. Si pensi alla seduta riservata di una gara pubblica che si terrà indifferibilmente dalle ore 14 alle ore 17: in tal caso il Giudice potrà, ed anzi dovrà, autorizzare la captazione limitatamente a tale intervallo temporale, ferma restando la possibilità di indicare i termini anche indirettamente, per esempio...con riferimento al momento (e al luogo) in cui almeno due degli indagati si siano incontrati ed abbiamo iniziato a discutere dell'attività illecita...", da "Linee guida..." adottate dalla Procura di Sondrio il 10.4.2018.

³⁹ Come annota il Procuratore della Repubblica di Bologna "Per l'effetto di quanto detto: i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di che trattasi finiscono con l'avere — rispetto all'utilizzo del trojan - un regime di applicabilità dello strumento delle intercettazioni finanche più ampio rispetto a quello ordinariamente previsto per i reati di criminalità organizzata di cui all'articolo 13 del decreto legge 1991 n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991 n. 203 che non siano ricompresi tra quelli di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* del Cp [cui pure sono assimilati ex articolo 6, comma], del decreto legislativo n. 216 del 2017, quanto al compendio indiziario legittimante il ricorso allo strumento intercettativo e quanto ai presupposti per poter disporre le intercettazioni ambientali: come si è visto, gli indizi di reato richiesti per poter disporre le intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni non devono essere più "gravi", come ordinariamente previsto dall'articolo 267, comma 1, del Cpp, ma bastano indizi "sufficienti"; mentre, nel caso di intercettazioni ambientali da svolgere nei luoghi indicati dall'articolo 614 del Cp, queste possono essere eseguite, diversamente da quanto ordinariamente disposto dal comma 2 dell'articolo 266 del Cpp, anche se non vi è il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa]. Infatti, l'intercettazione mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile, è sempre consentita

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

Il riformatore è intervenuto pure nei casi in cui il p.m. ricorra d'urgenza al decreto di intercettazione, inserendo l'art.267, comma 2 bis c.p.p. che, in caso di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico su dispositivo portatile, ne limita l'adozione ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p.

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

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

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

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

[solo] quando si procede per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del Cpp e, ora, quando si procede per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni [articolo 266, comma 2 bis, del Cpp]. Per gli altri reati di criminalità organizzata non ricompresi nell'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, del Cpp [ad esempio, secondo le puntualizzazioni offerte dalla sentenza delle Sezioni unite 28 aprile 2016, Scurato “quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere ex articolo 416 del Cp, correlata alle attività più diverse, con esclusione del mero concorso di persone”] le intercettazioni tramite captatore informatico possono essere eseguite, ma, qualora avvengano nei luoghi di cui all'articolo 614 del Cp, è necessario che il decreto di autorizzazione indichi “i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono” [articolo 267, comma 1, ultimo periodo, del Cpp].” Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna: “ Legge 9 gennaio 2019 n. 3. Profili di interesse per Ufficio del PM” 17.1.2019.

