

PRIME RIFLESSIONI A MARGINE DELLA NUOVA DISCIPLINA SULLE INTERCETTAZIONI

di Davide Pretti

***Abstract.** Il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, pubblicato in gazzetta ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2018, introduce una nuova ed altrettanto complessa disciplina atta a garantire la tutela della sfera di riservatezza delle persone, non solo occasionalmente, coinvolte dalle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, incidendo in particolar modo sul desueto istituto dell'udienza stralcio e prevedendo un nuovo meccanismo di acquisizione delle captazioni al fascicolo delle indagini, introducendo al contempo un apposito archivio riservato per la conservazione dei verbali e delle registrazioni; la novella – che prevede anche un nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente – disciplina inoltre, per la prima volta, il captatore informatico e introduce disposizioni per la semplificazione delle condizioni di impiego delle intercettazioni per i più gravi reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Lo scritto ripercorre, secondo un'esposizione ragionata, tutte le novità su cui è intervenuta la riforma, illustrandone dapprima i contenuti anche alla luce dei singoli approdi giurisprudenziali di riferimento, per poi incentrarsi sui, purtroppo numerosi, profili di criticità applicativa che già si possono scorgere in sede di prima lettura del decreto legislativo, nell'intento di prospettare alcune possibili soluzioni ermeneutiche delle evidenti lacune che il testo presenta, anche cogliendo alcuni degli ipotetici scenari con i quali, a breve, gli interpreti saranno chiamati a confrontarsi.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le nuove disposizioni a tutela della riservatezza. – 2.1. L'introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, di intercettazioni irrilevanti, relative a dati sensibili o intercorse tra indagato e difensore. – 2.2. La disciplina in tema di deposito dei verbali e delle registrazioni. – 2.3. L'introduzione del meccanismo di acquisizione al fascicolo delle indagini. – 2.3.1. La richiesta del pubblico ministero. – 2.3.2. La decisione del giudice. – 2.3.3. La procedura derogatoria in ipotesi di misura cautelare. – 2.4. Il diritto della difesa all'ascolto ed alla copia delle intercettazioni. – 2.5. L'istituzione dell'archivio riservato delle intercettazioni. – 2.6. I limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari. – 2.7. Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente. – 3. La disciplina del captatore informatico. – 4. Le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. – 5. Riflessione conclusiva.

1. Introduzione.

Il presente scritto si propone, in sede di prima lettura del testo, di ripercorrere in sintesi tutte le novità introdotte dalla recente riforma della disciplina sulle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, contestualizzandole alla luce dei principi normativi previgenti e dei principali indirizzi giurisprudenziali che presidiano la materia, evidenziandone pregi e, allo stesso tempo, difficoltà operativo-interpretative che già si scorgono in sede di prima analisi della novella.

La legge 23 giugno 2017, n. 103 ha delegato il governo, agli artt. 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e), ad adottare un decreto legislativo per la riforma della disciplina in materia di intercettazione di conversazioni e comunicazioni: il relativo schema di decreto legislativo è stato approvato in primo esame preliminare, su proposta del Ministro della giustizia, in occasione della seduta del Consiglio dei Ministri del 2 novembre 2017 e, quindi, trasmesso alla Camere per i relativi pareri in sede consultiva; il testo definitivo del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, dopo un secondo esame preliminare nel corso della seduta del 18 dicembre, è stato approvato nella successiva seduta del 29 dicembre 2017 e pubblicato in gazzetta ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2018.

Ai sensi dell'art. 9, in materia di disposizioni transitorie, quanto previsto dagli artt. 2, 3, 4, 5 e 7¹ si applicherà alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del nuovo decreto; quanto al resto², ad eccezione della disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. b)³, che acquisterà efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della novella, opera l'ordinario termine di *vacatio legis* di cui all'art. 10 delle disposizioni sulla legge in generale.

2. Le nuove disposizioni a tutela della riservatezza.

Punto focale della delega parlamentare è senza dubbio il proposito di innalzamento del (modesto) grado di tutela della riservatezza⁴ dei soggetti sottoposti ad intercettazioni, specialmente di coloro che risultino occasionalmente coinvolti ed estranei all'attività investigativa, quali, ad esempio, quei terzi che fortuitamente prendano contatto con i reali destinatari delle captazioni⁵.

¹ Essenzialmente, tutte le disposizioni in tema di riservatezza delle comunicazioni e la disciplina del captatore informatico.

² Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente e le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

³ Ovvero la facoltà di pubblicazione del testo delle ordinanze cautelari.

⁴ La stretta interrelazione tra intercettazioni e riservatezza è oggetto di risalente dibattito. Cfr. sul tema, A. CAPONE, *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in Cassazione penale, fasc. 3, 2017, pag. 1263B.

⁵ Sulla portata della legge delega di riforma si veda D. FERRANTI, *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, in Cassazione penale, fasc. 07-08, 1° agosto 2017, pag. 2631B; in tema di riservatezza, si veda



1/2018

Una maggiore attenzione al tema della riservatezza era già stata proposta dalle linee guida emanate da alcuni procuratori della Repubblica⁶ e finalizzate a dettare disposizioni particolari per l'ascolto dei brani intercettati, cui aveva fatto ben presto seguito, in data 29 luglio 2016, una risoluzione, questa volta valevole per l'intero territorio nazionale, del Consiglio superiore della magistratura in tema di ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni⁷.

Il legislatore delegato è intervenuto sull'argomento con una disciplina in cinque punti principali, che saranno oggetto di specifica analisi nei paragrafi successivi: introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, di intercettazioni irrilevanti, relative a dati sensibili o intercorse tra indagato e difensore; nuova disciplina in tema di deposito dei verbali e delle registrazioni; introduzione del meccanismo di acquisizione al fascicolo delle indagini; istituzione dell'archivio riservato delle intercettazioni; limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari.

2.1. L'introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, di intercettazioni irrilevanti, relative a dati sensibili o intercorse tra indagato e difensore.

Importante elemento di novità della riforma è l'introduzione del **divieto di trascrizione** di parte delle conversazioni e comunicazioni intercettate: dopo l'art. 268, comma 2, c.p.p., che prevede la trascrizione, anche sommaria, del contenuto delle comunicazioni intercettate⁸, la riforma introduce due ulteriori commi, i quali devono essere letti nel combinato disposto con il nuovo periodo inserito, in fine, all'art. 267, comma 4, c.p.p. La nuova disciplina fa esplicito divieto – pur **senza** alcuna specifica **sanzione** processuale in caso di relativa elusione – di trascrizione, anche sommaria, di tre categorie di comunicazioni o conversazioni: quelle irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti; quelle che riguardino dati personali definiti sensibili dall'art. 4, comma 1, lett. d), decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; quelle relative alle conversazioni, anche indirette⁹, con i difensori, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 103, comma 7, c.p.p.

C. CONTI, [La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 78 ss.

⁶ In particolare quelli di Roma, Napoli e Torino. Sull'argomento si consulti G. CASCINI, *Intercettazioni e privacy: dalle circolari delle Procure di Roma, Torino e Napoli soluzioni utili per il legislatore*, in *Questione Giustizia*, 19 aprile 2016.

⁷ Tanto che parte delle indicazioni poi confluite nel testo del decreto legislativo di riforma promanano proprio dalle indicazioni fornite dalla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazioni di conversazioni*, nel testo deliberato dal Consiglio superiore della magistratura in data 29 luglio 2016 e consultabile in [www.csm.it](#). Sul tema, cfr. L. GIORDANO, [Il Consiglio Superiore della Magistratura sulle buone prassi in materia di intercettazioni: prime considerazioni](#), in *questa Rivista*, 11 ottobre 2016.

⁸ Si tratta dei c.d. brogliacci ove la polizia giudiziaria annota, per ciascun progressivo numerico ed in relazione al singolo bersaglio (utenza telefonica) intercettato, la data, l'orario, gli interlocutori e un breve riassunto del contenuto della conversazione.

⁹ Ovvero quelle captate intercettando un bersaglio diverso dall'utenza telefonica del difensore o tramite intercettazioni ambientali in luoghi in cui non era prevedibile che si trovasse a colloquiare il difensore.

Quanto alla prima categoria, l'**irrilevanza** va valutata in relazione all'oggetto o ai soggetti coinvolti; si tratta di due ipotesi alternative cosicché non sarà consentita la trascrizione delle intercettazioni sia quando l'irrilevanza dipenda dal contenuto della conversazione, il quale si soffermi, in via esclusiva, su tematiche per nulla confacenti con l'indagine, sia nel caso in cui essa attenga invece ai collocatori, evidentemente estranei ai fatti per cui si procede: in realtà, a ben vedere, la categoria dell'irrilevanza soggettiva finisce per perdere autonoma valenza orientativa posto che difficilmente sarà possibile escludere la rilevanza dell'intercettazione sulla sola base dei soggetti dialoganti; esclusi, infatti, casi limite quali l'erronea esecuzione delle operazioni¹⁰ o l'errata individuazione dei bersagli¹¹, l'intercettazione tra soggetti apparentemente estranei all'indagine non può ritenersi di per sé sola irrilevante senza un ulteriore e specifico vaglio in ordine al suo reale contenuto, posto che non è possibile escludere che soggetti comunque in rapporti con le figure di riferimento dell'investigazione, possano fornire – anche soltanto *de relato* – particolari utili alla prova dei fatti per cui si procede. Peraltro, la circostanza è resa palese anche dal nuovo comma 2-ter, di cui si dirà oltre, che, implicitamente, fonda la valutazione del pubblico ministero sulla base del solo parametro di rilevanza oggettiva.

La seconda categoria di conversazioni la cui trascrizione non è consentita è quella che involge **dati personali** definiti **sensibili** dalla legge, purché anch'esse risultino parimenti non rilevanti. L'espressa previsione di tale ulteriore divieto appare nuovamente motivata più dalla preoccupazione che possano confluire negli atti d'indagine conversazioni attinenti a dati sensibili piuttosto che dalla concreta esigenza di specificazione, posto che, nel momento in cui la conversazione risulti irrilevante, essa non sarà trascrivibile già in ragione del suo oggetto, indipendentemente o meno dal fatto che involga dati sensibili¹².

L'ultima categoria attiene alle conversazioni tra persona intercettata e **difensore**: l'art. 103, comma 5, c.p.p. sancisce già il divieto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, nonché di quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite¹³. Tale divieto è assistito dalla sanzione di inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate in violazione della

¹⁰ È il caso, ad esempio, di intercettazione di un'utenza telefonica con una cifra diversa da quella oggetto di autorizzazione.

¹¹ Ad esempio perché l'utenza intercettata, pur formalmente intestata alla persona sottoposta alle indagini, risulti in realtà in uso a persona del tutto estranea.

¹² In ogni caso, quanto ai dati sensibili, ci si chiede se già la polizia giudiziaria sia chiamata ad una valutazione di mera rilevanza o, al contrario, di necessità, in accordo con quanto indicato nel successivo comma 2-ter ai fini dell'emissione del decreto del pubblico ministero; parrebbe preferibile, nel silenzio del comma 2-bis, la prima soluzione.

¹³ Il divieto, così come plasmato dalla giurisprudenza, non si applica alle conversazioni che costituiscano esse stesse reato (sul tema, cfr. Cass. 6 ottobre 2015, n. 43410, Rv. 265096 e *id.* 2 dicembre 2014, n. 51670, non massimata) e nei casi in cui il difensore non operi in quanto tale ma piuttosto in virtù del rapporto di amicizia che lo leghi all'indagato e che lo renda destinatario delle sue confidenze (così Cass. 29 maggio 2014, n. 26323, Rv. 259585).

precedente disposizione, ai sensi del successivo comma 7; la riforma inserisce, in fine al predetto comma, un ulteriore rafforzamento della relativa tutela, estendendo il divieto di trascrizione, anche sommaria, alle conversazioni comunque intercettate, circostanza che può verificarsi in caso di intercettazione occasionale¹⁴.

Appare curioso che la riforma non contempli le intercettazioni nei confronti dei **parlamentari** e degli altri soggetti cui la legge accorda una particolare immunità¹⁵, né quelle che confliggano con la tutela del segreto di Stato e del segreto professionale, cui sono rispettivamente riservate le disposizioni di cui agli artt. 270-*bis* e 271 c.p.p. Infatti, fermi i tradizionali divieti di utilizzazione, sarebbe stato preferibile indicare, anche per tali captazioni, un espresso divieto di trascrizione, analogamente a quanto previsto per le intercettazioni con i difensori.

Quanto alla disciplina, in tutti i casi in cui venga captato un dialogo del quale la legge imponga il divieto di trascrizione anche sommaria¹⁶, nel verbale redatto dalla polizia giudiziaria devono essere **annotati** esclusivamente la data, l'ora ed il dispositivo sul quale l'intercettazione è intervenuta¹⁷: tale accorgimento è evidentemente funzionale¹⁸ a lasciare traccia della conversazione in vista della sua futura distruzione, senza riproporre invece il contenuto del dialogo. In proposito, l'art. 267, comma 4, c.p.p. viene novellato con l'inserimento, in fine, di un ulteriore periodo che precisa che l'ufficiale di polizia giudiziaria¹⁹ provveda in tal senso informando preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni: la disposizione – che riconosce che è al solo pubblico ministero, e non alla polizia giudiziaria, che spetta la facoltà di valutare la rilevanza dell'intercettazione – è finalizzata a rendere operativo il disposto di cui al nuovo art.

¹⁴ È tradizionale la tripartizione delle intercettazioni in dirette, indirette ed occasionali, formatasi con particolare riguardo all'intercettazione nei confronti dei parlamentari: le prime si realizzano con l'intercettazione delle utenze in uso al soggetto d'interesse operativo; le seconde, pur indirizzandosi nei confronti di terzi, finiscono per tradursi in una forma di intercettazione del bersaglio operativo in ragione dell'intensità dei rapporti tra il terzo intercettato ed il bersaglio stesso; le ultime, invece, sono quelle che divengono oggetto di captazione pur non essendo preventivamente prevedibili. Circa la intercettazioni occasionali, si veda anche M. DEGANELLO, [Presidenza della Repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese: una decisione non sufficientemente meditata della Corte costituzionale](#), in *questa Rivista*, 25 febbraio 2014 nonché P. DE PASCALIS, [Sul regime di utilizzabilità delle intercettazioni casuali di un componente del Parlamento](#), in *questa Rivista*, 29 maggio 2013.

¹⁵ Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio dei Ministri e Ministri, giudici della Corte costituzionale.

¹⁶ Ad eccezione del caso di intercettazione occasionale di conversazioni tra indagato e difensore, per le quali sussiste invece un divieto di trascrizione non mediabile dall'intervento a posteriori del pubblico ministero, posto che nella versione definitiva del testo di riforma è venuto meno l'inciso "si applica l'articolo 267, comma 4" nel corpo del nuovo comma 7 dell'art. 103 c.p.p.

¹⁷ In proposito si vedano l'art. 268, comma 2-*bis*, ultimo periodo, e l'art. 103, comma 7, ultimo periodo, c.p.p.

¹⁸ Come chiarito dalla *relazione illustrativa* allegata allo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere per l'espressione dei relativi pareri.

¹⁹ Considerato infatti che le operazioni, salvo che per la disciplina speciale in tema di criminalità organizzata, possono essere svolte soltanto dagli ufficiali di polizia giudiziaria e quindi non anche dai semplici agenti.



1/2018

268, comma 2-ter, c.p.p. Infatti, il pubblico ministero viene informato, con apposita annotazione²⁰, nei casi in cui la polizia giudiziaria ritenga dubbia²¹ la rilevanza della specifica captazione e intenda rimettere al vaglio del *dominus* delle indagini la decisione circa la trascrizione o meno della conversazione. Tale **annotazione** è dunque funzionale a portare a conoscenza del pubblico ministero uno o più progressivi che involgono profili di cui è fatto divieto di trascrizione anche sommaria: invero, pur nel silenzio della norma, il contenuto di tale annotazione, che assolve, come si è detto, alla funzione di rimettere la decisione in ordine alla trascrizione all'inquirente, non può che incentrarsi sugli argomenti spesi dagli interlocutori nel corso del dialogo e dunque si risolve, necessariamente, in una trascrizione sommaria dell'intercettazione, in apparente distonia con il relativo divieto. In effetti, la legge non indica il luogo di conservazione di tali annotazioni interlocutorie, le quali vengono appunto trasmesse al pubblico ministero nel corso delle operazioni di intercettazione: lo si può notare nel testo dell'art. 268, comma 4, c.p.p. che non ne fa richiamo unitamente ai verbali ed alle registrazioni che la polizia giudiziaria ha il dovere di depositare all'esito delle operazioni e per le quali soltanto la legge individua la conservazione nell'apposito archivio riservato. Tuttavia, ciò non esclude affatto che anche le annotazioni interlocutorie, che vengono nuovamente richiamate, questa volta insieme a verbali e registrazioni, nell'art. 268-bis, comma 1, c.p.p. in tema di deposito in segreteria, debbano essere custodite nell'archivio riservato²², insieme ai decreti di cui all'art. 268, comma 2-ter, c.p.p.; depone peraltro in tal senso anche il tenore dell'art. 269, comma 1, c.p.p. che prevede la conservazione nell'archivio riservato non soltanto di verbali e registrazioni ma anche di ogni – ovvero qualsiasi – altro atto ad esse relativo²³. Diversamente opinando, infatti, si produrrebbe proprio l'effetto contrario a quello voluto dal legislatore, ovvero il confluire di atti che trascrivono sommariamente conversazioni di possibile irrilevanza all'interno del fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p.

