

INTERCETTAZIONI: INDIETRO TUTTA!

Leonardo Filippi



1. Introduzione

La “riforma Orlando” in materia di intercettazioni, che aveva scontentato pubblici ministeri, avvocati e giornalisti, è stata sostanzialmente abrogata dal d.-l. 30 dicembre 2019, n. 161. Il testo ora all’esame delle Camere per la conversione in legge ritorna opportunamente alla previgente disciplina, ma con un’incisiva e rafforzata custodia delle registrazioni a tutela della riservatezza su fatti e circostanze non rilevanti per le indagini.

Il percorso legislativo è stato alquanto lungo e accidentato, dal momento che la “riforma Orlando” in materia di intercettazioni, fu introdotta dal d.lgs. n. 216/2017 ma ne fu rinviata per tre volte l’entrata in vigore ed ora il d.-l. n. 161/2019 la differisce ancora al 1 marzo 2020. Ciò non deve però meravigliare perché non è altro che la conseguenza della attuale instabilità politica, che porta a scelte, anche normative, estremamente mutevoli e talvolta addirittura opposte.

2. I casi di intercettazione

Il decreto-legge non incide sull’art. 266 c.p.p. e quindi non modifica i casi di intercettazione telefonica, nè quelli di intercettazione tra presenti, la quale ultima può essere eseguita anche mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. L’impiego del *virus trojan* è quindi ammesso per tutti i reati suscettibili di intercettazione e ciò comporta che tale invasivo mezzo entra a far parte di diritto tra gli ordinari strumenti di intercettazione ed è veramente paradossale che proprio un provvedimento che si propone di tutelare la riservatezza abbia poi ammesso un impiego così ampio (cioè per tutti i reati suscettibili di intercettazione) del captatore informatico, uno strumento che, captando comunque le voci di chiunque si intrattenga con il suo portatore, di qualunque argomento parli e ovunque si trovi, persino negli sconosciuti domicili altrui, è l’antitesi della *privacy*.

Come in passato, una tutela rafforzata è prevista per le intercettazioni domiciliari, per cui, quando le comunicazioni avvengono nel domicilio, l’intercettazione è consentita solo se vi è “fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa” (art. 266, comma 2, c.p.p.).

Un’eccezione è però prevista nei procedimenti per i delitti di cui all’art. 51, commi 3-bis (reati di criminalità organizzata mafiosa) e 3-quater, c.p.p. (delitti di criminalità organizzata con finalità di terrorismo) e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell’art. 4 c.p.p. In tali casi l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile “è sempre consentita”, cioè a prescindere dal fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa (art. 266, comma 2-bis, c.p.p.).

Sono rimasti immutati anche i casi di intercettazione informatica e telematica (art.266-bis c.p.p.).

3. I requisiti tecnici del *virus trojan*

L'art. 2, commi 3,4, 5 e 6, d.-l. n. 161/2019 stabilisce che con decreto del Ministro della giustizia sono stabiliti i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile. I 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. Con decreto del Ministro della giustizia, non avente natura regolamentare, adottato sentito il Garante per la protezione dei dati personali, sono fissati i criteri a cui il Procuratore della Repubblica si attiene per regolare le modalità di accesso all'“archivio delle intercettazioni”, di cui all'art. 89-bis disp. att. c.p.p., nonché di consultazione e richiesta di copie, a tutela della riservatezza degli atti ivi custoditi. Con decreto del Ministro della giustizia, adottato previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, sono stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili possono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia (art. 89, comma 2, disp. att. c.p.p.). Nei casi previsti dal comma 2 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 nell'archivio digitale delle intercettazioni. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso (art. 89, comma 3, disp. att. c.p.p.). Quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale delle operazioni di intercettazione deve dare atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate (art. 89, comma 4, disp. att. c.p.p.). Al termine delle operazioni si provvede, anche mediante le “persone idonee” di cui all'art. 348 c.p.p., alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi e dell'operazione si deve dare atto nel verbale (art. 89, comma 5, disp. att. c.p.p.).