Non è, tuttavia, mancato chi abbia dubitato di questo eguale trattamento tra i reati dei pp.uu. contro la p.a. e i reati di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p. Si è, infatti, sostenuto che *“... Il primo intervento additivo sull'art. 266 comma 2 bis estende il novero dei reati per i quali l'uso del captatore informatico è >sempre> consentito, integrando l'elenco dell'art. 266 comma 2-bis (delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. 11), con i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. La norma va quindi letta quale deroga alla disciplina del comma 2, che richiede, per le intercettazioni ambientali nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., (che possono essere eseguite >anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile>) il fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa. La seconda modifica, operante sul comma 1 dell'art. 267 c.p.p., secondo il tenore rigorosamente letterale, risulta però operare un distinguo rispetto ai delitti di C.O. e di terrorismo, proprio in relazione all'uso del captatore informatico. La norma, infatti, prevede in via generale che il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile debba indicare >le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini>. Vengono poi richieste, sempre in generale, ulteriori specificazioni circa >i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono>. Questa seconda specificazione non è però richiesta, in via di eccezione, quando si procede per i delitti di cui ai commi 3-bis e 3-quater dell'art. 51 c.p.p.. L'attuale modifica normativa, che aggiunge il riferimento ai delitti contro la P.A., secondo il tenore puramente letterale, è formulato però in termini che escludono l'inclusione nell'eccezione di tali reati, con il che si determina per essi l'applicazione della disciplina genera.. Ne consegue che, a differenza che per i reati di C.O., quando si procede per reati contro la P.A., il decreto che dispone le intercettazioni mediante captatore informatico dovrà dettare specifiche indicazioni circa la fase esecutiva dell'intercettazioni, dettagliando il perimetro spazio-temporale coperto dall'autorizzazione, individuando, anche indirettamente, i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono del dispositivo portatile al cui interno è stato inoculato il captatore. Pertanto, con la modifica dell'art. 266 c.p.p. la L. 3/2019 estende ai più gravi reati contro la P.A. l'utilizzo del captatore informatico nei luoghi di privata dimora, in maniera omologa ai reati di criminalità organizzata, ma con la modifica dell'art. 267 c.p.p. prevede che, a differenza di questi ultimi, il decreto stabilisca tempi e luoghi dell'attivazione del microfono, in maniera analoga a quando si procede per reati comuni. Rispetto ai reati comuni, quindi, la differenza consiste nella possibilità di procedere ad intercettazione mediante trojan nei luoghi di privata dimora anche quando, e dove, non sia in essere la condotta criminosa”* da *“Legge Anticorruzione” 9 gennaio 2019 n. 3 – approfondimento sulle modifiche incidenti sull'esecuzione penale e sulle attività di interesse per il Pubblico Ministero*”, Procura di Modena, nota del Procuratore agg.di. Di Giorgio

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

Come già esaminato, il D.Lgsvo n. 216/2017 ha riscritto l'art. 268 c.p.p., relativo alle modalità di esecuzione delle intercettazioni, abrogandone i commi 5, 6, 7 ed 8, nonché ha aggiunto i nuovi articoli 268 bis, 268 ter e 268 quater.

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

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

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

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

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

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

Luogo di privata dimora e captatore informatico su dispositivi fissi.

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

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

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

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

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

Luogo privata dimora e captatore informatico su dispositivi portatili.

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

7.4. 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.).

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

La riforma è intervenuta prevedendo un ulteriore limite all'uso delle intercettazioni tra presenti effettuate tramite captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile.

Ed infatti il nuovo art.270, comma 1 *bis* c.p.p. dispone che i risultati di tali intercettazioni: "*non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*".

Si tratta, pertanto, di un limite che non solo riguarda altri, diversi procedimenti, ma che opera anche all'interno dello stesso procedimento nel quale furono autorizzate le intercettazioni mediante captatore su dispositivi mobili: se in quel procedimento, a seguito delle intercettazioni, emergano altri reati, diversi da quelli per accertare i quali le registrazioni furono autorizzate, i risultati non potranno essere utili per tali diversi reati, tranne che siano reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e che i risultati delle intercettazioni siano indispensabili per provarli.

Resta ferma, comunque sia, la possibilità di usare quale *notitia criminis* gli esiti dell'intercettazione nei confronti dei reati diversi da quelli per cui fu autorizzata la captazione e magari capace di stimolare una richiesta integrativa d'intercettazione in relazione alla stessa, anche tramite captatore informatico sul medesimo dispositivo portatile (ovviamente sussistendo tutte le altre condizioni di legge).