²⁰ Come osservato dal *dossier* redatto dal Servizio Studi della Camera dei deputati, si noti la distinzione tra l'annotazione sommaria, necessaria per l'attivazione del potere decisionale del pubblico ministero, e la trascrizione sommaria, espressamente vietata.

²¹ La limitazione operativa della disposizione in esame ai **solii casi di dubbio** e non a tutte le ipotesi di conversazioni irrilevanti è dettata, oltre che da una logica finalità di economia processuale, anche dalle stesse indicazioni fornite dalla *relazione illustrativa* allegata allo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere per l'espressione dei relativi pareri. Tale circostanza tuttavia ha sollevato alcune critiche, specialmente da parte di coloro che vi ravvisino una eccessiva discrezionalità demandata agli operatori di polizia giudiziaria, ai quali verrebbe consegnata di fatto la facoltà di selezione delle trascrizioni; l'obiezione tuttavia non pare cogliere nel segno, posto che, già nel sistema attuale e per forza di cose, è pur sempre la polizia giudiziaria, delegata agli ascolti, che valuta la rilevanza delle singole conversazioni intercettate, accertamento che, data la mole spesso imponente, non potrebbe certo essere demandato in via esclusiva al pubblico ministero, non di rado impegnato sul fronte di numerose e differenti indagini.

²² Ai sensi del combinato disposto degli artt. 268, comma 4, e 269, comma 1, c.p.p.

²³ E che non attiene, quindi, esclusivamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione che devono essere depositati in segreteria, unitamente ad annotazioni, verbali, registrazioni ed elenco dei progressivi di rilievo ai sensi dell'art. 268-bis, comma 1, c.p.p.



1/2018

Quanto alla relativa tempistica, l'annotazione viene depositata al pubblico ministero in vista della sua decisione ed è in tale ottica che deve essere letto l'avverbio "preventivamente" che, tanto il servizio studi della Camera dei deputati, nelle schede di lettura predisposte in vista dei lavori consultivi delle competenti commissioni parlamentari, quanto il parere approvato dalla commissione giustizia del Senato in data 12 dicembre 2017, avevano ragionevolmente suggerito di mutare in "tempestivamente" per scongiurare il timore di una interpretazione volta a ritenere che la polizia giudiziaria dovesse arrestarsi dinanzi a ogni comunicazione ritenuta irrilevante in attesa del responso del pubblico ministero. In ogni caso, depositata, quindi, al pubblico ministero l'annotazione di cui all'art. 267, comma 4, ultimo periodo, c.p.p., questi, con decreto motivato, può disporre che le comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-*bis* siano trascritte nel verbale quando ne valuti la rilevanza per i fatti oggetto di prova; può altresì disporre la trascrizione nel verbale, se necessarie ai fini di prova, delle comunicazioni e conversazioni relative a dati personali definiti sensibili dalla legge²⁴. In tal modo, il pubblico ministero può recuperare, con provvedimento motivato, quelle conversazioni che la polizia giudiziaria sospetti di possibile irrilevanza: si viene così a creare un doppio binario a seconda che le conversazioni siano giudicate di certa irrilevanza dalla polizia giudiziaria, che in tal caso si limiterà ad annotare nel verbale gli estremi identificativi della conversazione, oppure di dubbia rilevanza, nel qual caso provvederà invece a depositare apposita annotazione sui contenuti cui farà seguito il decreto motivato del pubblico ministero che disporrà la trascrizione o l'omessa trascrizione del brano, secondo un giudizio di rilevanza oppure, quanto ai dati sensibili, secondo una valutazione di necessità, che evidentemente implica un impegno motivazionale superiore per l'inquirente.

2.2. La disciplina in tema di deposito dei verbali e delle registrazioni.

La polizia giudiziaria **trasmette** al pubblico ministero, immediatamente²⁵ dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga²⁶, i verbali²⁷ e le registrazioni per la loro

²⁴ Nuovo comma 2-*ter* dell'art. 268 c.p.p.

²⁵ Non si prevede tuttavia alcuna sanzione in caso di eventuale ritardo.

²⁶ L'archivio, suddiviso in ragione di ciascun procedimento, verrà progressivamente alimentato in occasione del termine delle operazioni di intercettazione per ciascun singolo R.I.T. autorizzato e per il quale si procederà quindi ad autonomo inserimento.

²⁷ La giurisprudenza ritiene che l'omesso deposito dei brogliacci di ascolto non sia sanzionato da alcuna nullità o inutilizzabilità delle intercettazioni, posto che la sanzione dell'inutilizzabilità, prevista dall'art. 271 c.p.p. in ipotesi di inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 268 c.p.p., riguarda l'omesso deposito dei verbali e non dei c.d. brogliacci, che si distinguono dai primi perché contengono solo la sintesi delle conversazioni intercettate e non la sommaria indicazione delle operazioni svolte (in termini, cfr. Cass. 24 febbraio 2016, n. 21968, Rv. 267075; *id.* 26 novembre 2009, n. 49541, Rv. 245656; *id.* 21 gennaio 2004, n. 16890, Rv. 228040).



1/2018

conservazione nell'archivio riservato²⁸. Se ne deduce che, come si diceva, con la nuova disciplina gli atti relativi alle intercettazioni non vengono più inseriti nel fascicolo del pubblico ministero – di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p. e in cui confluiscono progressivamente, nel corso delle investigazioni, tutti gli atti d'indagine – ma vengono mantenuti separati e custoditi con particolari cautele di riservatezza, di cui si dirà oltre.

Nel caso in cui, tuttavia, la prosecuzione delle operazioni renda necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto consulti le risultanze già acquisite, il pubblico ministero può disporre con decreto il **differimento della trasmissione** dei verbali e delle registrazioni, fissando contestualmente le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso. Viene così introdotta la facoltà del magistrato, con provvedimento non motivato ma che detti disposizioni atte ad assicurare idonee cautele di tutela del segreto, di evitare che nelle indagini complesse – evidentemente in relazione sia all'oggetto che al numero dei soggetti coinvolti nel procedimento – la polizia giudiziaria debba spogliarsi dei risultati captativi subito dopo il termine delle operazioni relative al singolo bersaglio intercettato, pur continuando le operazioni in relazione ad altre utenze o in altri luoghi: infatti, ai fini del proficuo svolgimento delle investigazioni, potrà frequentemente accadere che la polizia giudiziaria delegata all'ascolto abbia necessità di consultare dati e circostanze emerse nel corso di precedenti intercettazioni su utenze o in luoghi rispetto ai quali le operazioni siano già terminate. Così, si è scelto, più che opportunamente, di introdurre la possibilità di autorizzare il differimento della trasmissione di verbali e registrazioni di singole operazioni già concluse che, in assenza di indicazioni sul punto, potrà avvenire sino al termine dell'ultima operazione di intercettazione in corso, in modo da garantire un unico e contestuale deposito di tutto il materiale e di evitare, come accadeva con la disciplina previgente, reiterate richieste al giudice per le indagini preliminari di autorizzazione al ritardato deposito degli atti.

In ogni caso, all'atto del pervenimento presso la segreteria del pubblico ministero dei verbali e delle registrazioni da parte della polizia giudiziaria, al pubblico ministero compete la tradizionale scelta tra il **deposito degli atti** entro il termine di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni²⁹ o, come normalmente accade, la richiesta di autorizzazione al giudice per le indagini preliminari di **ritardare** il suddetto deposito non oltre la chiusura delle indagini, qualora dal deposito medesimo possa derivare un grave pregiudizio per le investigazioni. Se nulla è innovato sotto questo profilo, il nuovo art. 268-*bis* c.p.p., che disciplina la fase del deposito dei verbali e delle registrazioni, prescrive ora che il deposito interessi le annotazioni, i verbali e le registrazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione; al contempo il pubblico ministero forma l'elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova. Due le novità quindi: unitamente ai verbali ed alle

²⁸ Nuovo art. 268, comma 4, c.p.p.

²⁹ Procedura che ovviamente deve ripetersi in ragione del deposito di ciascun R.I.T., salvo il caso, appena richiamato, in cui il pubblico ministero autorizzi la dilazione della trasmissione di singoli atti.

registrazioni devono essere depositate anche le annotazioni disciplinate dall'art. 267, comma 4, c.p.p. ovvero quelle che la polizia giudiziaria trasmette per demandare al pubblico ministero la valutazione di rilevanza di singole intercettazioni ai fini della successiva trascrizione. Inoltre, il pubblico ministero è chiamato, in tale sede, a formare l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, il quale è funzionale alla successiva richiesta al giudice per le indagini preliminari di acquisizione al fascicolo delle indagini³⁰: la riforma segna quindi il passaggio da un meccanismo, quale quello previgente, in cui tutto il materiale intercettivo confluiva automaticamente negli atti d'indagine ad un nuovo sistema in cui vi rientra soltanto ciò che assume rilievo per il procedimento.

Il deposito degli atti di intercettazione è funzionale, come lo era anche in passato, a consentire alle difese di **prendere cognizione** degli elementi di prova acquisiti dall'organo di accusa e di conoscere, e qui invece la novità, già in questa fase quali siano i progressivi che il pubblico ministero ritenga utili ai fini di prova³¹. In tale ottica, allora, la disposizione del nuovo comma 1 dev'essere interpretata nel senso che è dovere del pubblico ministero non soltanto "formare" l'elenco delle intercettazioni rilevanti ma anche depositarlo insieme agli altri atti, come chiarito peraltro dal successivo comma 2: infatti, ai difensori delle parti, e quindi anche dell'eventuale persona offesa dal reato, è immediatamente dato avviso³² della facoltà di esaminare gli atti, di prendere visione dell'elenco dei progressivi di rilievo probatorio, nonché di ascoltare le registrazioni (ma non di estrarne copia) e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche.

³⁰ L'elenco, nella prassi, sarà trasmesso in bozza dalla polizia giudiziaria che ha materialmente operato gli ascolti e che potrà quindi suggerire al pubblico ministero l'elenco dei brani rilevanti.

³¹ La novità potrebbe però mostrarsi poco efficace a fronte di prassi che dovessero portare a richieste del pubblico ministero di acquisizione dell'intero materiale intercettivo, con esclusione di pochi ed evidenti brani di certa irrilevanza.

³² In proposito, pare riproponibile la giurisprudenza formatasi sulla base della vecchia formulazione dell'art. 268 c.p.p. secondo cui l'omissione dell'avviso non si traduce in causa di nullità o inutilizzabilità delle intercettazioni (cfr. Cass. 8 gennaio 2016, n. 15950, non massimata; *id.* 18 novembre 2009, n. 48161, Rv. 245411; *id.* 8 aprile 2015, n. 33587, Rv. 264522, anche per l'affermazione – poi ripresa da Cass. 8 gennaio 2016, n. 6408, non massimata – per cui l'avvertimento circa il deposito della documentazione relativa alle indagini, contenuto nell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, deve ritenersi equipollente all'avviso di cui all'art. 268, comma 6, c.p.p.; *id.* 2 ottobre 2014-dep. 13 gennaio 2015, n. 1275, non massimata).

2.3. L'introduzione del meccanismo di acquisizione al fascicolo delle indagini.

2.3.1. La richiesta del pubblico ministero.

Ulteriore novità della riforma è l'eliminazione della c.d. udienza stralcio³³ e la sua sostituzione con il meccanismo di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini di cui agli artt. 268-ter e 268-quater c.p.p.³⁴.

Depositati gli atti relativi alle operazioni di intercettazione, compete al pubblico ministero l'attivazione della procedura di acquisizione al fascicolo delle indagini. Fuori dal caso in cui sia stata adottata una misura cautelare, che si tratterà oltre, l'art. 268-ter, comma 2, c.p.p. prescrive che, entro cinque giorni dal deposito, il pubblico ministero presenti al giudice³⁵ la **richiesta di acquisizione** delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenuti nell'elenco formato a norma dell'art. 268-bis, comma 1, c.p.p.³⁶ e ne dà contestualmente comunicazione ai difensori. Come si è detto, infatti, il nuovo sistema delineato dalla riforma prescrive la tenuta degli atti relativi alle operazioni intercettive in apposito e separato archivio riservato, distinto dal fascicolo delle indagini preliminari: con il deposito degli atti, l'inquirente rende conoscibile alle difese l'intera attività captativa e preannuncia l'elenco dei brani di cui, entro il termine ordinatorio di cinque giorni, farà richiesta di acquisizione al fascicolo delle indagini.

La disposizione crea anzitutto alcuni problemi di coordinamento con l'istituto del deposito degli atti: si è detto che è facoltà del pubblico ministero, confermata anche dalla riforma, quella di richiedere, di volta in volta che la polizia giudiziaria delegata all'ascolto gli trasmetta i verbali di chiusura delle operazioni relative a singoli bersagli e tutti i relativi atti a corredo, il ritardato deposito, così da trovarsi nelle condizioni di dover effettuare una sola volta il deposito degli atti relativi a tutte le operazioni di intercettazione contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari; ma tuttavia, non è escluso, in ipotesi, che il pubblico ministero, ad esempio ritenendo esaurite le operazioni nel loro complesso e non ravvisando la necessità di richiedere il ritardato deposito, azioni la procedura già nel corso delle indagini e successivamente intenda procedere a nuovi ascolti, trovandosi così nella condizione di dover attivare reiterate volte il subprocedimento di cui agli artt. 268-ter segg. c.p.p. con notevole aggravio per la procedura. Sarebbe infatti stato più opportuno chiarire in termini più netti la **fase** in cui debba intervenire la nuova procedura acquisitiva,

³³ Sul tema dello stralcio delle intercettazioni si veda M.F. FEBBRARO, *La procedura di "stralcio" nell'ambito delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in *La giustizia penale differenziata. Gli accertamenti complementari*, coord. da M. MONTAGNA, Torino, 2011.

³⁴ La cui introduzione va di pari passo con l'abrogazione dei commi da 5 a 8 dell'art. 268 c.p.p.

³⁵ La competenza spetta, ai sensi dell'art. 268-quater, comma 6, c.p.p. al giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni.

³⁶ Al giudice viene dunque depositata la richiesta che richiama l'elenco dei progressivi di cui si richiede l'acquisizione, mentre annotazioni, verbali e registrazioni restano custodite nell'archivio riservato.

demandandola in ogni caso all'esito delle indagini. In realtà, pare che la procedura possa inserirsi, a seconda dei casi, tanto nel corso delle indagini – così come si è appena indicato – quanto successivamente alla loro conclusione. Perché infatti, nell'ipotesi più frequente in cui il pubblico ministero sia autorizzato dal giudice per le indagini preliminari a ritardare il deposito degli atti relativi alle intercettazioni non oltre la chiusura delle indagini, accadrà che il pubblico ministero depositerà tali atti unitamente a tutti gli altri atti d'indagine contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-bis c.p.p.: e così, se il termine per la richiesta di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini decorre dal deposito, il quale, come si è detto, avviene contestualmente alla chiusura delle indagini, ne consegue che la procedura in esame avrà luogo quando le indagini preliminari saranno ormai già state chiuse. D'altra parte, è logico ritenere che la valutazione che l'inquirente deve operare all'atto della predisposizione dell'elenco dei progressivi rilevanti a fini di prova non può non tener conto di tutte le risultanze d'indagine nel loro complesso e dunque richiede una pressoché definitiva stabilità del plesso probatorio acquisito. E la circostanza che la procedura possa avere luogo dopo la chiusura delle indagini preliminari non pare determinare alcuna seria frizione con le sanzioni che la giurisprudenza tradizionalmente prevede per il caso in cui il pubblico ministero non depositi tutti gli atti d'indagine acquisiti contestualmente alla notifica dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p.: sul punto, è noto infatti che l'omissione del deposito di atti d'indagine contestualmente alla notifica dell'avviso *ex* art. 415-bis c.p.p., comporti l'inutilizzabilità degli atti stessi³⁷. Sino alla riforma in esame, in caso di ritardato deposito, gli atti relativi alle intercettazioni erano depositati contestualmente al resto degli atti d'indagine in quanto inclusi nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p.; con l'introduzione della nuova disciplina, invece, il deposito degli atti relativi alle intercettazioni, seppur contestuale, è autonomo da quello degli altri atti d'indagine in quanto i primi sono conservati in archivio riservato mentre gli altri si trovano nel fascicolo delle indagini. Il fatto che gli atti relativi alle intercettazioni confluiranno nel fascicolo delle indagini soltanto all'esito della procedura incidentale e quindi oltre la chiusura delle indagini preliminari, non pare tuttavia idonea a determinare alcun elemento di pregiudizio all'utilizzabilità delle intercettazioni, posto che la sanzione colpisce l'omesso deposito e non richiede affatto che quanto depositato sia già confluito nel fascicolo.