4. I presupposti dell'autorizzazione all'intercettazione

Come in passato, il Pubblico Ministero resta il “monopolista” della richiesta al Giudice per le indagini preliminari dell'autorizzazione a disporre le operazioni di intercettazione. Al difensore continua invece ad

essere negata la legittimazione alla richiesta, anche se talvolta potrebbe avere interesse a fini difensivi. L'autorizzazione del G.I.P. è data con decreto motivato in presenza dei due noti presupposti: i "gravi indizi di reato" (e non di colpevolezza) e che l'intercettazione sia "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini".

Il decreto del G.I.P. che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità operativa per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., e dai delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., anche "i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono" (art. 267, comma 1, c.p.p.).

Nei "casi di urgenza", cioè quando vi è "fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini", il Pubblico Ministero può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p. A tal fine indica, oltre i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono del captatore informatico, le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice. Il decreto d'urgenza è trasmesso al Giudice per le indagini preliminari, che, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del Pubblico Ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati (art. 267, comma 2-bis, c.p.p.).

In apposito "registro riservato" gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni (art. 267, comma 5, c.p.p.).

5. La documentazione delle operazioni

Come in passato, resta l'obbligo della duplice documentazione dell'attività di intercettazione, cioè sia con la registrazione delle comunicazioni, sia con la verbalizzazione delle operazioni di intercettazione (art.268, comma 1, c.p.p.). Nel verbale delle operazioni deve essere trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate: si tratta dei cosiddetti "brogliacci d'ascolto" che hanno soltanto una finalità

riassuntiva e non certo documentativa del contenuto delle comunicazioni, dal momento che la prova di tale contenuto si trova esclusivamente nelle registrazioni stesse (art. 268, comma 2, c.p.p.).

Al P.M. è prescritto di “dare indicazioni e vigilare” affinché nei verbali non siano riportate “espressioni lesive della reputazione delle persone nè quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini”. Pertanto, spetta soltanto al P.M. (anche se sarebbe stata più opportuna la valutazione del Giudice per le indagini preliminari, quale garante delle indagini) stabilire se il carattere delle conversazioni intercettate sia offensivo o meno della reputazione delle persone, anche se sottoposte alle indagini. Com'è noto, i dati personali definiti “sensibili” dalla legge sono quelli prima indicati dall'art. 4, comma 1 lett.d), d. lgs. 30.6.2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) ed ora definiti “categorie particolari di dati personali”, previsti dall'art. 9 del Regolamento U.E. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, che vieta di “trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi ad identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona” (Regolamento U.E. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), attuato in Italia dal d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101).

E' però previsto che, se le espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle riguardanti dati personali sensibili sono rilevanti ai fini delle indagini, devono comunque essere riportate nel verbale, prevalendo l'interesse all'accertamento dei fatti sulla onorabilità della persona e sulla riservatezza (art. 268, comma 2-bis, c.p.p.).

Il verbale delle operazioni di intercettazione contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione, nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni. Quando si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il verbale indica il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni (art. 89, comma 1, disp. att. c.p.p.).

6. Gli impianti di intercettazione

Come in passato, al fine di garantire la legittimità delle operazioni di intercettazione, queste possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli “impianti installati nella Procura della Repubblica”. Tuttavia,

quando tali impianti risultano “insufficienti o inadeguati ed esistono 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 (art. 268, comma 3, c.p.p.). Le Sezioni unite della suprema Corte hanno ridimensionato la prescrizione legislativa, affermando che condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la “registrazione” - che consiste nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (*server*), dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico - sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di “ascolto”, verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria (Cass., Sez. un., 26.6.2008, Carli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 30).

Quando invece 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”.

Specifica attenzione è dedicata alle operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, per le quali, data la particolare difficoltà tecnica, l'ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi quali ausiliari di polizia giudiziaria di “persone idonee” di cui all'art. 348, comma 4, c.p.p. (art. 268, comma 3-bis, c.p.p.).