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

8. Inutilizzabilità delle intercettazioni.

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

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

Quanto ai requisiti di ammissibilità delle intercettazioni, l'art.266 c.p.p. ha individuato le categorie dei reati per cui è consentito ricorrere a questo mezzo di prova, per titolo o secondo il livello di pena prevista. Non sussistono, pertanto, particolari difficoltà per verificare quando l'intercettazione sia ammissibile, se non nel momento in cui sia necessaria la modifica del reato o si profilino fatti di reato nuovi o diversi rispetto alla contestazione utilizzata per la richiesta e la autorizzazione alla intercettazione. Se la previsione di inutilizzabilità dei risultati dell'atto se compiuto "fuori dei casi consentiti dalla legge" (art. 271 comma 1 c.p.p.) implica la verifica della corrispondenza non solo iniziale ma anche successiva tra il reato rientrante nell'elenco dei casi ammessi ex art. 266 comma 1 c.p.p. e il provvedimento autorizzativo, tuttavia la giurisprudenza si è sempre espressa per consentire l'uso dei risultati delle intercettazioni malgrado la modifica del reato e anche in relazione a nuovi reati che non le avrebbero consentite, ritenendo che sia la sola assenza del presupposto originario a determinare l'inutilizzabilità⁴⁰.

Ciò presenta naturali connessioni con l'ipotesi della utilizzabilità della intercettazione originaria in un procedimento diverso, disciplinata dall'art. 270 c.p.p., laddove se ne subordina l'uso alla indispensabilità per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270 comma 1 c.p.p.).

La differenza tra reato diverso e procedimento diverso trova fondamento, stando alla giurisprudenza, non sulla mera diversità numerica della registrazione dei procedimenti, ma sulla diversità sostanziale dei fatti storici individuati, in tal modo giustificandosi l' "indispensabilità" dell'intercettazione e di un reato per il quale sia obbligatorio l'arresto in flagranza.

Questa linea interpretativa potrebbe, però, mutare a seguito della riforma che, come rilevato, ha innovato l'art. 270 c.p.p. relativamente alle intercettazioni ambientali operate con captatore informatico, vietando l'uso dei risultati *"per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato messo il decreto di*

⁴⁰ Cass. Sez. F. 26.8.2016 n. 35536. rv 267598: "i risultati delle intercettazioni telefoniche disposte per un reato rientrante tra quelli indicati nell'art. 266 c.p.p. sono utilizzabili anche relativamente ad altri reati per i quali si procede nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite".

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

autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza" (art. 270 comma 1 *bis* c.p.p.).

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

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

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

Parimenti, nessun problema interpretativo sorge dal richiamo, contenuto nell'art. 271 c.p.p., all'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni: *"per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 267 c.p.p."*, atteso che tale norma è richiamata integralmente e, dunque, la violazione delle nuove norme relative al cd. captatore informatico, inserite dal D.lvo 216/2017 nel cit. art. 267 c.p.p., determinerà l'irrogazione della più grave sanzione dell'inutilizzabilità.

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

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

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

Intanto, poiché la riforma non ha modificato l'art. 271, comma 1 c.p.p., si può sostenere che le nuove disposizioni sul deposito dei verbali e registrazioni (art. 268 *bis* c.p.p.), sulla acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini (art. 268 *ter* c.p.p.) e sui termini e modalità della decisione del giudice (art. 268 *quater* c.p.p.), non siano presidiate dalla scure della inutilizzabilità, ma siano ravvisabili profili di nullità in caso di violazione dei diritti difensivi (art. 268 *bis* comma 2 c.p.p.; art. 268 *quater* comma 2 c.p.p.)⁴¹.

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

La giurisprudenza, come noto, limita la sanzione agli stretti casi di rinvio dell'art. 271 comma 1 c.p.p. all'art. 268 commi 1 e 3 c.p.p., sostenendo che il mancato rispetto del termine di cinque giorni dalla

⁴¹ Sulla insussistenza di nullità o inutilizzabilità ex art. 268 c.p.p. per omesso avviso della facoltà di esaminare gli atti, Cass. Sez. 8.4.2015 n. 33587, rv 264522 e Cass. 8.1.2016 n. 6408.

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."⁴².