Ulteriore questione problematica è quella relativa alla comunicazione ai difensori della presentazione della richiesta di acquisizione al giudice per le indagini preliminari. La norma prevede che la comunicazione, che potrà avvenire a mezzo

³⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 31 maggio 2016, n. 26061, non massimata; *id.* 16 novembre 2015-dep. 21 marzo 2016, n. 11905, non massimata; *id.* 4 giugno 2015, n. 24998, non massimata sul punto e *id.* 8 novembre 2013-dep. 18 febbraio 2014, n. 7597, Rv. 259121 secondo cui l'omissione del deposito di atti dell'indagine preliminare, contestualmente alla notifica dell'avviso di conclusione prescritto dall'art. 415-bis c.p.p., comporta l'inutilizzabilità degli atti stessi, ma non la nullità della successiva richiesta di rinvio a giudizio e del conseguente decreto che dispone il giudizio.

posta elettronica certificata, spetti ai difensori³⁸ e dunque anche a quelli delle eventuali **persone offese** dal reato che hanno certamente diritto ad interloquire in ordine all'acquisizione al fascicolo delle intercettazioni utili in vista della tutela processuale della parte assistita³⁹. D'altra parte, anche l'indistinto riferimento ai difensori nell'art. 268-*quater*, comma 2, c.p.p. in tema di udienza fissata per la decisione depone in tal senso. Tuttavia, l'estensione del contraddittorio anche alla difesa della vittima impone una lettura dell'art. 268-*bis*, comma 2, c.p.p. nel senso di ritenere che anche l'avviso di deposito spetti al difensore della persona offesa, onde garantirgli l'esercizio delle facoltà ivi previste, con la conseguenza per cui, qualora l'avviso sia inserito nel corpo dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-*bis* c.p.p., questo dovrà essere notificato, diversamente da quanto accade oggi, con la sola eccezione dei casi in cui si proceda per i delitti previsti dagli artt. 572 o 612-*bis* c.p., anche al difensore della persona offesa dal reato.

Si è detto che il deposito degli atti relativi alle operazioni di intercettazione e l'elenco dei progressivi di cui si intenda richiedere l'acquisizione è funzionale ad assicurare il pieno esercizio del diritto di difesa, onde consentire anzitutto la facoltà di esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni: al contempo, l'anticipazione dell'elenco consente ai difensori di prendere contezza delle circostanze che la pubblica accusa intenda provare e fornisce un valido strumento per impostare la difesa. I **difensori**, ai sensi del comma 3, hanno, di conseguenza, facoltà di richiedere, nel termine di dieci giorni – seppur prorogabili nei termini di cui si dirà oltre – dalla ricezione dell'avviso di deposito di cui all'art. 268-*bis*, comma 2, c.p.p., l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, ai sensi di quanto disposto dal comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. Si apre, a questo punto, la **fase di selezione** del materiale intercettivo che dovrà confluire nel fascicolo delle indagini e le parti hanno facoltà di interloquire, secondo lo schema del contraddittorio cartolare, in ordine ai progressivi che intendano acquisire: com'è fisiologico, il contraddittorio si instaura sulla base delle richieste acquisitive avanzate dalla pubblica accusa e può essere volto tanto ad estendere il novero delle conversazioni acquisende, quanto, al contrario, a contrastare l'introduzione di intercettazioni inutilizzabili (ad esempio quelle intercorse con i difensori, ma anche quelle relative a parlamentari e così via) o di cui sia vietata la trascrizione, perché irrilevanti. Ai sensi del comma 4, la richiesta (evidentemente quella dei difensori di cui al precedente comma 3, non potendosi ritenere che il riferimento sia alla richiesta del pubblico ministero, di cui al comma 2, la cui disciplina pare già di per sé esaustiva e che comunque è già depositata ai sensi del precedente art. 268-*bis*, comma 1, c.p.p.),

³⁸ Non è quindi prevista la notifica alla persona sottoposta alle indagini, cui in effetti non spetta alcun diritto di partecipazione all'udienza eventualmente fissata dal giudice ai sensi dell'art. 268-*quater*, comma 2, c.p.p.

³⁹ Si pensi, ad esempio, al contenuto di un colloquio utile alla prova del danno patito dalla vittima e non indicato tra i progressivi d'interesse per la pubblica accusa.



1/2018

unitamente agli atti allegati, è depositata nella segreteria del pubblico ministero che ne cura l'immediata trasmissione al giudice.

Necessitano ancora alcuni chiarimenti in ordine la disciplina dei termini e degli avvisi. Anzitutto, come si è detto, il pubblico ministero procede con la richiesta di acquisizione **entro cinque giorni** dal deposito in segreteria degli atti afferenti le operazioni captative. Il termine, meramente ordinatorio, non pare porre seri problemi di coordinamento, nemmeno in ipotesi patologiche, con la disciplina successiva: infatti, se è pur vero che l'inquirente potrebbe disattendere il termine e proporre la domanda di acquisizione al giudice per le indagini preliminari ben oltre i dieci giorni concessi alla difesa per presentare le proprie controrichestre, è altrettanto vero che il giudice ha facoltà di provvedere soltanto una volta che siano decorsi cinque giorni dal pervenimento delle richieste, le quali sono sempre necessariamente trasmesse dal pubblico ministero presso il quale le difese hanno l'onere di depositare, ai sensi del citato comma 4, le loro istanze. Ne consegue che l'eventuale ritardo dell'inquirente non abbia altro effetto che quello di posticipare la decisione giudiziale, determinando peraltro una conseguente dilatazione dei tempi concessi alle difese per le loro controdeduzioni, posto che il successivo comma 5 stabilisce che, tanto il pubblico ministero, quanto i difensori, sino alla decisione del giudice, possano integrare le richieste e presentare memorie. Tuttavia, pur in ipotesi fisiologiche, la riforma, che concede alle difese l'esiguo termine di dieci giorni per la consultazione dei risultati delle operazioni di captazione occulta, che talora potrebbero essere costituiti da una mole non indifferente di dati, prevede la facoltà per il giudice di prorogare detto termine per un periodo non superiore a dieci giorni, in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni. Sulla **dilazione del termine**, che pare concedibile soltanto al contestuale ricorrere di entrambi i parametri della complessità delle indagini (desunta dall'elevato numero di persone sottoposte alle indagini o di persone offese dal reato, dall'elevato numero di iscrizioni per cui si procede, e così via) e del numero delle intercettazioni, il giudice provvede, evidentemente, su richiesta di parte: pur a fronte della poco felice formulazione normativa, sembra da escludere il riconoscimento di un potere officioso direttamente in capo al giudice, il quale, specialmente nel caso in cui il pubblico ministero disattenda il termine di cinque giorni dal deposito per avanzare richiesta di acquisizione, ignora del tutto che la pubblica accusa abbia provveduto al deposito degli atti ai sensi dell'art. 268-bis, comma 1, c.p.p. cui consegue il decorso del termine difensivo. Si deve quindi ritenere che spetti alla difesa l'onere di avanzare istanza al giudice di dilazione del termine per la consultazione degli atti. Non è peraltro previsto alcun contraddittorio in merito con il pubblico ministero, il quale peraltro potrebbe non venire nemmeno a conoscenza dell'istanza avanzata dal giudice: considerato che l'istanza estende evidentemente la durata della procedura incidentale di acquisizione, sarebbe certamente stato preferibile introdurre quantomeno l'onere di comunicazione al pubblico ministero del deposito della richiesta.

Quanto invece alla **disciplina degli avvisi**, come si è visto, il pubblico ministero ha l'onere di dare immediato avviso di deposito ai difensori ai sensi dell'art. 268-bis, comma 1, c.p.p. nonché di dare analoga comunicazione della presentazione della



1/2018

richiesta, giusto il disposto del successivo art. 268-ter, comma 2, c.p.p. Resta da chiedersi quali siano le conseguenze che derivino dall'inosservanza di tali disposizioni da parte della pubblica accusa. Nel primo caso, considerato che il termine entro il quale i difensori hanno facoltà di avanzare le proprie controdeduzioni decorre proprio dalla ricezione dell'avviso di deposito, nel caso in cui il pubblico ministero non vi provveda, il termine non decorre e il giudice, eventualmente investito della richiesta del pubblico ministero, essendogli precluso di provvedere in considerazione del fatto che l'ordinanza presuppone il decorso del termine di cinque giorni dalla presentazione delle richieste, non potrà far altro che restituire gli atti al pubblico ministero affinché provveda ai sensi dell'art. 268-bis, comma 2, c.p.p. Diversamente, nel caso in cui, regolarmente depositati gli atti ed avvisati i difensori, il pubblico ministero avanzi richiesta al giudice senza darne comunicazione ai difensori, si verifica una mera irregolarità, posto che comunque le difese sono poste nelle condizioni di visionare gli atti, consultare le intercettazioni e depositare, nei termini di legge, le eventuali controrichestes che l'inquirente avrà l'obbligo di trasmettere immediatamente al giudice. Non essendo collegata alla suddetta comunicazione alcun concreto effetto processuale, a differenza dell'avviso di deposito di cui si è già detto, tale adempimento assolve quindi esclusivamente ad una funzione informativa.

2.3.2. La decisione del giudice.

Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il giudice, che può anche procedere all'ascolto delle conversazioni e comunicazioni⁴⁰, 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 d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. L'ipotesi ordinaria è dunque quella in cui il giudice provveda *de plano*, senza fissare apposita udienza e sulla base del mero contraddittorio cartolare: egli decide con ordinanza, e dunque con atto motivato, sulla base dell'elenco che reca le richieste del pubblico ministero nonché delle controrichestes e deduzioni delle altre parti. L'ordinanza dispone l'acquisizione di tutti i progressivi indicati dalle parti, purché non si tratti di conversazioni manifestamente irrilevanti: evidentemente, il giudizio di manifesta irrilevanza, necessariamente meno stringente rispetto a quello di rilevanza di cui al precedente art. 268, commi 2-bis e 2-ter, c.p.p., non potrà che attenere esclusivamente, giusti i riconosciuti poteri officiosi del giudice, a quei progressivi rispetto ai quali non sia stato introdotto alcun contraddittorio ovvero rispetto ai quali la difesa non abbia chiesto l'esclusione, analogamente con quanto accadrà per lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Pur nel silenzio della norma, nel caso invece in

⁴⁰ Anche al giudice è consentito l'accesso all'archivio riservato ai sensi dell'art. 89-bis, comma 3, disp. att. c.p.p.

cui le difese dovessero richiedere l'eliminazione dei brani di cui è vietata la trascrizione, così come previsto dall'art. 268-ter, comma 3, c.p.p., si deve ritenere che il giudizio non potrà che involgere i profili esplicitati dall'art. 268, comma 2-bis, c.p.p. senza quindi arrestarsi ai soli casi di manifesta irrilevanza.

Nei casi in cui, invece, risulti necessario⁴¹, l'ordinanza è emessa all'esito dell'udienza fissata per il quinto giorno successivo alla scadenza del termine indicato al comma 1, con tempestivo avviso al pubblico ministero e ai difensori⁴². La procedura partecipata appare quindi demandata, quanto alla sua eventuale instaurazione, alla totale discrezione del giudice, sul presupposto che il giudizio di necessità appare di difficile perimetrazione: a tal fine, si può ritenere che la necessità dell'udienza possa insorgere alla luce del tenore e della complessità delle richieste avanzate dalle difese ai sensi dell'art. 268-ter, comma 3, c.p.p.: invero, tanto più numerose saranno le richieste e tanto più articolati i rispettivi contenuti, tanto più potrà emergere la necessità di fissare apposita udienza, sulla base della richiesta di una o più parti o anche d'ufficio dal giudice, secondo la sua insindacabile valutazione⁴³.

Profilo più complesso è quello che attiene ai **tempi della decisione**. Come si è già detto, il pubblico ministero richiede l'acquisizione entro cinque giorni dal deposito degli atti relativi alle operazioni di intercettazione; nel termine di dieci giorni (eventualmente prorogabile di ulteriori dieci giorni) dall'avviso di deposito le difese possono avanzare proprie richieste; il giudice decide decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste medesime. È evidente che la disciplina è pensata per il caso in cui tutte le difese presentino, nel rispetto dei limiti temporali che la legge ad esse riconosce, le proprie richieste al giudice, per il quale il termine dilatorio di cinque giorni decorre dalla presentazione dell'ultima richiesta. Ma più verosimilmente, potrà accadere che uno o più difensori, ritenendo esaustive o comunque non valutando di dover avanzare proprie istanze, non presentino alcuna richiesta: d'altra parte, è lo stesso art. 268-ter, comma 3, c.p.p. che fa richiamo alla facoltà e non al dovere dei difensori di avanzare proprie richieste. Per tale ipotesi, è necessario individuare la corretta scansione temporale del procedimento: certamente da escludere è l'ipotesi secondo cui il termine, al netto del periodo di latenza, decorra dal deposito della richiesta del pubblico ministero, posto che, se così fosse, si determinerebbe l'assurda conseguenza per cui il giudice potrebbe provvedere ancor prima della scadenza del termine di dieci giorni concesso alla difesa per lo studio e l'analisi del materiale e per la predisposizione delle proprie richieste; infatti, considerato che l'art. 268-ter, comma 2, c.p.p. prevede un solo termine acceleratorio, il pubblico ministero potrebbe avanzare la propria richiesta addirittura contestualmente al deposito degli atti ed al contestuale avviso alle difese, con l'irragionevole conseguenza che il termine concesso alla difesa e quello dilatorio per la decisione del giudice decorrerebbero contemporaneamente e consentirebbero a quest'ultimo, che è vincolato ad un termine pari alla metà di quello

⁴¹ Cfr. art. 268-*quater*, comma 2, c.p.p.

⁴² Come anticipato, all'udienza non prendono parte le persone sottoposte alle indagini né le persone offese dal reato.

⁴³ Non essendo infatti previsto alcun mezzo di impugnazione in ordine alla relativa decisione.



1/2018

concesso alla difesa, di provvedere ben prima che questa abbia potuto usufruire appieno del tempo necessario (peraltro già di per sé piuttosto esiguo) per avanzare proprie istanze. Allora non resta che ritenere che il decorso dei cinque giorni dalla presentazione delle richieste, all'esito dei quali il giudice potrà provvedere, abbia luogo, in caso di mancata presentazione di istanze difensive, dall'inutile decorso del termine di dieci giorni (o superiore nel caso di proroga) concesso alle difese per lo studio e l'analisi del materiale intercettivo, che decorrono, a loro volta, dall'avviso di deposito recapitato dalla segreteria del pubblico ministero⁴⁴. Il meccanismo si articola dunque, riassumendo, secondo le seguenti scansioni: 1) avviso ai difensori di deposito degli atti presso la segreteria del pubblico ministero; 2) decorso di dieci giorni eventualmente prorogabili sino ad un massimo di altri dieci giorni; 3) decorso del termine dilatorio di cinque giorni; 4) decisione del giudice. Secondo questa lettura, evidentemente l'unica plausibile, si spiega anche la previsione di un termine, seppur ordinario, per le richieste delle difese: i difensori, infatti, per quanto possano ancora integrare le proprie richieste e presentare memorie sino alla decisione, sono consapevoli del fatto che il giudice, trascorsi cinque giorni dallo spirare del termine a loro concesso, avrà facoltà di provvedere con ordinanza. E la previsione del termine di latenza di cinque giorni, di cui al primo comma dell'art. 268-*quater* c.p.p., si spiega evidentemente in ragione del fatto che il legislatore ha inteso concedere una ulteriore breve dilazione nel corso della quale il pubblico ministero possa replicare alle richieste dei difensori e questi possano ancora, a loro volta, controreplicare, facoltà tutte evidentemente concesse dall'ultimo comma dell'art. 268-*ter* c.p.p., norma che, pur limitando le facoltà alla "integrazione" delle richieste ed alla presentazione di memorie va certamente intesa in senso lato, riconoscendo così alle parti la facoltà di rinunciare a parte delle proprie richieste, quando, a seguito del contraddittorio, si siano convinte della loro non accoglibilità.