7. Il deposito “ordinario” dopo concluse le intercettazioni presso l' “archivio delle intercettazioni” di tutti i decreti, verbali e registrazioni

E' prescritto che, immediatamente dopo la cessazione delle operazioni di intercettazione, tutti i verbali e le registrazioni debbano essere trasmessi al P.M. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, tali verbali e registrazioni devono essere depositati presso l'“archivio delle intercettazioni”, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione. La norma, pur nella sua apparente perentorietà, è però priva di sanzioni processuali e ripete la previgente disciplina, regolarmente disattesa dalla giurisprudenza, per cui è facile prevedere che tale *lex imperfecta* sortirà la stessa fine, con la sua regolare disapplicazione. E' il Pubblico Ministero a stabilire la durata del deposito per i difensori degli indagati, anche se questi ultimi possono chiedere al G.I.P. una proroga (art. 268, comma 4, c.p.p.). Tuttavia, sarebbe stato certamente più opportuno che fosse il Giudice per le indagini preliminari, quale organo garante della legittimità della fase, anziché del P.M. a stabilire la durata del deposito a fini difensivi.

8. Il deposito “anticipato” delle sole registrazioni, decreti e verbali posti a base dell'ordinanza cautelare

Com'è noto, per effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 268 c.p.p. da parte della sentenza n.

336/2008 della Corte costituzionale, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore può ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate, in quanto l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse e per esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali (Corte cost. n. 336/2008). In materia sono intervenute le Sezioni unite della suprema Corte, che hanno risolto un contrasto giurisprudenziale chiarendo, anzitutto, che la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi dell'art. 268, comma 4, c.p.p. alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, deve essere presentata al Pubblico Ministero e non al Giudice per le indagini preliminari che ha emesso il provvedimento cautelare. Le stesse Sezioni unite hanno aggiunto che la menzionata richiesta del difensore determina l'obbligo per il Pubblico Ministero di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale *de libertate*, obbligo il cui inadempimento può dar luogo a responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M. (in motivazione, la Corte ha precisato che, al fine di porre il Pubblico Ministero in grado di adempiere tale obbligo, è del pari necessario che la richiesta del difensore venga tempestivamente proposta rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali). Infine le Sezioni unite hanno affermato che l'ingiustificato rifiuto da parte del P.M. di consegnare al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni poste a base della misura cautelare, non inficia l'attività di ricerca della prova ed il risultato probatorio, in sé considerati, ma determina - a causa della illegittima compressione del diritto di difesa - una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, comma 1 lett. c), c.p.p., pertanto soggetta alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p. Di conseguenza, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame (ed il tribunale non abbia potuto acquisire d'ufficio il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p.), il giudice non può utilizzare le suddette registrazioni come prova. La Corte ha altresì precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni testè indicate, non preclude al P.M. la possibilità di reiterare la richiesta ed al G.I.P. di accogliere la nuova richiesta, se corredata dal relativo supporto fonico (Cass., Sez. un., 22. 4. 2010, Lasala e Ciani, n.20300, in *Cass. pen.*, 2011, p. 461).

9. Il deposito "tardivo" non oltre la chiusura delle indagini preliminari

Come in passato, il Giudice per le indagini preliminari può autorizzare il Pubblico Ministero a ritardare il deposito per i difensori non oltre la chiusura delle indagini preliminari se dal deposito può derivare un "grave pregiudizio per le indagini" (art. 268, comma 5, c.p.p.). Anche sul punto è facile profezia prevedere che, come accadeva in passato, il ritardato deposito diventerà la regola.

10. L'intervento della difesa

Essendo l'intercettazione un atto "a sorpresa", il diritto di difesa opera soltanto dopo terminate le operazioni di intercettazione. Pertanto, il P.M. deve dare immediato avviso "ai difensori dell'imputato" [*rectius*, persona sottoposta alle indagini] che, entro il termine fissato dallo stesso P.M. per il deposito o entro quello prorogato dal G.I.P., hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti e ascoltare tutte le registrazioni ovvero di prendere cognizione di tutti i flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, depositati nell'"archivio delle intercettazioni" (non essendo ancora selezionate le comunicazioni o conversazioni da acquisire) (art. 268, comma 6, c.p.p.). Resta il dubbio se i difensori possano ascoltare per via telematica le registrazioni o se tale modalità telematica è riservata all'esame degli atti. Certamente sarebbe più agevole per i difensori un ascolto per via telematica, anche se ciò comporterebbe il rischio di diffusione illecita delle registrazioni stesse.

L'eventuale omissione o ritardo nella notifica dell'avviso di deposito darebbe luogo ad una nullità generale, a regime intermedio, afferente all'"intervento e all'assistenza" dell'imputato.