Eguale, pertanto, dovrebbe valere per l' art. 268 bis comma 1 c.p.p. relativo al deposito, nei cinque giorni, di annotazioni, verbali, registrazioni e decreti di autorizzazione, convalida o proroga, tenendo conto che "la sanzione della inutilizzabilità, prevista dall'art. 271 cod. proc. pen. in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 268 stesso codice, riguarda l'omesso deposito dei verbali e non dei cd. brogliacci, che si distinguono dai primi perché contengono solo la sintesi delle conversazioni intercettate e non la sommaria indicazioni delle operazioni svolte" (Cass. Sez. III, 26.5.2016 n. 21968).

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

Sempre sul tema, ricordiamo che è stato introdotto il divieto di trascrizione anche sommaria delle captazioni del difensore, a supporto di quello, già esistente, di utilizzazione (art. 103 comma 7 c.p.p.) e delle "comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge" (art. 4 comma 1 lett. d) d.lgs. 196/2003) (art. 268 comma 2 bis c.p.p.).

"Per queste ultime, dal tenore della disposizione sembrerebbe ad un primo approccio potersi ricavare la creazione di un divieto probatorio a tutela di un interesse sia processuale che extra processuale. In realtà, al di là del mancato rinvio da parte dell'art. 271 comma 1 c.p.p., la soluzione non si ritiene praticabile per via in primo luogo della non necessarietà di un divieto essendo i concetti di irrilevanza e ancora prima di non pertinenza⁵⁵, estranei, come si è sostenuto in altre occasioni, al fenomeno della inutilizzabilità"⁴³.

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*).

⁴² Cass. Sez. VI, 23/03/2017 n. 14248.

⁴³ Novella Galantini "Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina" in Diritto Penale Contemporaneo.

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

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

Tuttavia, non è mancato chi ha osservato, a seguito della riforma, che *“ Ora si dovranno meglio rivedere sia il ruolo delle disposizioni di attuazione che gli effetti della eventuale violazione delle regole concernenti il ricorso al captatore informatico per il quale sono previste specifiche prescrizioni, che vanno dalla indicazione nel verbale del tipo di programma impiegato (art. 89 comma 1), al ricorso a programmi conformi a requisiti tecnici indicati dal Ministero (art. 89 comma 2 bis), al trasferimento delle comunicazioni esclusivamente verso gli impianti della Procura (art. 89 comma 2 ter), alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi (art. 89 comma 2 quinquies). Cambia in sostanza la strutturale dimensione intercettativa, non rapportata tuttavia a regole confortate da sanzioni, non essendo stato aggiornato l'art. 271 comma 1 c.p.p. nel rinvio a nuove previsioni quali ad esempio quelle dell'art. 268 commi 3 bis e 4 c.p.p., né appunto alle nuove disposizioni di attuazione ”⁴⁴.*

Ed infatti, le ulteriori disposizioni previste dall'art. 268, commi 1 e 3 c.p.p. devono essere rapportate all'art 89 disp. att. c.p.p. come modificato dal D.lvo 216/2017 che ha introdotto i commi 2 bis, 2 ter, 2 quater e 2 quinquies, specifici per le intercettazioni con captatore informatico, per stabilire se e fin dove la violazioni delle disposizioni dell'art.89 disp. att. c.p.p. relativamente ai requisiti del verbale e alle caratteristiche e trasmissioni delle registrazioni in caso di intercettazione con captatore su dispositivo mobile possano determinare l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni.

La riforma ha modificato l'art. 89 disp. att. c.p.p. stabilendo una serie di ulteriori annotazioni sul verbale delle operazioni in caso di intercettazioni tra presenti con captatore informatico installato su dispositivo mobile, nonché specifiche norme sulla modalità di trasmissione dei dati e sui programmi che potranno essere utilizzati.

Intanto, l'art. 7 D.lvo 216/2017, ha previsto che il Ministro della Giustizia, con decreto da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della riforma, stabilisca i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile e che tali requisiti tecnici siano stabiliti secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limitino all'esecuzione delle operazioni autorizzate.