Gli atti ed i verbali oggetto di acquisizione **confluiscono** nel fascicolo del pubblico ministero⁴⁵; al contrario, quelli non acquisiti sono immediatamente restituiti, ai sensi dell'art. 268-*quater*, comma 5, c.p.p., al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato. I brani acquisiti risulteranno, per la maggior parte dei casi, già trascritti, anche solo sommariamente, dalla polizia giudiziaria nei relativi verbali; qualora tuttavia vengano acquisite comunicazioni o conversazioni su richiesta dei difensori che non siano state trascritte, il giudice ne ordinerà la trascrizione sommaria a cura del pubblico ministero.

2.3.3. La procedura derogatoria in ipotesi di misura cautelare.

La disciplina ordinaria, sinora descritta, si applica al di fuori dei casi di cui all'art. 268-*ter*, comma 1, c.p.p. ovvero i casi in cui il pubblico ministero abbia avanzato

⁴⁴ Ne consegue che sarà dovere del pubblico ministero trasmettere al giudice anche la prova dell'avvenuto avviso di deposito ai difensori, così da consentire a questi di apprezzare l'effettivo termine di decorrenza.

⁴⁵ Cfr. art. 268-*quater*, comma 3, c.p.p.

richiesta di applicazione di misura cautelare, pur alla duplice condizione che tale richiesta sia stata accolta dal giudice per le indagini preliminari e che ciò sia avvenuto nel corso delle indagini preliminari: d'altra parte, l'impiego del termine "adozione" non lascia spazio ad interpretazioni che, al contrario, vi riconducano anche i casi in cui il giudice abbia rigettato la richiesta della pubblica accusa e, del pari, non potrebbe che procedersi con procedura ordinaria nei casi, comunque piuttosto infrequenti nella prassi, in cui la misura fosse applicata nel corso del giudizio, posto che, in tale ipotesi, troverebbe fisiologica applicazione la disciplina ordinaria da innestare, come si è detto, all'atto del deposito delle intercettazioni.

Nel caso quindi in cui si segua la procedura speciale cautelare, l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate per l'adozione del titolo cautelare, è disposta, anziché dal giudice, direttamente dal pubblico ministero, con l'inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p. All'atto della richiesta cautelare, infatti, il pubblico ministero trasmette al giudice, ai sensi del novellato comma 1 dell'art. 291 c.p.p., anche i verbali di cui all'art. 268, comma 2, c.p.p., limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti⁴⁶ e il giudice, in aggiunta all'ordinario vaglio delle condizioni legittimanti l'applicazione del presidio cautelare, è chiamato alla selezione officiosa delle intercettazioni rilevanti ed utilizzabili, così da anticipare quanto la procedura ordinaria demanda invece ad una fase successiva al deposito degli atti relativi alle intercettazioni. L'ordinanza, depositata dal giudice in cancelleria, è trasmessa per l'esecuzione al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 92 disp. att. c.p.p., al quale vengono contestualmente restituiti, 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 *expressis verbis*, si attribuisce al giudice, destinatario della richiesta cautelare, anche il dovere di vagliare le intercettazioni ed emettere, se del caso, 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. Ne consegue che tutti i progressivi utilizzati per l'adozione della misura entreranno a far parte del fascicolo del pubblico ministero con provvedimento emesso *de plano* da quest'ultimo: al contrario, ne resteranno esclusi soltanto quelli di cui il giudice avrà espressamente disposto, con decreto, l'esclusione. E si badi che seppur la norma faccia riferimento alle intercettazioni "utilizzate", tenuto conto sia del divieto di riproduzione delle trascrizioni non necessarie ed essenziali che evidentemente induce il giudice a far uso parsimonioso dei verbali che gli vengono trasmessi, sia del cennato dovere di provvedere espressamente all'esclusione delle intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti,

⁴⁶ Pur se non espressamente previsto, sarà quindi buona norma per il pubblico ministero formare e trasmettere al giudice anche l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova (previsto soltanto per il caso di deposito degli atti che, normalmente, non precede la richiesta di misura cautelare) sia per consentirgli di provvedere all'esclusione officiosa di quelle non rilevanti o non utilizzabili sia in vista della successiva emissione del suo provvedimento acquisitivo di cui all'art. 268-ter, comma 1, c.p.p.

L'acquisizione da parte del pubblico ministero avrà ad oggetto non soltanto i brani effettivamente utilizzati in quanto riprodotti nel testo dell'ordinanza cautelare, ma 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 ed individualmente ordinato la restituzione ai sensi dell'art. 92, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p.

Tale procedura, per l'esiguità della disciplina dettata dal legislatore, lascia aperti alcuni interrogativi. Un primo interrogativo sorge in considerazione del fatto che la riforma – e la circostanza appare alquanto singolare – non abbia preso posizione circa le **facoltà dei difensori**, nel caso in esame, di richiedere l'acquisizione di ulteriori intercettazioni o di contestare l'avvenuta utilizzazione di progressivi irrilevanti o inutilizzabili. Invero, appare indubitabile che la disposizione dell'art. 268-*bis*, comma 3, c.p.p. inerisca alla sola procedura ordinaria, posto che presenta reiterati richiami a presupposti che difettano nel caso in cui il pubblico ministero abbia invece richiesto la misura cautelare⁴⁷: il termine è ancorato, quanto alla sua decorrenza, all'avviso di deposito delle intercettazioni che tradizionalmente non precede la fase cautelare⁴⁸ e le richieste difensive presuppongono, quanto al loro contenuto di novità, il deposito dell'elenco formato dal pubblico ministero per il quale valgono, essendo anche in questo caso legato alla procedura di deposito di cui all'art. 268-*bis* c.p.p., le stesse considerazioni appena espresse. Se dunque la procedura speciale in materia cautelare prevede che sia il giudice, richiesto dell'applicazione del presidio cautelare, a vagliare *de plano* le intercettazioni unilateralmente indicate dal pubblico ministero, ci si chiede come ed in che termini la difesa, che apprenderà dell'esecuzione del titolo cautelare all'atto dell'avviso di cui all'art. 293 c.p.p., possa interloquire sul punto. Come si dirà nel successivo paragrafo, anzitutto, alla difesa è assicurato, ricevuto l'avviso di deposito dei provvedimenti cautelari e degli atti a supporto, il diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, con ulteriore diritto alla trasposizione su supporto idoneo delle relative registrazioni, così come stabilito dal novellato art. 293, comma 3, c.p.p.; ma si vedrà anche che tale diritto, consentendo anche la copia delle registrazioni, non può che essere limitato ai brani utilizzati per l'adozione della misura cautelare e non può invece inerire indistintamente a tutto il materiale raccolto. Ne consegue, in ogni caso, che ai difensori dovrà comunque essere garantita la facoltà di ascolto di tutte le intercettazioni, trattandosi di approdo giurisprudenziale pacifico già da diversi anni⁴⁹. D'altra parte, se il deposito degli atti, in caso di incidente cautelare, tiene luogo di quello più genericamente previsto dall'art. 268-*bis*, comma 1, c.p.p., non si può ad esso non ricondurre il diritto di ascolto delle intercettazioni sancito dal successivo secondo comma. I difensori, quindi, avranno diritto di accesso a tutte le foniae, mentre diritto di copia esclusivamente dei progressivi

⁴⁷ Anche se, in realtà, la relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, al punto n. 7, parrebbe esprimersi in senso opposto.

⁴⁸ Posto infatti che normalmente il pubblico ministero richiede il ritardato deposito sino alla conclusione delle indagini preliminari e poi, nel corso delle indagini, deposita la richiesta cautelare.

⁴⁹ Sul punto si veda sempre il successivo par. 2.4.



1/2018

utilizzati per l'emissione del titolo cautelare. Dall'ascolto integrale delle intercettazioni, gli stessi potranno ricavare ulteriori progressivi di interesse ai fini difensivi ed utilizzarli per la proposizione di istanza di riesame o per altre richieste da inoltrare direttamente al giudice della cautela: l'utilizzazione cautelare infatti avviene a prescindere dall'acquisizione nel fascicolo delle indagini, dato che emerge dal tenore dell'art. 268-ter, comma 1, c.p.p. che prevede l'acquisizione di ciò che evidentemente è già stato utilizzato per l'adozione della misura cautelare. Resta però aperto il problema di come possa avvenire la trascrizione di tali progressivi in assenza della procedura acquisitiva avanti al giudice; analogamente, ci si chiede come avvenga la loro formale acquisizione nel caso in cui, pur in presenza di un'istanza in tal senso e pur a fronte della loro utilizzazione cautelare⁵⁰, il pubblico ministero non ne disponga l'acquisizione ai sensi dell'art. 268-ter, comma 1, c.p.p. Ma, ancora, ci si domanda anche, specialmente qualora le difese non avanzino istanza di riesame⁵¹, come queste possano contestare l'avvenuta inclusione tra gli atti di intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili al fine di ottenerne l'espunzione. È ben vero che il giudice dibattimentale conserva piena autonomia circa ulteriori richieste di parte ai sensi del novellato art. 472, comma 1, c.p.p. ma non pare ammissibile una soluzione che escluda alcun contraddittorio con le difese qualora intendano adire riti alternativi⁵². Allora non pare possibile lettura diversa da quella che consenta comunque l'accesso alla procedura acquisitiva innanzi al giudice anche qualora sia stata comunque adottata una misura cautelare: qualora infatti dovesse emergere la necessità delle difese di richiedere ulteriori acquisizioni al fascicolo o, al contrario, l'esclusione di altrettanti progressivi, si potrà ritenere azionabile la richiesta al giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 268-ter, comma 3, c.p.p. con decorrenza del termine ivi previsto, anziché dall'avviso di deposito di cui all'art. 268-bis, comma 2, c.p.p., da quello di cui all'art. 293, comma 3, c.p.p. e in cui il complesso degli atti trasmessi al giudice all'atto della richiesta cautelare terrà luogo dell'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova. In tal modo, la difesa sarà restituita nei suoi diritti difensivi e potrà azionarsi comunque il contraddittorio sulle nuove richieste dalla stessa indicate o, seppur a posteriori, sulle istanze di espunzione dei progressi già ammessi dal giudice all'atto dell'emissione della misura cautelare. D'altra parte, il dato che le procedure di cui al primo comma dell'art. 268-ter c.p.p. e dei commi successivi non siano affatto tra loro incompatibili, emerge dall'ultimo comma della norma in esame: è infatti previsto espressamente che il pubblico ministero, proprio in relazione alle comunicazioni di cui al primo comma, possa chiedere al giudice, con le modalità e nei termini indicati dalla disciplina che abbiamo definito ordinaria, l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni di cui ritenga, per elementi sopravvenuti, l'irrilevanza. Ciò significa che pur a fronte dell'emissione di un titolo cautelare, sarà sempre consentito ricorrere al giudice per ottenere l'esclusione dei progressivi divenuti, in epoca successiva,

⁵⁰ Ad esempio da parte del tribunale del riesame.

⁵¹ Tribunale cui peraltro non pare competere alcun potere in ordine all'acquisizione o all'esclusione dei progressivi, giusto il disposto dell'art. 268-quater, comma 6, c.p.p.

⁵² In disparte le considerazioni che si faranno in seguito sul giudizio abbreviato condizionato.

irrilevanti. Allora la disciplina va interpretata nel senso di ritenere consentita, pur nell'incomprensibile silenzio della legge che si preoccupa, al contrario, di disciplinare un'ipotesi, quella del comma 6, piuttosto improbabile, l'attivazione del procedimento anche nei casi in cui sia la difesa a richiedere l'espunzione di intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili oppure a richiedere l'inclusione di ulteriori brani non oggetto di utilizzazione in fase cautelare. È evidente che in tal caso il giudice non disporrà l'acquisizione, con ordinanza, di tutte le intercettazioni rilevanti ma si limiterà a statuire nei limiti delle richieste delle parti (di aggiunta o di esclusione rispetto a quanto già inserito nella misura cautelare), in linea con quanto stabilito dall'art. 268-*quater*, comma 1, c.p.p. che in effetti fa richiamo delle "conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti" e potrà anche ordinare la trascrizione del contenuto delle intercettazioni acquisite su richiesta dei difensori. Così, 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 che appare dai tratti ibridi.

Ma le incertezze non finiscono di certo qui: finora si è detto della richiesta della pubblica accusa di espunzione di progressi già utilizzati (ipotesi, questa, disciplinata dal comma 6 della norma in esame) nonché del caso in cui la difesa intenda richiedere l'acquisizione di altri brani o, a sua volta, l'esclusione di conversazioni già acquisite (ipotesi, quest'altra, che a parere di chi scrive consente, analogicamente, l'attivazione della procedura avanti al giudice); ma si ipotizzi invece il caso in cui sia il pubblico ministero a voler **introdurre** (e non espungere) dal fascicolo altri brani di cui abbia successivamente apprezzato la rilevanza: pare, in tal caso, inapplicabile la procedura officiosa che compete direttamente in capo all'inquirente, posto che la stessa si fonda sulla valutazione del giudice in sede cautelare; anche in tal caso si dovrà provvedere allora, inevitabilmente, ad attivare la procedura ordinaria che abbiamo già definito ibrida.

Altro interrogativo che lascia poi aperto la riforma è quello relativo ai **tempi** entro i quali il pubblico ministero abbia l'onere di provvedere all'acquisizione di cui al primo comma dell'art. 268-*ter* c.p.p. Se, infatti, la norma non fornisce alcuna indicazione al riguardo, il successivo sesto comma, nel riferirsi alla richiesta di "eliminazione dal fascicolo" presuppone ovviamente che l'acquisizione sia già avvenuta. Ma in realtà apparentemente nulla vieta che il provvedimento acquisitivo officioso del pubblico ministero non segua a stretto giro l'emissione del titolo cautelare. D'altra parte, come si è già detto, anche la procedura ordinaria non è regolamentata quanto all'aspetto più propriamente cronologico. Questo, ovviamente, non può che determinare ulteriori incertezze demandate, quanto alla loro soluzione, all'intuito degli interpreti: le prime perplessità sorgono, anzitutto, nell'ipotesi in cui il pubblico ministero, pur avendo già eseguito la misura cautelare, non abbia ancora provveduto all'acquisizione delle intercettazioni e si convinca di non inserire, ritenendoli irrilevanti

per circostanze successivamente emerse o apprese, brani pur utilizzati dal giudice per l'emissione dell'ordinanza. Il caso pare sfuggire dalle maglie applicative del sesto comma, il quale, pur disciplinando l'affine fattispecie relativa all'eliminazione di intercettazioni utilizzate a fondamento della misura cautelare, presuppone tuttavia, come già anticipato, l'avvenuta acquisizione di tali atti all'interno del fascicolo con provvedimento del pubblico ministero, con la conseguenza che, in ipotesi, la pubblica accusa sarebbe libera di disporre una acquisizione officiosa più limitata rispetto a quelle intercettazioni già positivamente apprezzate dal giudice per le indagini preliminari. Ma il quesito di partenza è invece quello relativo ai tempi di acquisizione: paiono a tal riguardo riproponibili le considerazioni già espresse in ordine al procedimento ordinario, il quale, come si è visto, è più probabile che si dipani successivamente alla conclusione delle indagini, posto che normalmente il deposito degli atti, quale incumbente iniziale della procedura incidentale in esame, avviene, previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 268-bis, comma 3, c.p.p., con l'emissione dell'avviso conclusivo delle indagini preliminari. Quindi, anche in ipotesi di procedimento con misura cautelare, sarà consentito al pubblico ministero emettere il provvedimento acquisitivo successivamente alla formale conclusione delle indagini, purché comunque ciò avvenga prima dell'emissione del provvedimento con il quale viene esercitata l'azione penale, che segna evidentemente il momento in cui la pubblica accusa si spoglia del fascicolo.