Ignorati, invece, ancora una volta, i difensori della persona offesa, che non hanno alcun diritto in materia di intercettazioni.

11. L'accesso all' "archivio delle intercettazioni"

Il d.l. n. 161/2019 ha sostituito l'art. 89-bis disp. att. c.p.p. che ora prevede che nell' "archivio digitale" istituito dall'art. 269, comma 1, c.p.p., tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore, sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono. L'archivio è gestito con modalità tali da garantire la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia. Il Procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

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

I "difensori delle parti" (*rectius*, degli indagati) possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma

degli artt. 268 e 415-bis c.p.p. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia (art. 89-bis disp. att. c.p.p.).

12. La selezione “ordinaria” delle conversazioni utilizzabili e rilevanti

Scaduto il termine stabilito per il deposito “ordinario” di verbali e registrazioni, il G.I.P. procede all’“udienza stralcio”, alla quale il Pubblico Ministero e i difensori hanno diritto di partecipare per procedere allo stralcio e devono essere avvisati almeno ventiquattro ore prima. Il testo della norma non sembra però prescrivere in ogni caso un’udienza camerale, lasciando aperta anche la possibilità che possa anche non tenersi un’udienza ed essere sostituita dalla indicazione cartolare al G.I.P, da parte del P.M. e dei difensori, delle comunicazioni o conversazioni utilizzabili e rilevanti. In esito a tale indicazione, il G.I.P. dispone l’acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti (nel testo originario dell’art. 268, comma 6, c.p.p., così come in quello introdotto dal d.lgs. n. 216/2017 il parametro era rappresentato dalla “manifesta irrilevanza”, per cui ora si chiede al giudice un maggior impegno valutativo) procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l’utilizzazione e di quelli che riguardano “categorie particolari di dati personali”, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. Quest’ultima indicazione di “categorie particolari di dati personali” non era prevista nel testo originario, mentre era già contemplata nel d.lgs. n. 216/2017 (art. 268, comma 6, c.p.p.).

13. La selezione “tardiva” dopo l’avviso di conclusione delle indagini e prima dell’udienza preliminare

Il momento ultimo per espletare la selezione delle conversazioni utilizzabili e rilevanti e la perizia trascrittiva è quello dell’avviso di conclusione delle indagini. Infatti, se alla trascrizione non si è proceduto dopo concluse le operazioni di intercettazione, si deve necessariamente procedere dopo l’avviso di conclusione delle indagini e prima dell’udienza preliminare.

Pertanto, qualora non si sia proceduto alla selezione e alla trascrizione ai sensi dell’art. 268, commi 4, 5 e 6, c.p.p. l’avviso di conclusione delle indagini contiene anche l’avvertimento che l’indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l’elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. E’ previsto che sull’istanza provveda il Pubblico Ministero con decreto motivato e, in caso di rigetto dell’istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore possa

avanzare istanza al Giudice per le indagini preliminari affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268, comma 6, c.p.p. La disciplina è contorta e irrazionale perchè attribuisce la decisione sulle prove della difesa alla controparte, mentre il potere decisorio spetta ovviamente al giudice (art. 415-bis, comma 2-bis, c.p.p.).

Inoltre, la norma è priva di sanzione processuale, per cui vi è da temere una prassi di fatto abrogativa, come già è accaduto sotto il previgente sistema processuale, che già prescriveva la trascrizione dopo la conclusione delle operazioni di intercettazione ma tale perizia veniva solitamente compiuta a dibattimento e persino in grado d'appello (art. 415-bis, comma 2-bis, c.p.p.).

14. La perizia trascrittiva “ordinaria”

Molto opportunamente la trascrizione delle registrazioni non avviene più in dibattimento (com'era previsto dall'art. 493-bis c.p.p., introdotto dal d. lgs. n. 216/2017), ma, come si è visto, dopo concluse le operazioni di intercettazione e, tutt'al più, dopo l'avviso di conclusione delle indagini (art. 242 c.p.p.).

Come in passato, il G.I.P. dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando “le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie”.

Una volta depositata la perizia trascrittiva, i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto. Invece, in caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (art. 268, comma 8, c.p.p.). Trascrizioni o stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento (art. 268, comma 7, c.p.p.)