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

La norma non distingue i reati di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p. dagli altri reati comuni. Pertanto, malgrado per i reati di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p. non sia necessario che il Giudice indichi e specifichi i luoghi, anche indirettamente determinati *ex ante*, dove potranno avvenire le intercettazioni, tuttavia nel verbale delle operazioni si dovrà sempre cercare di identificare da parte della

⁴⁴ Novella Galantini, op.cit.

polizia giudiziaria (in questo caso *ex post*), sulla base delle conversazioni e dei dati desumibili dall'uso del captatore, il luogo dove siano avvenute e riportarlo nel verbale di cui all'art. 89 disp. att. c.p.p..

“Tale dato, in realtà, specie se l'attività non è accompagnata da contestuali servizi di osservazione dalla PG non sempre attivabili, non è per nulla di facile acquisizione o determinazione né pare che sia aggirabile la prescrizione con un'indicazione del tutto generica. Appare auspicabile, al fine di evitare controversie in sede processuale che tra i requisiti tecnici dei programmi informatici che verranno stabiliti dal Ministero della Giustizia vi siano quelli di consentire ai programmi di accedere al sistema di localizzazione GPS (ormai presente ad esempio praticamente in tutti gli smartphone) per permettere all'operatore di identificare con certezza il luogo ove avvenga la comunicazione.”⁴⁵

Inoltre, in connessione con il citato art. 7 D.lvo 216/2017, che demanda al Ministro di stabilire con apposito decreto le specifiche tecniche che devono possedere i programmi utilizzati per la captazione informatica su dispositivi portatili, il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 89 disp. att. c.p.p., dispone che *“ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili possono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia.”*

Nei successivi commi 2 *ter* e 2 *quater*, l'art. 89 disp. att. c.p.p. disciplina le modalità di trasmissione al server della Procura dei dati intercettati attraverso il captatore informatico installato su dispositivi portatili.

Il comma 2 *ter* prevede che le comunicazioni intercettate debbano essere trasferite *“dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione”*, esclusivamente verso gli impianti della Procura e che *“durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato”*.

Condivisibile quanto annota il Procuratore di Sondrio: *“Relativamente a tali disposizioni deve evidenziarsi che alcune di esse appaiono, prima facie, in alcuni casi formulate in modo non sufficientemente chiaro in altri casi di difficile attuazione. In primo luogo non si comprende se, come sembra palesare il tenore letterale della disposizione del comma 2ter, la trasmissione dei dati debba avvenire, di volta in volta per le singole trasmissioni, previa “...acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione”. Orbene la rete di trasmissione, che viene fornita dalla società che noleggia gli apparati e dalla società telefonica che fornisce la connessione dati sarà, normalmente, sempre la medesima e dunque o la stessa è affidabile e tecnicamente sicura dall'origine oppure non lo è; non si comprende, pertanto, quale controllo possa fare l'operatore e soprattutto l'utilità ad ogni trasmissione dati (quindi anche più volte in un giorno) nell'acquisire “necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione”, informazioni che, verosimilmente, ha già acquisito pochi minuti prima. Analogamente la norma di cui alla seconda parte del comma 2ter, art. cit., che prevede che “durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato” appare scarsamente comprensibile sul piano tecnico e operativo se riferita a controlli dell'operatore fisico, atteso che trattandosi di trasferimento di dati informatici non è possibile per un operatore “umano” effettuare un controllo durante il trasferimento; un simile controllo, infatti, può essere effettuato solo da un programma informatico che confronti il pacchetto dati conservato nel dispositivo “target” (che contiene la conversazione captata) con il pacchetto dati che viene ricevuto e conservato sul server della Procura e ne attesti l'assoluta identità.”⁴⁶*

⁴⁵ *“Linee guida..”* Procura di Sondrio.

⁴⁶ *“Linee guida...”* Procura di Sondrio.