Ulteriore incertezza attiene alle conseguenze nel caso in cui il **pubblico ministero**, data esecuzione all'ordinanza cautelare, **non provveda** espressamente ai sensi del comma 1 dell'art. 268-ter c.p.p. e si limiti ad esercitare l'azione penale. La questione è affine a quella relativa al caso in cui, pur in assenza di misura cautelare, il pubblico ministero ometta di attivare la nuova procedura acquisitiva delle intercettazioni al fascicolo delle indagini. Per entrambe le ipotesi la legge nulla prevede e ci si domanda se la procedura possa comunque essere attivata anche successivamente all'esercizio dell'azione penale e, comunque, che sorte seguano le intercettazioni nel caso in cui il pubblico ministero non ne richieda, o disponga, l'acquisizione, anche in considerazione del fatto che – data una certa analogia con la precedente procedura di stralcio – la giurisprudenza ha sempre ritenuto che l'udienza stralcio non fosse affatto prevista a pena di inutilizzabilità dei risultati intercettivi⁵³. In effetti, la questione appare di identica soluzione, posto che il legislatore non ha affatto innovato la disciplina dei divieti di utilizzazione, di cui all'art. 271, comma 1, c.p.p. che non fa alcun richiamo delle disposizioni degli artt. 268-bis segg. c.p.p. A questo si aggiunge la circostanza per cui la procedura sembra attivabile, anche per la prima volta, persino nel corso del dibattimento, posto che l'art. 472 c.p.p., che è stato innovato⁵⁴ introducendo l'ulteriore

⁵³ Cfr., sul punto, Cass. 17 dicembre 2014-dep. 29 gennaio 2015, n. 4265, non massimata; *id.* 27 novembre 2014, n. 53036, non massimata; *id.* 4 ottobre 2011, n. 43725, Rv. 251475.

⁵⁴ In accordo alle indicazioni a suo tempo fornite da Corte cost. 24 ottobre 2012, n. 255, in merito all'opportunità che l'udienza dibattimentale, limitatamente all'acquisizione delle intercettazioni, dovesse celebrarsi a porte chiuse. In argomento, G. LEO, [La Consulta "accredita" la riservatezza della procedura di](#)

caso in cui si procede a porte chiuse all'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini, richiama tra le condizioni, oltre ai casi in cui la rilevanza ai fini di prova emerga nel corso dell'istruzione dibattimentale o in cui le parti intendano rinnovare richieste non accolte, anche quella in cui le parti richiedano genericamente acquisizioni: infatti, la locuzione "richiedono acquisizioni, anche ulteriori" esplicita la facoltà di richiedere anche in quella fase, evidentemente per la prima volta, l'acquisizione delle intercettazioni, posto che, diversamente, le acquisizioni sarebbero sempre e soltanto ulteriori. Analoga facoltà, pur prevista dal nuovo comma 4-bis aggiunto in fine all'art. 422 c.p.p. in tema di attività integrativa del giudice per l'udienza preliminare ai fini dell'emissione della sentenza di non luogo a procedere, manca però per l'ipotesi in cui la difesa opti per riti alternativi, con particolare riguardo a quello abbreviato: se, invero, l'acquisizione di ulteriori progressivi precedentemente non inclusi nel fascicolo del pubblico ministero pare compatibile con l'istanza difensiva di rito abbreviato condizionato ad una integrazione probatoria, ci si domanda però cosa accada nel caso in cui le intercettazioni non siano confluite nel fascicolo e se conseguentemente il giudizio allo stato degli atti ne possa tenere comunque conto. Pare possibile propendere per la soluzione positiva, considerato che il meccanismo congegnato proprio per l'ipotesi di preventiva emissione di un titolo cautelare pone le sue premesse su di una ordinanza applicativa emessa senza che il materiale intercettivo sia ancora confluito nel fascicolo, dovendo il pubblico ministero procedere ai sensi dell'art. 268-ter, comma 1, c.p.p. in tempi evidentemente successivi all'esecuzione stessa del provvedimento interinale. Anche i riti impugnatori cautelari non presuppongono affatto una precedente inclusione delle intercettazioni nel fascicolo del pubblico ministero, mostrando evidentemente una loro utilizzabilità a prescindere della formale acquisizione degli atti nel fascicolo del pubblico ministero. La conclusione tuttavia pare contrastare, lasciando aperti gli interrogativi che ci si è posti, con il tenore della relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo che, al punto n. 8, lascia intendere che l'acquisizione degli atti relativi alle intercettazioni al fascicolo del pubblico ministero avvenga per "trasportarli in ambito processuale" senza però spiegare come tale meccanismo sia allora conciliabile con il citato art. 268-ter, comma 1, c.p.p. Come si può notare, le questioni aperte risultano numerose e la giurisprudenza, così come la dottrina, risulteranno certamente impegnate in una faticosa opera di decodificazione di un dettato normativo tanto oscuro quanto eccessivamente conciso.

2.4. Il diritto della difesa all'ascolto ed alla copia delle intercettazioni.

Il diritto di ascolto e copia delle intercettazioni è stato oggetto, in passato, di un serrato dibattito, anche per la scarna disciplina dettata dalla legge in materia⁵⁵,

[selezione delle conversazioni intercettate anche quando condotta nell'ambito del dibattimento](#), in *questa Rivista*, 19 novembre 2012.

⁵⁵ Che peraltro non prevedeva nemmeno, tanto da rendere necessario l'intervento additivo di Corte cost. 23 settembre 2008, n. 336, la facoltà del difensore, dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate ed

accompagnata peraltro dalla sostanziale abrogazione applicativa, nella prassi, dell'udienza stralcio⁵⁶, idealmente deputata alla selezione del materiale da trascrivere accantonando invece quello irrilevante: sono in gioco infatti delicati equilibri tra esigenze di riservatezza e di difesa difficilmente componibili tra loro, cui gli interpreti hanno dovuto fornire adeguate risposte già in precedenza. La giurisprudenza, di legittimità ma anche costituzionale⁵⁷, era così pervenuta a riconoscere un indiscriminato diritto del difensore di ascolto delle intercettazioni, mitigandolo tuttavia con la limitazione del diritto di copia ai soli brani ritenuti rilevanti all'esito dell'udienza stralcio⁵⁸.

La nuova disciplina è finalizzata a trovare il giusto punto d'incontro alle esigenze di tutela della riservatezza delle comunicazioni e conversazioni intercettate ed ai contrapposti diritti difensivi di ascolto e copia delle risultanze probatorie acquisite dal pubblico ministero. Così, se tutto il materiale relativo alle operazioni di intercettazioni resta riservato sino al termine delle stesse, anche per ovvie finalità investigative, con il deposito degli atti relativi alle intercettazioni nella segreteria del pubblico ministero, ai difensori è intanto riconosciuto un diritto di esame di tutti gli atti e di ascolto delle registrazioni: come si è già detto, tale diritto, garantito dall'art. 268-bis, comma 2, c.p.p., è funzionale all'analisi del plesso probatorio in vista della potenziale ed imminente richiesta che le difese possono avanzare al giudice per le indagini preliminari ai fini dell'acquisizione al fascicolo di brani ulteriori rispetto a quelli indicati nell'elenco formato dalla pubblica accusa o dell'eliminazione di conversazioni, ivi indicate, che non siano trascrivibili. I difensori che lo richiedano possono quindi accedere all'archivio riservato e ascoltare tutte le intercettazioni relative al procedimento: l'accesso avviene con le forme e le cautele prescritte dall'art. 89-bis, commi 3 e 4, disp. att. c.p.p., secondo cui ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche, in cui vengono indicate data, ora iniziale e finale e gli atti specificamente consultati. I difensori possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi. Dopo la decisione del giudice circa i progressivi acquisibili al procedimento, come si è già detto, mentre quelli oggetto di acquisizione confluiscono nel fascicolo del pubblico ministero, i restanti sono immediatamente

utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non ancora depositate. Sul tema, L. PISTORELLI, [Sui limiti del diritto difensivo di accesso, in fase cautelare, alle registrazioni di conversazioni intercettate](#), in *questa Rivista*, 30 novembre 2011.

⁵⁶ In proposito, cfr. A. CABIALE, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in *Dir. pen. proc.* 2014, 1, 109.

⁵⁷ Cfr. Cass. 3 maggio 2011, n. 21063, Rv. 250103 e *id.* 1° ottobre 2009-dep. 8 febbraio 2010, n. 4976, Rv. 246061 nonché Corte cost. 17 giugno 1997, n. 192.

⁵⁸ L'inacquisibilità della copia integrale delle registrazioni da parte dei difensori, peraltro, è stata ritenuta operante dalla dottrina anche quando non si sia dato corso all'udienza stralcio, differendo così la selezione del materiale rilevante alla sede dibattimentale (in proposito F. ALVINO, in F. ALVINO – D. PRETTI, *Le indagini preliminari. Tra fonti disciplinari e prassi applicative*, Giappichelli, 2017). Sull'argomento si vedano anche L. PISTORELLI, [Accesso difensivo alle registrazioni delle intercettazioni, tra limiti normativi ed evoluzione tecnologica](#), in *questa Rivista*, 15 gennaio 2012 e A. GASPARRE, [Autorizzazione alla copia di file audio di intercettazioni ambientali: è onere della difesa acquisire con tempestività l'esito dell'istanza presentata al p.m.](#), in *questa Rivista*, 14 novembre 2011.



1/2018

restituiti all'inquirente per la loro conservazione nell'archivio riservato. I difensori, soltanto a questo punto, ottengono un vero e proprio diritto di copia delle intercettazioni, ma limitatamente a quelle oggetto di acquisizione, unitamente alle copie dei relativi verbali⁵⁹; in questo modo si evita la circolazione delle intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili, realizzando la tutela di informazioni riservate, la riservatezza di persone occasionalmente coinvolte nelle attività captative ed al contempo non si lede alcuna prerogativa difensiva, posto che, per definizione, non sussiste alcun interesse delle difese ad avere copia di intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili.

Più semplice il caso in cui il pubblico ministero abbia chiesto ed ottenuto l'emissione di una misura cautelare: in tal caso, come si è detto, il vaglio di rilevanza è operato dal giudice in sede di emissione del provvedimento cautelare; unitamente al deposito dell'ordinanza, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa, il difensore ha diritto, giusta l'introduzione di un nuovo periodo all'art. 293, comma 3, c.p.p., di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e ha, in ogni caso, diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni. È evidente che, pur nel silenzio della norma, l'indiscriminato diritto di accesso che può avvenire anche con copia dei verbali e trasposizione delle registrazioni è limitato ai soli brani utilizzati per l'emissione del titolo cautelare e non certo all'intero materiale intercettivo, posto che è punto cardine della riforma l'impossibilità per le difese di ottenere copia delle registrazioni non rilevanti o inutilizzabili: l'avviso di deposito di cui al citato comma 3 tiene luogo, in tali casi, di quello dell'art. 268-bis c.p.p. e consente quindi anche il diritto di libera fruizione di tutto il materiale intercettato, pur limitatamente all'ascolto dei brani secondo quanto stabilito dal citato art. 268-bis, comma 2, c.p.p. Nulla vieta che i difensori, che abbiano individuato ulteriori progressivi da inserire oppure conversazioni da espungere dagli atti, richiedano l'attivazione della procedura incidentale di cui all'art. 268-ter, comma 3, c.p.p., secondo le considerazioni già indicate. D'altra parte, è pur vero che ai sensi del comma 1, in ipotesi di emissione di titolo cautelare, la procedura avviene in via automatica con provvedimento della pubblica accusa ma è altrettanto vero che non possono in alcun modo comprimersi i diritti delle difese di avanzare proprie richieste in vista della formazione del compendio probatorio intercettivo.

Infine, per concludere l'analisi delle norme che interessano i diritti di accesso delle difese agli atti relativi alle operazioni di intercettazione, anche l'art. 493-bis, comma 3, c.p.p., dopo aver stabilito che, qualora l'imputato non avanzi istanze di definizione del procedimento mediante riti alternativi e instauri pertanto il dibattimento, il giudice disponga la trascrizione delle registrazioni, prevede il diritto di tutte le parti ad estrarre copia di trascrizioni, registrazioni e stampe⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. art. 268-*quater*, comma 4, c.p.p.

⁶⁰ La norma inserisce l'art. 493-bis c.p.p. che riconosce, senza grandi pretese di novità, il potere del giudice di disporre, su richiesta di parte e con le forme della perizia, la trascrizione delle registrazioni ovvero la

2.5. L'istituzione dell'archivio riservato delle intercettazioni.

Come si è sottolineato più volte, uno dei punti cardine della riforma è la tutela della riservatezza delle informazioni e delle persone estranee al procedimento: in tale ottica assume particolare rilievo l'istituzione dell'archivio riservato per la conservazione delle registrazioni⁶¹, il quale media la necessità di segretezza con quella di conservazione dell'intero materiale quantomeno sino alla pronuncia della sentenza irrevocabile⁶².

L'**archivio riservato** è disciplinato dall'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. che ne prevede l'istituzione presso l'ufficio del pubblico ministero, sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica, con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita; a tal fine, il procuratore impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito⁶³. In effetti, come già anticipato, all'archivio possono accedere il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero ed i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Particolari cautele si giustificano in ragione del fatto che ai difensori va assicurata la facoltà di ascoltare tutte le registrazioni e dunque anche quelle non rilevanti per il procedimento in corso: per tali ragioni, allo scopo di evitare il più possibile la diffusione di informazioni riservate, ogni accesso è annotato, in apposito registro gestito con modalità informatiche, con indicazioni della data, dell'ora iniziale e finale, e degli atti specificamente consultati.

Nell'archivio vengono custoditi le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni e viene garantito l'accesso, secondo quanto illustrato nei precedenti paragrafi, al giudice ed ai difensori per l'esercizio dei loro diritti e facoltà: in proposito, la limitazione dell'accesso ai soli "difensori dell'imputato" nel corpo dell'art. 269, comma 1, c.p.p. appare impropria, posto che anche i difensori delle persone offese dal reato hanno diritto d'ascolto delle registrazioni.

stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche acquisite.

⁶¹ Si tratta di un vero e proprio archivio in cui si conservano non solo gli atti cartacei (o digitali) dei provvedimenti che attengono alle intercettazioni ma anche i supporti, questi necessariamente digitali, sui quali sono registrate le intercettazioni stesse; l'archivio, quale raccolta organizzata di documenti, differisce e non elide l'obbligo di tenuta del tradizionale registro delle intercettazioni, di cui all'art. 267, comma 5, c.p.p., ove sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni nonché l'inizio ed il termine delle operazioni.

⁶² Fatta salva la facoltà per gli interessati, a tutela della riservatezza, di chiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite. Sul tema della distruzione, si veda C. BOSSI, *Prima registra e poi distrugge... i poteri del P.M. in tema di registrazione*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 85, 2016, pag. 11.

⁶³ L'art. 7, comma 3, del decreto legislativo di riforma prevede, in proposito, che con decreto del Ministro della giustizia, da emanare entro tre mesi dall'entrata in vigore del decreto di riforma, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, siano fissati i criteri a cui il procuratore della Repubblica si attiene per regolare le modalità di accesso all'archivio riservato, a tutela della riservatezza degli atti ivi custoditi.



1/2018

Gli atti conservati nell'archivio sono coperti da **segreto**, evidentemente funzionale tanto alla tutela delle indagini quanto alla riservatezza delle comunicazioni e conversazioni oggetto di captazione⁶⁴; la tutela è rafforzata anche dall'inserimento delle richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti d'indagine e degli atti del giudice che provvedono su tali richieste tra gli atti coperti dal segreto ai sensi dell'art. 329, comma 1, c.p.p. Non sono invece coperti dal segreto, che viene meno all'atto dell'emissione dell'ordinanza del giudice che decide sulle richieste di acquisizione, come indicato dall'art. 269, comma 1-bis, e, in parte con superflua ripetizione, anche dall'art. 268-*quater*, comma 3, c.p.p. i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni che siano acquisite al fascicolo del pubblico ministero.

La novella interviene anche sul fronte del divieto di pubblicazione degli atti del procedimento (c.d. segreto esterno): l'art. 114, comma 2, c.p.p. – unica disposizione che acquisterà efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del provvedimento – esclude l'ordinanza applicativa di una misura cautelare, nell'ottica di una più genuina fruizione di informazioni e notizie a beneficio dell'opinione pubblica, dal novero degli atti, seppur non più coperti dal segreto, di cui sia vietata la pubblicazione, anche parziale, fino alla conclusione delle indagini preliminari.