15. La perizia trascrittiva “tardiva”

L'art. 268, comma 7, c.p.p. prescrive la perizia trascrittiva “anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431”, per cui incombe anche sul G.U.P. l'obbligo di disporre la perizia immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, allorchè provvede, nel contraddittorio delle parti, alla formazione del fascicolo per il dibattimento. In questo modo, si sfruttano opportunamente per l'espletamento della perizia i tempi morti tra l'emissione del decreto che dispone il giudizio e l'apertura del dibattimento. Al G.U.P. è quindi attribuita una competenza funzionale per la trascrizione che perdura anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio. Al termine delle operazioni peritali le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento (art. 268, comma 7, c.p.p.).

16. Conservazione della documentazione

I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente nell' apposito "archivio delle intercettazioni", che è gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni. Non è più un archivio "riservato", nel senso che ad esso hanno accesso il Giudice per le indagini preliminari e i "difensori dell'imputato" (*rectius*, della persona sottoposta alle indagini) per l'esercizio dei loro diritti e facoltà, i quali possono ascoltare (ma non estrarre copia) tutte le conversazioni o comunicazioni registrate, proprio per accertarsi della legittimità delle intercettazioni, del contenuto delle conversazioni e procedere alla selezione di quelle rilevanti (art. 269, comma 1, c.p.p.).

Salvo quanto previsto dall'art. 271, comma 3, c.p.p. per la distruzione delle registrazioni inutilizzabili, le altre registrazioni sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione. Tuttavia gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al Giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione. Lo stesso giudice decide in camera di consiglio a norma dell'art. 127 c.p.p. (art. 269, comma 2). La distruzione, nei casi in cui è prevista, viene eseguita sotto controllo del giudice, redigendo verbale dell'operazione (art. 269, comma 3, c.p.p.).

17. Utilizzazione in altri procedimenti

E' rimasta inalterata la regola per cui i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti. Confermata anche l'eccezione che consente di utilizzare i risultati delle intercettazioni quando risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270, comma 1, c.p.p.).

Tuttavia un'importante deroga è posta per il *virus trojan*. Infatti, si stabilisce che, fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se si tratta di delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., o di delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p. (art. 270, comma 1-bis, c.p.p.).

Pertanto, per i reati di criminalità organizzata mafiosa, terroristica o contro la pubblica amministrazione il legislatore ha autorizzato una vera e propria "pesca a strascico" mediante il captatore informatico. Infatti, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con il *virus trojan* possono essere utilizzati anche per la

prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se suscettibili di intercettazione, cioè compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma 2-bis, c.p.p. In questo modo, viene ignorato persino il principio affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione per cui il divieto di cui all'art. 270 c.p.p. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 c.p.p. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge» (Cass., Sez. un., u.p. 28 novembre 2019, ric. Cavallo). Secondo la disciplina introdotta dal decreto-legge, invece, gli esiti dell'intercettazione sono utilizzabili per qualsiasi reato captato attraverso il *virus trojan*, anche se non connesso con quello per il quale l'intercettazione è stata disposta. Insomma, si è realizzato proprio ciò che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 64/1994, paventava e denunciava allorchè precisava che la *ratio* del divieto di "utilizzazione trasversale" dei risultati dell'intercettazione risiede nella considerazione che sul diverso procedimento manca la garanzia del previo intervento del giudice, col rischio che l'autorizzazione diventi una "inammissibile autorizzazione in bianco" ad eseguire intercettazioni, così implicitamente chiarendo che il divieto riguarda i "fatti" diversi, e non i "procedimenti" diversi, da quello per il quale l'autorizzazione è intervenuta (Corte cost. n.63/1994).

18. Le intercettazioni delle comunicazioni dei servizi di sicurezza

E' rimasto inalterato l'art. 270-bis c.p.p. che disciplina le comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza.

19. Divieti di utilizzazione

Rimane inalterata la disciplina per cui i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p. (art. 271, comma 1, c.p.p.).

E' prescritta "in ogni caso" l'inutilizzabilità dei 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 (art. 271, comma 1-bis, c.p.p.).