Il comma 2 *quater* dell'art. 89 disp. att. c.p.p. prevede che quando sia *“impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice da' atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate”*. Si tratta di cautele per evitare un indiscriminato ed incontrollato utilizzo del microfono del dispositivo elettronico portatile che, tuttavia, aggraveranno le incombenze della polizia giudiziaria delegata allo svolgimento delle operazioni e dei tecnici specializzati delle società di intercettazione, obbligandoli ad un costante aggiornamento del verbale con dati precisi sullo svolgimento delle operazioni.

L'art. 89, comma 2 *quinquies*, disp. att. c.p.p. stabilisce che al termine delle operazioni si provveda, anche mediante persone idonee, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi, dandone atto nel verbale.

La disposizione deve essere interpretata con *“ragionevole razionalità”*

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

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

Discende, pertanto, che l'inutilizzabilità delle intercettazioni per la violazione delle disposizioni dell'art.268 comma 1 c.p.p. relative alla redazione del verbale delle operazioni si riferisce soltanto alla mancata redazione e che, quindi, non consegue l'inutilizzabilità in caso di inosservanza delle nuove prescrizioni dell'art. 89 disp. att. c.p.p. in tema di verbali di operazione, di modalità di registrazione, di controllo e trasmissione di dati per le intercettazioni tra presenti, mediante captatore informatico installato su dispositivo portatile⁴⁷.

Sempre l'art.89 disp.att.c.p.p., al nuovo comma 2 *ter*, stabilisce che, nel caso di intercettazioni tra presenti con uso di captatore mobile installato su dispositivi portatili: *“...le comunicazioni intercettate sono trasferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente verso gli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato”*.

Anche in questo caso, un'interpretazione ragionevole della disposizione suggerisce che la verifica della sicurezza della rete non debba essere effettuata di volta in volta ad ogni *“trasferimento dati”*, ma debba essere verificata all'atto della scelta della società di cui avvalersi per le intercettazioni.

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

Del resto, l'art. 89, comma 2 *ter* disp. att. c.p.p., richiede che siano eseguiti costanti controlli di integrità tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato.

“...tali controlli...difficilmente potranno essere effettuati da un operatore umano che analizzi il flusso dati proprio mentre viene scaricato dall'apparecchio target al server della Procura. Tale controllo potrà essere espletato solo da un apposito programma informatico dedicato, il quale effettui il confronto tra i

⁴⁷ Dunque, non deriverebbe l'inutilizzabilità nel caso di mancata indicazione nel verbale del tipo di programma impiegato (art. 89 disp. att. comma 1), ovvero nel caso di ricorso a programmi non conformi ai requisiti tecnici indicati dal Ministero (art. 89 disp. att. comma 2 *bis*), nonché alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi (art. 89 disp. att. comma 2 *quinquies*).

*dati contenuti nella memoria sul target su cui è installato il captatore e quelli trasmessi e ricevuti sul server della procura e ne attesti la corrispondenza e conformità in un apposito report...*⁴⁸.

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

L' art. 89 comma 2 *ter* disp. att. c.p.p., infine, prevede che *"...le comunicazioni intercettate sono trasferite... esclusivamente verso gli impianti della Procura della Repubblica"*.

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

La riforma, pertanto, consente modalità tecniche di intercettazione attraverso procedure di ascolto mediante cosiddetta "remotizzazione"⁴⁹.

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

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

Dunque, due ulteriori e specifiche ipotesi di inutilizzabilità.

Per l'inutilizzabilità dei dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e luogo indicati nel decreto sarà sufficiente fare riferimento a quanto disposto dal giudice con l'autorizzazione, posto che il provvedimento determinerà tempi e luoghi e in cui è ammessa l'attivazione del microfono, anche indirettamente qualora si proceda per i delitti non ricompresi nelle previsioni di cui all'art 51 comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e per i reati dei pp.uu. contro la p.a. puniti con pena non inferiore a 5 anni di reclusione.

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

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

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

Resta, però, la difficoltà di intendere il significato del termine "dati".