2.6. I limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari.

Precipua finalità del legislatore era anche quella di intervenire in maniera incisiva sulla riproducibilità negli atti cautelari delle conversazioni e comunicazioni intercettate: era stata infatti avanzata la proposta di vietare la riproducibilità delle trascrizioni integrali delle intercettazioni nel corpo delle ordinanze cautelari (e, di riflesso, nelle richieste avanzate dal pubblico ministero) allo scopo di evitare la propalazione ai *mass media* delle trascrizioni anche di brani irrilevanti: una ferma e sensata opposizione di magistratura e avvocatura hanno indotto il legislatore a limitare l'intervento in materia⁶⁵, sull'onda di una più che fondata preoccupazione di libere ed arbitrarie interpretazioni di conversazioni delle quali fosse possibile apprezzare esclusivamente il sunto del contenuto. Pregevolmente si è quindi inteso intervenire più sulla responsabilizzazione di pubblico ministero e polizia giudiziaria in ordine alla scelta dei brani da trascrivere, quanto piuttosto che sull'arduo tentativo di arginare a posteriori la diffusione di colloqui che nemmeno avrebbero dovuto essere oggetto di trascrizione. Di conseguenza, l'intervento diretto sulle disposizioni in ambito cautelare si è rivelato modesto e attinge, per quanto qui interessa, esclusivamente gli artt. 291 e 292 c.p.p., i quali, in tema di riproducibilità delle trascrizioni delle intercettazioni negli

⁶⁴ La violazione dell'obbligo del segreto integra, a seconda dei casi, i delitti di rivelazione di segreto d'ufficio di cui all'art. 326 c.p., di rivelazione di segreti inerenti ad un procedimento penale *ex art.* 379-*bis* c.p. ed, eventualmente, anche di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p.

⁶⁵ Tanto da non dare sostanzialmente corso alla delega che consentiva, all'art. 1, comma 84, lett. a), di incidere anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni.

atti cautelari, introducono un doppio giudizio di pertinenza, dando così prova della diffidenza con la quale il legislatore si appropria al tema: la riproducibilità infatti può avvenire soltanto quando ciò risulti necessario ed è in ogni caso limitata ai soli brani essenziali. Peraltro, come giustamente osservato dalla relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo in commento, al punto n. 11, tali indicazioni obbligano a precise modalità di redazione, in termini conformi a quelli illustrati, anche degli atti che risultano propedeutici all'emissione dell'ordinanza cautelare: il riferimento è in particolare alle informative di polizia giudiziaria che, nel corso delle indagini, richiamano i progressivi di maggior interesse investigativo ai fini della richiesta di proroga delle operazioni di intercettazione, e, in ultimo, all'informativa conclusiva che, non di rado, compendia l'intero substrato probatorio in vista della richiesta di emissione della misura cautelare.

In ogni caso, quanto si è detto non involge minimamente la selezione dei verbali da trasmettere al giudice a corredo della richiesta cautelare, posto che la nuova formulazione dell'art. 291, comma 1, c.p.p. si rifà invece al noto giudizio di rilevanza, in linea con quanto proposto dall'art. 268 c.p.p. È evidente che l'indeterminatezza ed il conseguente ampio margine discrezionale di valutazione di concetti quali la necessità e l'essenzialità, peraltro sforniti di alcuna sanzione processuale, non potrà che determinare prassi applicative estremamente variabili.

2.7. Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente.

Contestualmente alla modifica delle disposizioni del codice di rito, sempre nell'ottica di un rafforzamento della tutela della sfera della riservatezza, la riforma introduce un nuovo delitto nel titolo relativo ai delitti contro la persona (titolo XII), nel capo dedicato ai delitti contro la libertà individuale (capo III) e nella sezione che prevede i delitti contro l'inviolabilità dei segreti (artt. 616 segg. c.p.): l'art. 617-septies c.p., rubricato "diffusione di riprese e registrazioni fraudolente", al fine di sanzionare le violazioni dei doveri di riservatezza che possono presidiare lo svolgimento di incontri e conversazioni private⁶⁶, punisce, a querela della persona offesa, con la pena della reclusione fino a quattro anni, chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione. D'altra parte si evidenzia come si assista nella società della comunicazione di massa ad un frequente ricorso a stratagemmi finalizzati alla successiva diffusione di conversazioni o immagini carpite occultamente ai fini della successiva diffusione, fenomeno che la riforma mira ad arginare, sul presupposto del grave pregiudizio all'onore ed alla dignità che viene arrecato alla vittima quando vengano divulgate informazioni carpite in un contesto riservato e confidenziale. La

⁶⁶ Cfr. relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo in commento, punto n. 2.



1/2018

norma, evidentemente nella preoccupazione di una eccessiva estensione dell'area del penalmente rilevante, reprime non la condotta di acquisizione occulta dell'informazione in sé quanto piuttosto la sua successiva indebita diffusione, peraltro se sorretta dal dolo specifico della finalità di recare danno all'altrui reputazione o immagine. Peraltro, la punibilità è opportunamente esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni derivi in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

3. La disciplina del captatore informatico.

Come indicato dalla stessa relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo in commento, l'utilizzo del captatore informatico, c.d. *trojan*, pur ampiamente praticato nella realtà investigativa, non è stato in precedenza oggetto di alcuna regolamentazione a livello normativo. Il captatore informatico è un *malware* occultamente installato dagli inquirenti su dispositivi elettronici, sfruttando la connessione *internet*⁶⁷ oppure anche inoculandolo direttamente sull'apparato nei casi in cui le esigenze investigative lo consentano, che consente agli investigatori di acquisire dati e informazioni del dispositivo, ovviamente senza che l'utilizzatore ne sia al corrente. Tale agente intrusore, che più di frequente viene inoculato sui telefoni cellulari di tipo *smartphone*, consente quindi, ad esempio, di acquisire i contatti della rubrica telefonica, di intercettare il traffico *email*, di attivare la fotocamera o il microfono del dispositivo, di estrapolare copia del contenuto delle memorie di massa o rimovibili aggiuntive, di geolocalizzare il dispositivo sfruttando il sistema g.p.s., di acquisire le comunicazioni e conversazioni intrattenute mediante applicazioni di *instant messaging* (quali ad esempio *whatsapp*, *telegram*, *facebook messenger* o simili), di acquisire quanto viene digitato dall'utilizzatore sulla tastiera (c.d. funzione di *keylogger*), o ancora di acquisire immagini che ritraggono quanto viene visualizzato sullo schermo del dispositivo utilizzando una rapida sequenza di *screenshots* eseguiti automaticamente dal dispositivo. In assenza di una disciplina specifica, gli interpreti hanno di volta in volta ricondotto ciascuna singola funzione alla specifica tipologia di mezzo di ricerca della prova o strumento d'indagine atipico più confacente per il singolo caso: così si mutuano, talora con sensibili incertezze applicative, le discipline proprie delle ispezioni, perquisizioni, intercettazioni e così via. In tale contesto, la legge delega ha inteso disciplinare uno solo dei diversi possibili utilizzi del captatore informatico⁶⁸, ovvero quello relativo all'attivazione del microfono che consente di realizzare intercettazioni tra presenti, peraltro limitatamente ai casi di inoculazione del

⁶⁷ Normalmente l'infezione del *target* avviene con l'invio di una *email*, un m.m.s., un'applicazione di aggiornamento e così via.

⁶⁸ Scettico in proposito è, condivisibilmente, G. SPANGHER, nel suo scritto *Critiche. Certezze. Perplexità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 1.

virus su dispositivi elettronici portatili; tale scelta è dovuta al fatto che proprio in riferimento a tale utilizzo dell'agente intrusore – che consente intercettazioni ubiquitarie – si sono posti nella prassi i maggiori interrogativi di compatibilità con la disciplina relativa alle intercettazioni tra presenti alla luce del dovere, tradizionalmente riaffermato dalla giurisprudenza di legittimità, di specifica e preventiva individuazione in seno al decreto autorizzativo dei luoghi in cui avvengono le operazioni. Così nessun problema si pone nel caso di infezione di un dispositivo non portatile (ad esempio un personal computer fisso, una *smart tv* e così via) posto che l'attivazione del microfono garantisce comunque la sicura determinabilità del luogo in cui avvengono le captazioni. Diversa è la questione nel caso di apparati che, in ragione della loro portabilità, consentono intercettazioni ubiquitarie: la giurisprudenza si era già interessata delle intercettazioni ambientali mediante agente intrusore, pervenendo in una pronuncia⁶⁹ che ha fatto discutere a disconoscere la legittimità di tale forma di intercettazione in quanto non specificativa dei luoghi da monitorare; invero, si è obiettato che la legge non richiede affatto la previa specificazione dei luoghi intercettandi, salvo la sola ipotesi in cui la captazione avvenga in ambienti domiciliari⁷⁰. Le sezioni unite⁷¹, con un pronuncia per certi versi contraddittoria, prendendo le mosse dalla necessità di esatta predeterminazione dei luoghi monitorandi qualora gli stessi siano di tipo domiciliare, ha stabilito che l'attività di intercettazione tra presenti mediante l'attivazione del microfono di un dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti di criminalità organizzata⁷² mentre, secondo la lettura più accreditata delle motivazioni⁷³, – ove però si intravedono spiragli anche per una lettura di segno diverso – non sarebbe consentita laddove si proceda per reati di criminalità comune, sul presupposto che la dinamicità della captazione non consentirebbe l'individuazione dei luoghi monitorandi e quindi non restituirebbe idonee garanzie circa la non, anche occasionale, captazione di comunicazioni in ambienti domiciliari ove il dispositivo potrebbe essere introdotto in qualsiasi momento. La pronuncia, invero, non aveva persuaso molti commentatori, che avevano sin da subito evidenziato come i timori dei giudici della nomofilachia, che avevano portato ad escludere in radice la legittimità di una mera forma esecutiva di intercettazione (e non già di un *tertium genus a sé stante*) non espressamente vietata da alcuna disposizione di legge, si basavano sul falso presupposto che non vi sarebbe

⁶⁹ Si veda Cass. 26 maggio 2015, n. 27100, Rv. 265654.

⁷⁰ In tal senso si veda Cass. 10 marzo 2016, n. 13884, non massimata.

⁷¹ Cfr. Cass., sez.un., 28 aprile 2016, n. 26889, Rv. 266905.

⁷² Trovando in proposito applicazione l'art. 13 decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modif. dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 che legittima la captazione domiciliare anche in assenza di un fondato motivo di ritenere che ivi sia in corso di svolgimento l'attività criminosa; si tratta, ad avviso del supremo consesso nomofilattico, sia dei reati elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. nonché di quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato.

⁷³ Si veda in tal senso anche Cass. 13 giugno 2017, n. 36874, non massimata sul punto, e il relativo commento di L. GIORDANO, [La prima applicazione dei principi della sentenza "Scurato" nella giurisprudenza di legittimità](#), in *questa Rivista*, fasc. 9/2017, p. 183 ss., nonché G. CANZIO, *Relazione del primo presidente della corte di cassazione per l'apertura dell'anno giudiziario*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2017, pag. 0454B.

stato modo di evitare anche intercettazioni, quantomeno in parte, in ambienti domiciliari: invero, si è detto, l'intercettazione potrebbe sempre essere consentita in ragione di singoli incontri dei quali, dalle risultanze investigative, emerga previa contezza dei luoghi che siano destinati ad ospitarli, anche eventualmente associando l'attività captativa ad altri strumenti d'indagine finalizzati a garantire la certa individuazione dei luoghi da monitorare⁷⁴.

A fronte dunque del dibattito che si era formato⁷⁵, il legislatore ha inteso intervenire espressamente per disciplinare tale forma di intercettazione. Anzitutto la novella ha inteso esplicitare la facoltà di ricorrere alle intercettazioni tra presenti anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettrico portatile, intervenendo direttamente sulla formulazione dell'art. 266, comma 2, c.p.p. La precisazione si è resa necessaria a seguito dell'orientamento venutosi a creare a seguito della pronuncia delle citate sezioni unite che, come anticipato, aveva apparentemente escluso la possibilità di ricorrere alle intercettazioni mediante captatore informatico per i delitti diversi da quelli di criminalità organizzata.

Trattandosi di una peculiare forma di intercettazione tra presenti, la stessa soggiace alla relativa disciplina, ovvero è sempre consentita nei **luoghi** diversi da quelli di **privata dimora**, di cui all'art. 614 c.p., mentre, in tali luoghi, è autorizzabile dal giudice soltanto qualora sussista fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa. Al contrario, nel caso in cui si proceda per i delitti di c.d. criminalità organizzata di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. è sempre consentita anche nei luoghi domiciliari: la precisazione, attuata mediante l'inserimento del comma 2-bis all'art. 266 c.p.p., che potrebbe apparire superflua, posto che la circostanza appare desumibile direttamente dalla disciplina di cui all'art. 13 decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in realtà determina un evidente restringimento dell'ambito operativo del *trojan*: infatti, prima della riforma, le citate sezioni unite avevano indicato che, in tutti i procedimenti *lato sensu* di criminalità organizzata, anche comune, era consentito ricorrere al captatore informatico pur senza necessità di specificare i luoghi in cui

⁷⁴ Si pensi, ad esempio, all'attivazione del microfono esclusivamente in occasione di un incontro, in luogo non domiciliare, monitorato visivamente dalla polizia giudiziaria oppure ad un sistema di automatica disattivazione della captazione (utilizzando preimpostate coordinate g.p.s.) ogniqualvolta il bersaglio faccia accesso nella sua abitazione o presso il luogo di lavoro.

⁷⁵ Quanto ad alcuni contributi dottrinali sul tema, si vedano C. PARODI, *Intercettazioni telematiche e captatore informatico: quali limiti?*, in *Ilpenalista.it*, 6 novembre 2017; C. PELOSO, [La tutela della riservatezza nell'era delle nuove tecnologie: la vicenda dei captatori informatici per le intercettazioni tra presenti nei reati di terrorismo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2017, p. 149 ss.; C. PINELLI, [Sull'ammissibilità di restrizioni alla libertà di domicilio e alla libertà di comunicazione tramite "virus di stato"](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2017, p. 75 ss.; L. GIORDANO, [Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 177 ss.; G. LASAGNI, [L'uso di captatori informatici \(trojans\) nelle intercettazioni "fra presenti"](#), in questa *Rivista*, 7 ottobre 2016; E. LORENZETTO, [Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico"](#), in questa *Rivista*, 24 marzo 2016; F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cassazione penale*, fasc. 11, 2016, pag. 4140; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cassazione penale*, fasc. 5, 2016, pag. 2274B.

attivarlo; con la novella, invece, l'introduzione del citato comma induce a ricondurre l'ambito operativo dell'intrusore senza vincoli di luogo ai soli delitti espressamente indicati nelle norme di rinvio⁷⁶.

Quanto ai presupposti ed alle forme del provvedimento, l'art. 267 c.p.p., come novellato, richiede, nel corpo del decreto che autorizza l'intercettazione mediante agente intrusore, uno **sforzo motivazionale ulteriore** da parte del giudice⁷⁷: infatti, oltre che la sussistenza di gravi indizi di reato e l'indispensabilità del ricorso al mezzo intercettivo, si richiede anzitutto l'indicazione delle ragioni che rendano necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini: se ne deduce che, per espressa *voluntas legis*, l'intercettazione mediante captatore informatico non rappresenta esclusivamente una delle varie ma equivalenti forme tra le alternative a disposizione della pubblica accusa, quanto piuttosto un mezzo che, per la particolare intrusività nella sfera di riservatezza del destinatario della captazione, richiede l'individuazione di specifiche necessità operative che rendano appunto manifesta una più agevole riuscita dell'operazione tramite l'inoculazione del c.d. *virus* di Stato sul bersaglio portatile; ma si badi che tale necessità non va tuttavia confusa con il più rigido parametro dell'indispensabilità del ricorso al particolare mezzo operativo, che non è richiesta dal dato normativo, cosicché non sarà comunque necessaria la prova del fatto che il ricorso a tale peculiare forma di intercettazione sia l'unico strumento operativo praticabile: in altre parole, il giudizio di necessità non coincide con quello di certa infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale quanto piuttosto con la prova, anche logica, di una meno agevole praticabilità delle operazioni tradizionali. A titolo esemplificativo, se sarà certamente ammessa l'intercettazione mediante captatore informatico di una conversazione tra due interlocutori che passeggino lungo una via pubblica, non essendo certamente fruttuoso il ricorso a microspie tradizionali che richiedono la loro preventiva collocazione in un luogo determinato, lo sarà anche quella relativa ad un incontro che si svolga all'interno di un locale pubblico la cui ubicazione non sia nota agli operatori di polizia giudiziaria, oppure che non sia facilmente accessibile per la collocazione delle microspie tradizionali, ad esempio perché sorvegliato da telecamere. Soprattutto nell'ultimo esempio è possibile notare come l'intercettazione tra presenti con metodi tradizionali non sia di per sé inattuabile ma sia però esposta ad un più alto rischio di insuccesso: anche una condizione di questo tipo rientra appieno tra i casi in cui il ricorso all'agente intrusore si professa necessario per la buona riuscita dell'operazione tecnica.