Non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone tutelate dal segreto professionale ex art. 200, comma 1, c.p.p. quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati (art. 271, comma 2, c.p.p.). In ogni stato e grado del processo il

giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni previste dai commi 1, 1-bis e 2 dello stesso art. 271 c.p.p. sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato (art. 271, comma 3, c.p.p.).

20. Divieto di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni

Secondo il decreto-legge è pubblicabile soltanto il contenuto delle intercettazioni acquisite, perché ritenute dal G.I.P. non irrilevanti, non vietate né riguardanti categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. Al contrario deve ritenersi vietata la pubblicazione dei “brogliacci d’ascolto” e di qualsiasi altro atto riprodotto il contenuto di intercettazioni non acquisite. In questo modo il legislatore ha fatto una precisa scelta di campo in favore della riservatezza, vietando la pubblicazione delle registrazioni che, pur essendo processualmente irrilevanti, sono di interesse pubblico e questa scelta non mancherà di far gridare agli organi di informazione che si è attuato un “bavaglio alla stampa” (art. 114 c.p.p.).

21. Procedimento applicativo di misura cautelare

Nel procedimento applicativo di misura cautelare il P.M., indicando al giudice gli elementi sui quali egli basa la sua richiesta di misura cautelare, non presenta più i verbali nei quali è sommariamente trascritto il contenuto delle comunicazioni intercettate (i cosiddetti “brogliacci d’ascolto”), come era stato previsto dal d. lgs. n. 216/2017. Secondo il decreto-legge, se si è già proceduto alla trascrizione, dovrà allegare la relazione peritale e, in mancanza di perizia, le registrazioni, in modo che il Giudice per le indagini preliminari possa ascoltarle (art. 291 c.p.p.).

22. Adempimenti esecutivi dopo l’ordinanza cautelare

Il difensore dell’imputato o della persona sottoposta alle indagini, dopo l’esecuzione o la notificazione dell’ordinanza che ha disposto la custodia cautelare o altra diversa misura, riceve notifica dell’avviso di deposito dell’ordinanza stessa, ma non ha diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, né alla trasposizione, su idoneo supporto, delle relative registrazioni (come aveva previsto il d.lgs. n. 216/2017) (art. 293, comma 3, c.p.p.). Come si è già detto, per effetto della sentenza n. 336/2008 della Corte costituzionale, il difensore può però ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare, anche se non ancora depositate.

23. Le intercettazioni per la ricerca del latitante

Anche per le intercettazioni disposte al fine di agevolare le ricerche del latitante, si applicano “ove possibile”, le disposizioni dettate dagli artt. 268, 269 e 270 c.p.p. per le intercettazioni ai fini della prosecuzione delle

indagini (art. 295, comma 3, c.p.p.).

24. Le intercettazioni come attività integrativa del G.U.P.

In udienza preliminare, l'attività integrativa del giudice riguardante intercettazioni di comunicazioni o conversazioni non è esplicitamente disciplinata ma, pur non essendo prevista la trascrizione, questo è l'unico modo legittimo per dare ingresso al contenuto delle registrazioni. L'alternativa potrebbe essere che il giudice ascolti le registrazioni, ma non è certo ammissibile che decida sulla base dei "brogliacci d'ascolto" (art. 422 c.p.p.).

25. Le intercettazioni nel giudizio immediato

Il Pubblico Ministero, presentando al G.I.P. richiesta di giudizio immediato, qualora non si sia già proceduto alla selezione e trascrizione ai sensi dell'art. 268 c.p.p., deve depositare l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti per l'accusa ai fini di prova. Da parte sua il difensore, entro quindici giorni dalla notifica della richiesta del P.M., può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni da lui ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Per selezionare le registrazioni ritenute utili alla difesa, il difensore può accedere all'archivio delle intercettazioni (art. 454, comma 2-bis, c.p.p.).

26. La disciplina "speciale" in materia di intercettazioni

In ordine alle deroghe alla disciplina ordinaria, va ricordato che l'art. 2, comma 7, d.-l. n. 161/2019 ha completamente equiparato i reati dei "colletti bianchi" alla criminalità organizzata, per cui nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p., si applicano le disposizioni di cui all'art. 13 d.-l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con mod. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203.