A questo proposito si è annotato che *"La norma..potrebbe essere interpretata come riferita agli ulteriori dati che vengano acquisiti prima dell'avvio dell'attività tecnica di captazione... è possibile che mentre gli operatori installano il captatore possano, ad esempio, accedere alla rubrica del telefono, o alla galleria*

⁴⁸ *"Linee guida.."* Procura di Sondrio.

⁴⁹ Nel diverso caso in cui, invece, la trasmissione dei dati derivanti da captazione informatica sia indirizzata ad un computer installato presso la polizia giudiziaria per consentire l'ascolto e successivamente partendo da questo server venga trasmesso agli impianti presso Procura, si tratterebbe non di una semplice "remotizzazione" per l'ascolto, ma dell'utilizzo di impianti esterni in dotazione della P.G. quali destinatari del trasferimento dei dati. Troverà, allora, applicazione il disposto di cui all' art. 268, comma. 3 c.p.p. che consente per motivate ragioni di eccezionale urgenza e per l'indisponibilità o insufficienza di impianti presso la Procura il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria

fotografica ed acquisire così ulteriori dati preliminari.. distinti rispetto ai dati acquisibili mediante la diretta attività di captazione ancora da avviare...”⁵⁰

Cuneo, 20 settembre 2019.

Il Procuratore della Repubblica
Onelio Dodero



⁵⁰ “Linee guida” Procura di Sondrio.

Sommario

1. Premessa.....	1
2. Finalità e sintesi dell'intervento normativo.....	2
3. Il divieto di trascrizione (artt.268, comma 2 bis e comma 2 ter, 267, comma 4, 103, comma 7 c.p.p.).....	4
3.1. La selezione delle intercettazioni "rilevanti" (artt.268, comma 2 bis e 267, comma 4 c.p.p.).....	5
3.2. Conversazioni irrilevanti ai fini di indagine	8
3.3. Conversazioni riguardanti dati sensibili.....	8
3.4. Differenti motivazioni del decreto del p.m. tra conversazioni irrilevanti e conversazioni non rilevanti e contenenti dati sensibili.	9
3.5. Conversazioni inerenti al mandato difensivo.....	9
3.6. Ancora sul divieto di trascrizione: problematiche.	10
4. La trasmissione dei verbali e delle registrazioni per la conservazione nell'archivio riservato (artt.268, 268 bis, 269 c.p.p.).....	11
5. L'archivio riservato.....	13
6. Il deposito degli atti, la formazione dell'elenco, l'acquisizione delle intercettazioni rilevanti.	15
6.1. La procedura di acquisizione delle intercettazioni non usate per l'adozione di una misura cautelare.	15
6.1.1. Gli adempimenti del pubblico ministero e le facoltà dei difensori.	15
6.1.2. L'Ordinanza del giudice.	18
6.1.3. L'acquisizione delle intercettazioni nelle ulteriori fasi del procedimento.....	20
6.1.4. Insidie.....	21
6.2. L'uso delle intercettazioni a fini cautelari e l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari.....	23
6.2.1. I diritti della difesa.	25
7. La disciplina sull'uso del captatore informatico.....	27
7.1.La multifunzionalità del captatore informatico.....	27
7.2. L'intervento della riforma e l'attuale disciplina.	30
7.3. Presupposti e forme per l'uso del captatore informatico (art 267 c.p.p.).....	32
7.3.1. Il decreto d'urgenza (art.267, comma 2 bis c.p.p.).....	34
7.3.2. L'esecuzione delle operazioni di intercettazione (art 268 comma 3 bis c.p.p.).....	35
7.3.3. Sintesi dei presupposti per ricorrere all'intercettazione con captatore informatico.....	35
7.4. 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.).....	36
8. Inutilizzabilità delle intercettazioni.....	37
8.1. Le disposizioni di cui all'art.89 disp.att.c.p.p. dedicate al captatore informatico.....	40
8.2. I divieti di utilizzazione dei dati conseguiti nel corso delle operazioni preliminari di inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile (art 271 comma 1 bis cpp).....	43