Ancora, salvo che si proceda per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso o di terrorismo, di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., come già anticipato, il decreto autorizzativo deve anche **indicare i luoghi e il tempo, anche indirettamente indeterminati**, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono: si vuole così evitare il rischio di un'attivazione indiscriminata e ininterrotta

⁷⁶ Cfr. sul punto anche quanto si dirà nel successivo par. 4.

⁷⁷ In tema di motivazione dei decreti di intercettazione, si veda S. MENDICINO, *Legittimità delle intercettazioni: il delicato tema della motivazione dei decreti autorizzativi*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 82, 2016, pag. 10.



1/2018

degli ascolti che si protragga senza soluzione di continuità, esponendo il bersaglio ad una illimitata compressione della sua riservatezza⁷⁸. Il rischio opposto è però quello che diventi talora non agevole individuare preventivamente, all'atto dell'autorizzazione in vista dei successivi ascolti, il luogo ed il tempo in cui si svolgeranno le conversazioni d'interesse operativo: sarà allora necessario che la giurisprudenza, impegnata nei primi approcci con il nuovo istituto, non si mostri eccessivamente rigida nello scrutinio a posteriori della sufficiente determinatezza dei provvedimenti autorizzativi⁷⁹. D'altra parte, la difficoltà di individuare con precisione tempi e luoghi di attivazione è ben nota anche al legislatore, che, pur nell'ambito di un approccio fortemente diffidente nei confronti del captatore informatico, ha comunque previsto la possibilità di una determinazione anche indiretta⁸⁰. Si pensi infatti, in tema di contrasto al traffico illecito di stupefacenti, al caso in cui si debba monitorare l'incontro, emerso nel corso di una conversazione telefonica, tra acquirente e spacciatore in cui i due si diano appuntamento in un luogo noto ad entrambi ma non ovviamente agli inquirenti delegati all'ascolto; ferma la sussistenza del requisito di necessità del ricorso a tale forma di intercettazione, posto che la mancata conoscenza del luogo dell'appuntamento non rende possibile la preventiva installazione delle microspie, risulta impossibile per il giudice autorizzare l'intercettazione nel luogo specificatamente individuato, posto che lo stesso non sarà noto se non al momento dell'incontro stesso; ecco allora che la possibilità di autorizzazione anche in via indiretta, consente l'intercettazione con rimando indiretto al luogo in cui avverrà la cessione della sostanza stupefacente. E anche qualora ciò dovesse accadere in un luogo domiciliare, la captazione, nell'esempio indicato, sarebbe comunque consentita posto che in quel luogo risulterebbe in corso di svolgimento l'attività criminosa. Analoghe considerazioni valgono, sempre a titolo esemplificativo, per il caso in cui si debba monitorare lo svolgimento di una seduta riservata della commissione di gara nell'ambito di una procedura per l'aggiudicazione di una commessa pubblica e si proceda per il delitto di turbativa d'asta di cui all'art. 353 c.p. Qualora si dovesse

⁷⁸ La previsione realizza, seppur non appieno, quanto indicato dall'art. 1, comma 84, lett. e), n. 1) della legge delega n. 103/2017 ovvero che l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice.

⁷⁹ Peraltro, la giurisprudenza, che pur si è pronunciata sull'art. 266, comma 2, c.p.p., si è già mostrata indulgente nell'affermare che sono utilizzabili i risultati delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti anche quando nel corso dell'esecuzione intervenga una variazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione, purché comunque l'intercettazione avvenga nella specificità dell'ambiente oggetto del provvedimento autorizzativo (cfr. in proposito Cass. 12 marzo 2015, n. 24478, Rv. 263723; *id.* 8 aprile 2014, n. 17894, Rv. 259255; *id.* 11 dicembre 2007-dep. 11 aprile 2008, n. 15396, Rv. 239634; *id.* 30 giugno 1999, n. 4561, Rv. 214036).

⁸⁰ Sul punto la relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo indica che la scelta di consentire una determinazione anche indiretta dei luoghi si spiega nell'impossibilità di prevedere specificamente tutti gli spostamenti dell'apparecchio controllato, con conseguente necessità logica di delimitare gli ambiti ai verosimili spostamenti del soggetto, in base alle emergenze investigative. A titolo esemplificativo la relazione indica che è legittimo quindi fare ricorso a formule del tipo "ovunque incontri il soggetto x" oppure "ogni volta che si rechi nel locale y" e così via.

conoscere la struttura pubblica in cui avrà luogo la riunione⁸¹, senza conoscere il preciso locale in cui i commissari si riuniranno, vi sarà possibilità di ricorrere all'intercettazione mediante *trojan horse* e il luogo potrà essere indirettamente determinato con il richiamo al locale in cui avrà materialmente corso la riunione monitoranda.

Ma forse ancor più innovativa è la previsione relativa alla determinazione del **tempo** in relazione al quale è consentita l'attivazione del microfono: se, infatti, limitazioni spaziali costituivano già, a seconda dei casi, patrimonio della disciplina delle intercettazioni, la delimitazione dei tempi degli ascolti appare, invero, fortemente innovativa: se tradizionalmente la durata delle intercettazioni è individuata in ragione di un arco temporale massimo (normalmente di quindici giorni), prorogabile con decreto del giudice per ulteriori periodi di quindici giorni, la novella introduce l'obbligo di determinazione preventiva del tempo dell'intercettazione mediante captatore informatico. Tale dato non supera certamente la disciplina generale sulla durata dell'intercettazione, la quale non è infatti oggetto di alcun intervento di riforma, ma si accompagna ad essa per rendere maggiormente stringente l'attivazione del microfono. Ne consegue che il pubblico ministero⁸² continuerà a determinare, ai sensi dell'art. 267, comma 3, c.p.p. la durata delle operazioni (poi prorogabili con decreto del giudice) mentre quest'ultimo dovrà autorizzare i tempi nei quali è consentita l'attivazione del microfono: si introduce così un sistema profondamente diverso dalle intercettazioni, telefoniche ma anche tra presenti, di tipo tradizionale, dove gli ascolti proseguono indistintamente e senza soluzione di continuità per tutto l'arco temporale disposto dal pubblico ministero ed eventualmente prorogato dal giudice. Nelle intercettazioni mediante agente intrusore⁸³ invece, fissata la durata complessiva delle operazioni, gli ascolti avverranno in ragione di specifiche occasioni preventivamente determinate: così i tempi di ascolto saranno individuati in ragione di due differenti variabili, l'una relativa all'arco temporale delle operazioni e l'altra in ragione delle singole occasioni di vera e propria captazione. Alcuni esempi possono chiarire meglio la nuova disciplina. Si pensi al procedimento a carico di due sodali individuati quali autori di una rapina; ottenuta l'autorizzazione all'attivazione degli ascolti mediante *trojan horse* inoculato sul dispositivo telefonico portatile di uno dei due indagati in vista

⁸¹ Che in quanto pubblica sfugge, tradizionalmente, alla sua inclusione tra i luoghi domiciliari.

⁸² La durata delle operazioni di intercettazione, entro i limiti previsti dalla legge, è rimessa infatti esclusivamente al pubblico ministero, come espressamente previsto dall'art. 267, comma 3, c.p.p., con la conseguenza che al giudice per le indagini preliminari non compete invece determinare nel provvedimento autorizzativo tale durata, fatta eccezione del caso di proroga del termine di durata, in relazione al quale il legislatore ha ragionevolmente devoluto al giudice la valutazione della necessità di comprimere, oltre il termine ordinario, la sfera di riservatezza delle comunicazioni private. Pertanto, nel caso in cui il giudice abbia indicato il termine di durata delle operazioni, tale erronea indicazione deve ritenersi come non apposta, con la conseguenza che le intercettazioni effettuate per tutto il periodo determinato nel decreto del pubblico ministero sono pienamente utilizzabili (così Cass. 8 aprile 2015, n. 16783, non massimata; *id.* 11 dicembre 2014-dep. 8 gennaio 2015, n. 281, non massimata; *id.* 7 marzo 1997, n. 5655, Rv. 209312).

⁸³ Ovviamente al di fuori dei casi in cui si procede per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.



1/2018

dell'incontro tra i due, in area campestre⁸⁴, per la spartizione del profitto del reato, potrà accadere che i due interlocutori si accordino, in quella sede, anche in vista di un ulteriore "colpo" da mettere a segno in seguito, dandosi appuntamento per un nuovo incontro finalizzato alla predisposizione delle specifiche modalità operative del nuovo reato da perpetrare. In tal caso, è possibile che l'autorizzazione abbia legittimato l'intercettazione in occasione del primo incontro limitando ad esso, e ad esso solo, la facoltà di attivazione del microfono, ragione per cui il decreto del pubblico ministero che ha disposto le operazioni avrà recepito la durata complessiva limitatamente a quell'incontro, con la conseguenza che sarà necessaria una nuova autorizzazione ed un nuovo decreto in vista dell'incontro successivo. Al contrario, è possibile ipotizzare anche che il giudice abbia autorizzato, indirettamente, la captazione in ragione di ogni incontro che si svolgerà in quel luogo (o in altri luoghi) in vista di tutte le possibili occasioni d'incontro tra i due sodali: in tal caso, non sarà necessaria una nuova autorizzazione e l'ascolto avrà luogo, con attivazione del microfono ad intermittenza, ad ogni occasione d'incontro, per tutta la durata fissata con il decreto del pubblico ministero, di cui si potrà comunque disporre la proroga ad opera del giudice. In tale esempio è possibile notare l'autonomia tra la "durata delle operazioni" e la determinazione del "tempo in relazione al quale è consentita l'attivazione del microfono": la durata delle operazioni interessa infatti l'intero arco temporale in cui si inseriscono le singole e specifiche attivazioni del microfono. La distinzione è fondamentale anche per cogliere il senso dell'art. 89, comma 2-*quinquies*, disp. att. c.p.p. che stabilisce che al termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee, alla **disattivazione del captatore** con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi, dandone atto nel verbale: cosicché risulta fondamentale chiarire quando si verifichi il "termine delle operazioni" che impone la disattivazione del programma⁸⁵. Evidentemente non può che trattarsi, nell'esempio, del termine della durata delle operazioni e non certamente del singolo e specifico ascolto. Ma non è tutto. La disposizione in esame, infatti, non può che essere interpretata con una certa elasticità, anche in considerazione delle serie (e altrettanto trascurate dal legislatore) difficoltà operative proprie dell'inoculazione del captatore; cosicché non pare certamente praticabile che, nell'ipotesi in cui la singola operazione autorizzata si sia già conclusa ma l'indagine risulti ancora in corso, si proceda immediatamente alla disinstallazione dell'agente intrusore, il quale potrebbe tornare utile in vista di ulteriori incontri da captare e sarebbe impensabile dover procedere a nuova ma analoga inoculazione: ne consegue che il richiamo al "termine delle operazioni" non può prescindere dalla valutazione della strategia investigativa nel suo complesso, valutata nell'ottica dell'intero procedimento penale; d'altra parte la norma non prevede affatto che la disattivazione avvenga al termine della singola operazione ma, eloquentemente,

⁸⁴ Risulta in tal caso autorizzabile l'intercettazione in ragione della tipologia del luogo, non domiciliare, della captazione e della necessità di ricorso al particolare tipo di intercettazione in ragione del fatto che, nel luogo dell'incontro, non risulta possibile alcuna forma tradizionale di intercettazione tra presenti.

⁸⁵ L'art. 1, comma 84, lett. e), n. 4) della legge delega n. 103/2017 fa ancor più genericamente richiamo al "termine della registrazione".

utilizza la forma plurale, dando prova di come la disattivazione debba avvenire al termine di tutte le operazioni nel loro complesso. In effetti, la preoccupazione legislativa di evitare che il dispositivo possa essere nuovamente utilizzato non può che attenere a diversi procedimenti e non alla medesima indagine in cui è stata effettuata, posto che è pacificamente riconosciuta la facoltà di ricorrere a reiterati impieghi del dispositivo nell'ambito dello stesso procedimento. Diversamente opinando, si determinerebbe l'irragionevole disparità di disciplina a seconda che il decreto che indichi la durata delle operazioni inglobi una soltanto o più attivazioni del microfono, posto che soltanto nel primo caso ci si dovrebbe affrettare a disattivare il captatore per poi, irragionevolmente, inocularlo una seconda volta.

Il legislatore è poi intervenuto anche in materia di intercettazione d'urgenza, limitandone, con l'introduzione del comma 2-*bis* all'art. 267 c.p.p., l'applicabilità, in caso di intercettazione mediante captatore informatico, soltanto ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. La disposizione, francamente irragionevole, esclude dunque la possibilità di ricorrere alla procedura d'urgenza in caso di utilizzo di tale peculiare forma di intercettazione, senza tuttavia che sussistano ragioni fondate nel limitare tale facoltà, operando peraltro una iniqua disparità di disciplina rispetto alle altre modalità esecutive delle intercettazioni, della quale potrebbero profilarsi estremi di incostituzionalità.

Particolare attenzione è stata poi riposta in relazione ai **programmi informatici** da utilizzare ed alle procedure atte all'**installazione** ed alla **rimozione** dell'intrusore dal dispositivo elettronico portatile⁸⁶. I nuovi commi 2-*bis* segg. introdotti nell'art. 89 disp. att. c.p.p. prevedono che ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili possano essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia⁸⁷. Come noto, l'art. 268, comma 3, c.p.p. prescrive che le operazioni di

⁸⁶ La tematica è, per certi versi, innovativa posto che non è disciplinata dal codice l'attività propedeutica all'installazione delle tradizionali microspie atte a captare comunicazioni tra presenti, tanto che la giurisprudenza è dovuta intervenire in materia per ribadire che la collocazione delle apparecchiature in luoghi di privata dimora deve ritenersi implicitamente ammessa nel provvedimento che ha disposto l'intercettazione e che il pubblico ministero non è tenuto a precisare le modalità di intrusione (cfr. Cass. 13 febbraio 2013, n. 21644, Rv. 255541; *id.* 23 ottobre 2012, n. 44936, Rv. 254116; *id.* 25 settembre 2012, n. 41514, Rv. 253805; *id.* 31 gennaio 2011, n. 14547, Rv. 250032; *id.* 2 ottobre 2007, n. 38716, Rv. 238108; *id.* 9 dicembre 2003-dep. 28 maggio 2004, n. 24539, Rv. 230097).

⁸⁷ L'art. 7 del decreto legislativo in esame prevede che con decreto del Ministro della giustizia, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, siano stabiliti i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile. Tali requisiti tecnici sono stabiliti secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limitino all'esecuzione delle operazioni autorizzate. La prassi investigativo-giudiziaria ha mostrato che il continuo aggiornamento dei sistemi operativi degli *smartphones* e degli altri strumenti elettronici portatili da parte delle case produttrici, in una con la variegata platea di dispositivi presenti sul mercato, rendono estremamente complesso il tentativo di infettare il dispositivo in uso al bersaglio e alimentano, al contempo, una incessante rincorsa delle società di intercettazioni all'aggiornamento dei *virus* utilizzati per l'esecuzione delle operazioni: si auspica, a tal proposito, che l'emanando decreto tenga in debita considerazione le difficoltà succitate e non introduca né requisiti eccessivamente stringenti, che potrebbero



1/2018

intercettazione possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica⁸⁸, salva ovviamente la facoltà di remotizzazione del segnale per il solo ascolto presso le questure, commissariati, caserme e così via⁸⁹. Nel caso in cui gli impianti dell'ufficio requirente risultino insufficienti o inadeguati ed esistano eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria. Il successivo comma 3-bis stabilisce tuttavia che, quando si procede a intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, il pubblico ministero può disporre che le operazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati, posto che ovvie ragioni di contenimento della spesa pubblica e, al contempo, di efficienza nell'esecuzione delle operazioni, inducono ad affidare il servizio a società private esterne che siano in grado di garantire strumenti sempre aggiornati rispetto alla rapida evoluzione del mercato tecnologico⁹⁰. Si prevede ora, in proposito, che per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, l'ufficiale di polizia giudiziaria possa avvalersi di persone idonee con specifiche competenze tecniche, come consentito dall'art. 348, comma 4, c.p.p.: il riferimento è ovviamente ai tecnici delle citate società che gestiscono il servizio che collaborano con la polizia giudiziaria nella complessa fase di inoculazione (ma successivamente anche di disattivazione) del *virus* all'interno del bersaglio elettronico portatile. In ogni caso, 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 e, durante il trasferimento dei dati, sono operati costanti controlli di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato⁹¹. Tuttavia, quando risulti impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, i quali dunque vengono acquisiti dal captatore ma

rendere del tutto impraticabili le operazioni di inoculazione dei captatori informatici, né, al contempo, previsioni di tale dettaglio da esporsi al rischio di risultare, nel breve termine, non più aggiornate rispetto alla incontrollata evoluzione del mercato tecnologico. D'altra parte la problematica è nota anche al legislatore che, all'art. 1, comma 84, lett. e), n. 5) della legge delega n. 103/2017, pur mosso dalla preoccupazione di garantire che i programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo *standards* idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia, richiama proprio la fervida evoluzione tecnica che interessa la materia.