L'art. 13 citato, che originariamente si riferiva solamente alle indagini «in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono», ha introdotto una disciplina speciale, che apporta diverse deroghe rispetto alla disciplina ordinaria. Inoltre la disciplina speciale è stata progressivamente estesa. Infatti l'art. 3, comma 1, d.l. 18.10. 2001, n. 374, conv., con mod., dalla l. 15.12.2001, n. 438, estende l'applicabilità del citato art. 13 ai procedimenti per i delitti previsti dagli artt. 270-ter e 280-bis c.p. e per quelli di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) n. 4. Successivamente l'art. 9 l. 11.8.2003, n. 228 (Misure contro la tratta di persone) prescrive l'applicazione del menzionato art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, ai procedimenti per i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione prima, c.p., cioè ai delitti contro la personalità individuale di cui agli artt.

600-604 c.p. nonché dall'art. 3 l. 20.2.1958, n. 75, che ha sostituito gli artt. 531 e 536 c.p. in materia di delitti in materia di sfruttamento dell'altrui prostituzione. L'art. 13 citato aveva fatto sorgere molte perplessità proprio per l'incertezza che regnava sull'individuazione dei delitti di "criminalità organizzata". Alla categoria dei delitti di minaccia col mezzo del telefono e di "criminalità organizzata", intesi, questi ultimi, estensivamente, come si è visto, come riferiti ai delitti di cui agli artt. 51, comma 3-*bis* e 372, comma 1-*bis*, c.p.p., la l. 15.12.2001, n. 438, ha aggiunto il delitto, di nuovo conio, di assistenza agli associati di cui all'art. 270 *ter* c.p. e che punisce l'"assistenza agli associati" delle associazioni sovversive, di quelle con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico, nonché i delitti di cui all'art. 407 c. 2 lett. a) n. 4. Ancora l'art. 6, comma 1 (Disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), della l. 9 gennaio 2019, n. 3, dopo l'interpolazione del d.-l. n. 161/2019, stabilisce che «Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.». In questo modo l'elenco dei reati che fruiscono della deroga ai presupposti ordinari in tema di intercettazioni si allunga eccessivamente e l'eccezione diventa sempre più la regola, sacrificando in modo irragionevole la segretezza delle comunicazioni tutelata dall'art. 15 Cost. Sono intervenute le Sezioni Unite, che hanno affermato (sia pure in riferimento alla mancata sospensione dei termini processuali nel periodo feriale prevista dall'art. 240-*bis* disp. coord. c.p.p.) che la nozione di "criminalità organizzata" deve intendersi riferibile non solo ai reati di criminalità mafiosa ed assimilata e ai delitti associativi previsti da norme incriminatici speciali, ma anche a qualsiasi tipo di "associazione per delinquere", ex art. 416 c.p., correlata alle attività criminose più diverse, con l'ovvia esclusione del mero concorso di persone nel reato, atteso che in tali ipotesi manca il requisito dell'organizzazione (Cass., Sez. un., 11.5.2005, Petrarca ed altri, *Cass.pen.*, 2005, p. 2916); nello stesso senso di includere anche il delitto di cui all'art. 416 c.p. tra i reati di criminalità organizzata v., pure Cass., Sez. un. 28.4.2016, Scurato, che intende per "delitti di criminalità organizzata, anche terroristica" quelli "elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c. p. p., nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato".

La prima deroga alla disciplina ordinaria riguarda, anzitutto, i presupposti dell'autorizzazione: infatti l'autorizzazione ad eseguire intercettazioni viene concessa allorché le stesse appaiano «necessarie» (non «indispensabili») in presenza di «sufficienti» (e non «gravi») indizi di reato, «per lo svolgimento delle indagini» (e non per «la prosecuzione»).

La seconda deroga consiste nel fatto che è previsto un termine di durata di quaranta giorni (e non quindici)

con successive proroghe di venti giorni (e non di quindici).

Ulteriore deroga è rappresentata dalla previsione che nei «casi d'urgenza» provvede lo stesso P.M. alla proroga dell'intercettazione, dovendosi poi osservare le disposizioni dell'art. 267, comma 2, c.p.p. per la convalida (art. 13, comma 2, d.l. 13.5.1991, n. 152, conv. dall'art. 1 l. 12.7.1991, n. 203).