⁸⁸ In proposito, Cass., sez. un., 26 giugno 2008, n. 36359, Rv. 240395 opera la distinzione tra captazione che avviene necessariamente al di fuori dei locali della procura e registrazione, unica attività che invece deve svolgersi negli uffici del pubblico ministero a pena di inutilizzabilità delle comunicazioni o conversazioni acquisite ai sensi dell'art. 271, comma 1, c.p.p.

⁸⁹ Si vedano Cass. 21 gennaio 2015, n. 6846, Rv. 263430 e *id.* 13 marzo 2014, n. 17879, Rv. 260008.

⁹⁰ Peraltro, si ritiene sul punto che sia irrilevante, ai fini del rispetto del disposto di cui all'art. 268 c.p.p., che le operazioni si svolgano in procura con strumentazione appartenente a privati (si veda Cass. 19 dicembre 2014-dep. 22 gennaio 2015, n. 3137, Rv. 262485).

⁹¹ Cfr. art. 89, comma 2-ter, disp. att. c.p.p.

non immediatamente trasmessi al *server* della procura⁹², il verbale deve dare atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate. Tutte le cautele predisposte dal legislatore, evidentemente finalizzate ad evitare un indiscriminato ed incontrollato utilizzo del microfono del dispositivo elettronico portatile, aggravano tuttavia notevolmente l'impegno operativo della polizia giudiziaria delegata allo svolgimento delle operazioni e dei tecnici specializzati delle società di intercettazione, i quali dovranno costantemente aggiornare il verbale con dati precisi sullo svolgimento delle operazioni. D'altra parte, che il verbale in caso di intercettazione mediante agente intrusore richieda indicazioni aggiuntive è testimoniato dall'inserimento di un ulteriore periodo al primo comma dell'art. 89 disp. att. c.p.p., laddove si prevede che, oltre quanto già indicato, il verbale debba fare riferimento anche al tipo di programma impiegato ed ai luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni, al fine di consentire il controllo circa l'esecuzione delle operazioni secondo quanto previsto dall'emanando decreto del Ministro della giustizia e nei limiti fissati dal decreto autorizzativo del giudice. Il verbale deve infine indicare, come già anticipato, anche l'avvenuta operazione di disinstallazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi. In ogni caso, le citate disposizioni non sono prescritte, a differenza di quanto accade per le indicazioni fornite dall'art. 268, comma 3, c.p.p., a pena di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni acquisite, posto che la riforma non è intervenuta sul testo dell'art. 271, comma 1, c.p.p. il quale, così come in precedenza, non richiama quindi l'art. 89 disp. att. c.p.p. tra i casi di inutilizzabilità⁹³.

In ultimo, la riforma tocca anche la disciplina dei divieti di utilizzazione: anzitutto, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 271 c.p.p. rafforza la disciplina dell'**inutilizzabilità** delle intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge, stabilendo 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. Sul fronte della **circolazione extraprocedimentale** delle intercettazioni, si prevede, all'evidente scopo di contenere la giurisprudenza formatasi sulla formulazione dell'art. 270, comma 1, c.p.p.⁹⁴, che i risultati delle intercettazioni tra

⁹² Si pensi ad esempio al caso in cui l'acquisizione avvenga in un momento o in un luogo in cui il dispositivo elettronico non sia connesso alla rete mediante *wi-fi* e non sia nemmeno possibile trasmettere immediatamente il colloquio intercettato al *server* sfruttando la connessione dati dello *smartphone* infettato.

⁹³ In proposito si richiama la giurisprudenza secondo cui l'inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 89 disp. att. c.p.p. in tema di verbali e nastri delle intercettazioni non determina l'inutilizzabilità degli esiti dell'attività captativa legittimamente disposta ed eseguita (si veda Cass. 2 dicembre 2009-dep. 5 marzo 2010, n. 8836, Rv. 246377 e *id.* 17 settembre 2004, n. 49306, Rv. 229922).

⁹⁴ Si afferma che la nozione di identico procedimento, che esclude l'operatività del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 270 c.p.p., prescinde da elementi formali come il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, ma implica una valutazione di tipo sostanziale, con la conseguenza che il procedimento è considerato identico solo quando tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, alla base dell'autorizzazione, e quello dei reati per cui si procede vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico (cfr. *ex plurimis* Cass. 20 gennaio 2015, n. 26693, Rv. 264001; *id.*, sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, non massimata sul punto e *id.* 23 settembre 2014, n. 52503, Rv. 261971).

presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possano 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 di reato. È evidente come il nuovo comma 1-bis dell'art. 270 c.p.p. superi, quanto alla peculiare disciplina delle intercettazioni operate con agente intrusore, la giurisprudenza che consente l'utilizzo in procedimenti connessi o collegati, limitandone l'uso esclusivamente per il singolo o i singoli reati in relazione ai quali il giudice ha autorizzato le operazioni, determinando quindi anche la non estensibilità dei risultati probatori conseguiti ad ulteriori reati pur appartenenti al medesimo procedimento o allo stesso piano investigativo. In ogni caso, il riferimento a reati diversi da quelli per i quali sia stata emessa l'autorizzazione non sembrano poter mettere in discussione la giurisprudenza⁹⁵, che pur si è formata sul tenore del primo comma, secondo cui l'eventuale riqualificazione derubricativa del titolo di reato rispetto al quale è stata autorizzata l'intercettazione non pregiudica l'utilizzabilità dei risultati delle operazioni legittimamente disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime erano consentite, posto che, in tal caso, non sussiste il requisito di diversità che va necessariamente inteso in termini di alterità; né a diverse conclusioni pare potersi pervenire nel caso in cui la comunicazione intercettata costituisca corpo del reato⁹⁶.

4. Le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

L'obiettivo forse più lodevole della riforma era quello di semplificare le condizioni per l'impiego del prezioso strumento investigativo in esame nell'ambito di reati, quali quelli commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, particolarmente invisibili all'opinione pubblica ed, al contempo, molto spesso altrettanto insidiosi per l'eguale incriminabilità dei partecipi all'accordo criminoso che costituisce uno schermo insuperabile se non al prezzo del sacrificio dell'altrui segretezza delle comunicazioni.

Così il legislatore ha inteso equiparare la disciplina in tema di captazioni occulte dei reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione a quella tipica dei reati di criminalità organizzata e terrorismo, disponendo, nel testo dell'art. 6, che, nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica

Sull'argomento anche S. LONATI, [Sulla utilizzabilità di intercettazioni disposte per un determinato reato riguardo a fatti connessi o collegati per i quali le operazioni di ascolto non sarebbero ammissibili in via autonoma](#), in *questa Rivista*, 13 ottobre 2011.

⁹⁵ Cfr. Cass. 11 maggio 2011, n. 29647, non massimata; *id.* 20 ottobre 2009, n. 50072, Rv. 245699; *id.* 20 febbraio 2009, n. 19852, Rv. 243780.

⁹⁶ In proposito si veda, in particolare, Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32697, Rv. 259776. Sul tema, E. LORENZETTO, [L'intercettazione-corpo di reato e la breccia nel recinto dell'utilizzabilità](#), in *questa Rivista*, 22 settembre 2014.

amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni⁹⁷, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., si applicano le disposizioni di cui all'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203⁹⁸. L'indistinto rimando allo storico statuto delle intercettazioni in materia di criminalità organizzata, determina la completa applicabilità della norma cui si fa rinvio. La disciplina derogatoria prevede sei aspetti di specialità rispetto a quella ordinaria: i primi due attengono ai requisiti per l'autorizzazione alle operazioni, dovendosi a tal fine valutare, in luogo dei gravi indizi di reato e del requisito di indispensabilità del ricorso alle intercettazioni, i soli sufficienti indizi di reato⁹⁹ e la mera necessità del mezzo captativo. A questi si accompagna la facoltà dell'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto di farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria. Ancora, sul fronte della durata delle operazioni, essa – in luogo del tradizionale termine di quindici giorni – non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di venti giorni, qualora ne permangano i presupposti applicativi; peraltro, nei casi di urgenza, alla proroga può provvedere direttamente il pubblico ministero, secondo le disposizioni del comma 2 dell'art. 267 c.p.p. Ma il vero aspetto di profondo rilievo investigativo, a parere di chi scrive, attiene alle disposizioni relative alla disciplina delle intercettazioni tra presenti, che, com'è noto, scontano un forte limite dettato dalla loro impraticabilità normativa nei luoghi di privata dimora in assenza di alcun fondato motivo che porti a ritenere che ivi sia in corso di svolgimento l'attività criminosa: invero, non di rado appare dirimente la possibilità, finalmente accordata dalla novella in commento, di procedere agli ascolti delle conversazioni che avvengono, a commento di altri incontri o conversazioni difficilmente monitorabili, nei luoghi di lavoro privati o addirittura nelle abitazioni. La riforma ripropone, anche per i

⁹⁷ La disciplina, che richiama implicitamente l'art. 266, comma 1, lett. b), c.p.p., si applica quindi ai delitti previsti e puniti dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 325 e 326, comma 3, primo periodo, c.p. Giusto il caso di sottolineare che, in realtà, l'art. 266 richiamato, nel prevedere alla lett. b) una disciplina più favorevole all'impiego delle intercettazioni di quella disposta in via ordinaria alla precedente lett. a), rimanda genericamente ai reati contro la pubblica amministrazione; sarebbe stato quindi preferibile estendere la nuova normativa quantomeno anche ai delitti, ricompresi tra quelli commessi dai privati contro la pubblica amministrazione, di cui agli artt. 353, 353-bis e 356 c.p. Peraltro, la giurisprudenza ritiene che la valutazione del reato per il quale si procede, da cui dipende l'applicazione della disciplina ordinaria ovvero quella speciale per la criminalità organizzata va fatta con riguardo all'indagine nel suo complesso e non con riferimento alla responsabilità di ciascun indagato (cfr. Cass. 6 aprile 2017, n. 28252, Rv. 270565; *id.* 4 marzo 2016, n. 26817, Rv. 267889): l'orientamento appare certamente estensibile anche ai reati contro la pubblica amministrazione, anche in considerazione del fatto che l'art. 6, comma 1, del decreto in esame fa riferimento ai "procedimenti" per i reati di pubblica amministrazione e non alle singole ed autonome posizioni di coloro che, a vario titolo, vengono coinvolti nell'indagine.

⁹⁸ Tale disciplina era già stata estesa, in precedenza, ai delitti previsti dagli artt. 270-ter e 280-bis c.p. e ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4, c.p.p. (ad opera dell'art. 3 decreto-legge 18 ottobre 2001, n. 374, conv. con modif. dalla legge 15 dicembre 2001, n. 438) nonché, successivamente, ai delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, c.p. e dall'art. 3 legge 20 febbraio 1958, n. 75 (in tal caso ad opera dell'art. 9 legge 11 agosto 2003, n. 228).

⁹⁹ Comunque ferma la previsione, per espressa previsione di legge, di cui all'art. 203 c.p.p.



1/2018

richiamati reati di pubblica amministrazione, la possibilità di attivare gli ascolti nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. pur quando non vi sia motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa. Va tuttavia precisato che il rimando non è integrale, posto che l'art. 6 del decreto in commento specifica, al secondo comma, che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. 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: le forse eccessive cautele mostrate dal legislatore in ordine alla normazione dell'agente intrusore hanno determinato quindi l'insorgenza di una terza disciplina delle intercettazioni, a metà strada tra quella ordinaria e quella speciale per reati di criminalità organizzata e terrorismo, ai quali la limitazione appena citata non si applica. Tale disciplina a mezza via, valevole, come si è appena visto per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, appare, in virtù delle considerazioni già espresse, estensibile anche ai procedimenti comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere seppur diversa da quelle richiamate all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., per i quali infatti, da un lato, si applicano le disposizioni di cui all'art. 13 del citato d.l. n. 152/1991 in forza di quanto indicato da Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889¹⁰⁰, ma dall'altro non si applica la più estensiva disciplina del nuovo comma 2-bis dell'art. 266 c.p.p. che fa esclusivo richiamo al solo art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. Circa la concreta disciplina applicabile, va quindi osservato che l'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora, in tema di più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, può essere liberamente eseguita utilizzando le tradizionali forme captative mediante sonde da collocare fisicamente nei luoghi monitorandi; al contrario, è limitata alla sussistenza di fondati motivi di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa, qualora si intenda operare l'ascolto mediante l'attivazione del microfono di un dispositivo elettrico portatile.

5. Riflessione conclusiva.

Complessivamente la riforma interviene, come si è avuto modo di illustrare in queste pagine, anzitutto sui delicati rapporti tra esigenze d'indagine e di contrasto alla criminalità, garanzie connesse al diritto di difesa e tutela della sfera di riservatezza, tanto dei soggetti direttamente coinvolti nel procedimento, con particolare riguardo alle conversazioni irrilevanti ed ai dati c.d. sensibili, tanto di coloro che risultino invece del tutto estranei alle investigazioni. Ben lungi dall'intento di incidere sui poteri d'indagine del pubblico ministero, che anzi risultano decisamente dilatati – con un intervento che merita certamente un particolare plauso al legislatore – con riguardo alla delicata materia dei più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, tanto nella semplificazione delle condizioni di impiego delle captazioni quanto specialmente nella preziosa risorsa investigativa delle intercettazioni

¹⁰⁰ Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, Rv. 266906, cit.



1/2018

ambientali svincolate, quanto ai luoghi domiciliari, dall'impervio requisito dell'attualità della condotta criminosa, la riforma interviene, alla ricerca del ragionevole punto d'incontro di esigenze difficilmente conciliabili, nel disciplinare casi e modi delle trascrizioni in vista delle richieste al giudice di selezione del materiale intercettivo e della successiva acquisizione delle risultanze di rilievo, purché utilizzabili, nel fascicolo del pubblico ministero: una disciplina, certamente ben congegnata che tuttavia, come si è potuto mostrare, difetta talora tanto di precisione quanto addirittura di espressa previsione di alcuni momenti fondamentali, così da consegnare agli interpreti un nuovo complesso normativo che, necessariamente, assumerà forma propria soltanto all'esito della indispensabile plasmazione interpretativa che ne dovranno fare dottrina e giurisprudenza. Accanto a tale disciplina si inserisce quella propria della tanto discussa intercettazione mediante captatore informatico inoculato su dispositivo elettronico mobile, che, pur nel merito di prevederne l'impiego anche per delitti di criminalità comune, superando così il deludente approccio del giudice della nomofilachia, risulta eccessivamente timida nel condizionare l'impiego di una tanto preziosa risorsa investigativa, in un'epoca in cui si assiste – a fronte dello spopolare di sempre nuove forme di comunicazioni criptate – al progressivo declino delle intercettazioni telefoniche tradizionali, a rigidi paletti autorizzativi ed esecutivi che, in una con l'irragionevole compressione della relativa circolazione extraprocedimentale, finiscono per limitarne oltremodo la fattibilità e la stessa utilità pratica.

In sintesi e conclusivamente, per utilizzare le parole spese dal presidente dell'Associazione nazionale magistrati in occasione del commento a margine del nuovo testo di riforma¹⁰¹, si poteva sicuramente fare di meglio.

¹⁰¹ Cfr. *Intercettazioni, Albamonte: troppo potere a polizia giudiziaria*, 29 dicembre 2017, in www.associazionemagistrati.it.