Ancora altra deroga alla disciplina ordinaria consiste nel fatto che l'intercettazione nel domicilio è consentita anche se non vi è «fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa» (art. 13, comma 1, d.l. 13.5.1991, n. 152, cit.).

Infine ultima deroga consiste nel fatto che il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria possono farsi coadiuvare, nelle operazioni di intercettazione, da agenti di polizia giudiziaria.

27. Le intercettazioni preventive

Non è stato modificato l'art. 226 disp. coord. c.p.p. (Intercettazione e controlli preventivi sulle comunicazioni), secondo il quale il Ministro dell'interno o, su sua delega, i responsabili dei Servizi centrali di cui all'articolo 12 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché il questore o il comandante provinciale dei Carabinieri e della Guardia di finanza, richiedono al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui si trova il soggetto da sottoporre a controllo ovvero, nel caso non sia determinabile, del distretto in cui sono emerse le esigenze di prevenzione, l'autorizzazione all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni, anche per via telematica, nonché all'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti anche se queste avvengono nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale quando sia necessario per l'acquisizione di notizie concernenti la prevenzione di delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4 e 51, comma 3-bis, del codice, nonché di quelli di cui all'articolo 51, comma 3-quater, del codice, commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche. Il Ministro dell'interno può altresì delegare il Direttore della Direzione investigativa antimafia limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice (comma 1).

Il procuratore della Repubblica, qualora vi siano elementi investigativi che giustifichino l'attività di prevenzione e lo ritenga necessario, autorizza l'intercettazione per la durata massima di giorni quaranta, prorogabile per periodi successivi di giorni venti ove permangano i presupposti di legge. L'autorizzazione alla prosecuzione delle operazioni è data dal pubblico ministero con decreto motivato, nel quale deve essere dato chiaramente atto dei motivi che rendono necessaria la prosecuzione delle operazioni (comma 2).

Delle operazioni svolte e dei contenuti intercettati è redatto verbale sintetico che, unitamente ai supporti

utilizzati, è depositato presso il procuratore che ha autorizzato le attività entro cinque giorni dal termine delle stesse. Il predetto termine è di dieci giorni se sussistono esigenze di traduzione delle comunicazioni o conversazioni. Il procuratore, verificata la conformità delle attività compiute all'autorizzazione, dispone l'immediata distruzione dei supporti e dei verbali (comma 3).

In deroga a quanto previsto dal comma 3, il procuratore può autorizzare, per un periodo non superiore a ventiquattro mesi, la conservazione dei dati acquisiti, anche relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, quando gli stessi sono indispensabili per la prosecuzione dell'attività finalizzata alla prevenzione di delitti di cui al comma 1 (comma 3-bis).

Con le modalità e nei casi di cui ai commi 1 e 3, può essere autorizzato il tracciamento delle comunicazioni telefoniche e telematiche, nonché l'acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni telefoniche e telematiche intercorse e l'acquisizione di ogni altra informazione utile in possesso degli operatori di telecomunicazioni (comma 4).

In ogni caso gli elementi acquisiti attraverso le attività preventive non possono essere utilizzati nel procedimento penale, fatti salvi i fini investigativi. In ogni caso le attività di intercettazione preventiva di cui ai commi precedenti, e le notizie acquisite a seguito delle attività medesime, non possono essere menzionate in atti di indagine né costituire oggetto di deposizione né essere altrimenti divulgate (comma 5).

28. Conclusioni

La lunga e tormentata odissea della riforma delle intercettazioni, realizzata con il d.lgs. n. 216/2017, ma rinviata, di anno in anno, fino al 2019, quando il d.-l. n. 161/2019 l'ha sostanzialmente abrogata e sostituita con una disciplina in gran parte sovrapponibile a quella previgente, oltre a evidenziare le incertezze del legislatore, dimostra che, come abbiamo sostenuto da anni, non serve tanto una riforma normativa, quanto piuttosto far sì che le vigenti disposizioni, già di per sé esaustive anche se per lo più risalenti all'impianto originario del codice del 1988, non siano stravolte dalla giurisprudenza, annientando il diritto di difesa, ma semplicemente interpretate alla luce della Costituzione e delle convenzioni sovranazionali.

[Leggi il disegno di legge](#)

[Leggi il parere del CSM](#)