

LA METAMORFOSI DELLE INTERCETTAZIONI: LA CONTRO-RIFORMA BONAFEDE E L'INARRESTABILE MITO DELLA SEGRETEZZA DELLE COMUNICAZIONI

di Davide Pretti

A distanza di due anni esatti dalla riforma Orlando di cui al d.lgs. n. 216/2017, che era intervenuta con un corpus, ma altrettanto nebuloso, scenario normativo in tema di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni nell'ottica di assicurare una più efficace riservatezza delle collocazioni occultamente acquisite agli atti del procedimento, il legislatore ritorna ora, nuovamente, sul tema con il d.l. n. 161/2019 che, nel tentativo di raggiungere quel giusto punto di equilibrio tra segretezza delle comunicazioni ed esigenze investigative, elimina buona parte delle criticità riscontrate dai commentatori, articolando nuovi meccanismi normativi a tutela delle conversazioni e disciplinando in un'ottica del tutto inedita la selezione delle intercettazioni rilevanti, che viene ora ricollegata direttamente alla nuova, quanto eventuale, udienza stralcio differita, finalizzata a delimitare il diritto di acquisizione di copia delle registrazioni da parte dei difensori. La riforma, che mantiene anche l'istituendo archivio digitale delle intercettazioni, conferma quasi interamente le disposizioni in tema di captatore informatico, intervenendo però sulla problematica disciplina dell'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, rispetto alla quale si coglie qui l'occasione per ripercorrere il vivace contrasto giurisprudenziale che ha portato al recentissimo, e poco condivisibile, arresto nomofilattico delle sezioni unite "Cavallo".

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il punto di equilibrio tra riservatezza ed esigenze processuali – 2.1. Il nuovo meccanismo di redazione del verbale delle operazioni: verso una selezione informale delle intercettazioni – 2.2. Il deposito dei verbali: il ritorno all'udienza stralcio – 2.3. Il diritto della difesa all'ascolto ed alla copia delle intercettazioni: l'interlocuzione successiva alla conclusione delle indagini preliminari e l'udienza stralcio differita – 2.4. L'archivio multimediale delle intercettazioni – 2.5. La tutela della riservatezza, i divieti di pubblicazione ed i limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari – 3. La disciplina del captatore informatico – 4. L'utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti e "l'alto travisamento" delle sezioni unite "Cavallo" – 5. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

1. Introduzione.

Il decreto legge¹ 30 dicembre 2019, n. 161², in tema di “*Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*”, interviene, a distanza esatta di due anni, sulla complessa, e francamente deludente, disciplina innovativa delineata dalla c.d. “ *riforma Orlando*”, di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216³.

Come si ricorderà, il decreto delegato prevedeva inizialmente⁴ che il cuore della novella, racchiuso nelle disposizioni degli artt. 2, 3, 4, 5 e 7, in tema di riservatezza delle comunicazioni e di uso del captatore informatico, avrebbe trovato applicazione per le operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto medesimo⁵. Si erano però rincorse una serie di disposizioni normative che, senza apportare alcuna modifica alla disciplina, ne avevano di volta in volta rinviato l’efficacia sino ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019⁶. All’esito di due anni di stasi, il d.l. n. 161/2019⁷, nell’intervenire sui contenuti della riforma Orlando, incide ora nuovamente anche sulla disciplina transitoria e ne rinvia la decorrenza, con l’art. 1, comma 1, n. 1)⁸, ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020⁹, così anche recependo la preoccupazione espressa da molti dirigenti degli uffici requirenti in relazione alla precedente formulazione della norma che – nell’ancorare l’operatività alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi, anziché ai

¹ La scelta di ricorrere alla decretazione d’urgenza – dovuta alla necessità di intervenire entro il 31 dicembre, pena l’operatività della disciplina sulla quale si voleva provvedere – desta qualche perplessità laddove, allo stesso tempo, rinvia a distanza di due mesi, e quindi ad un momento successivo alla legge di conversione, l’applicazione della nuova disciplina.

² Pubblicato in gazzetta ufficiale n. 305 del 31 dicembre 2019 e non ancora convertito in legge nel momento in cui viene redatto il presente contributo.

³ Il decreto, pubblicato in gazzetta ufficiale n. 8 dell’11 gennaio 2018, era stato emanato sulla base degli artt. 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e) della legge delega 23 giugno 2017, n. 103.

⁴ Cfr. art. 9 d.lgs. n. 216/2017.

⁵ Quanto al resto del decreto, relativo al delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente e alle 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 (ad eccezione della disposizione di cui all’art. 2, comma 1, lett. b), ovvero alla facoltà di pubblicazione del testo delle ordinanze cautelari, che avrebbe acquistato efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della novella), operava l’ordinario termine di *vacatio legis* di cui all’art. 10 delle disposizioni sulla legge in generale.

⁶ L’art. 2, comma 1, del decreto legge 25 luglio 2018, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 21 settembre 2018, n. 108, ne aveva inizialmente rinviato l’applicazione alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 marzo 2019; quindi, l’art. 1, comma 1139, lettera a), legge 30 dicembre 2018, n. 145 aveva posticipato al 31 luglio 2019; da ultimo, l’art. 9, comma 2, lettera a), decreto legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77, aveva rinviato appunto al 31 dicembre 2019.

⁷ Entrato in vigore, ai sensi dell’art. 4, il giorno successivo a quella della sua pubblicazione in gazzetta ufficiale e le cui disposizioni previste dall’art. 2 si applicano – giusto il disposto dell’art. 2, comma 8 – ai procedimenti penali iscritti successivamente al 29 febbraio 2020.

⁸ E dunque con riferimento agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 d.lgs. n. 216/2017.

⁹ Al contempo, la disposizione relativa alla facoltà di pubblicazione del testo delle ordinanze cautelari acquista efficacia a decorrere dal 1° marzo 2020.

procedimenti iscritti, dopo una certa data – non garantiva adeguate tutele ai procedimenti con operazioni captative ancora in corso o appena esitate. Salvo pertanto ulteriori ripensamenti dell’ultimo minuto, eventualmente anche in sede di conversione del decreto, la disciplina definitiva, come ricavabile dalla “riforma Orlando” al netto della “contro-riforma Bonafede”, dovrebbe – e il condizionale è d’obbligo – trovare applicazione, nel suo complesso, rispetto ai procedimenti penali iscritti a decorrere dal prossimo mese di marzo.

Si tratta pertanto, ora, di chiarire cosa resti della “riforma Orlando” dopo il citato intervento correttivo che, lo si può anticipare, se non ha sostanzialmente intaccato la disciplina del captatore informatico, che quindi mantiene sostanzialmente la sua fisionomia originaria, ha invece – oserei dire fortunatamente – optato per un drastico ripensamento di quelle novità, introdotte dal legislatore del 2017, che erano state concepite, ma mal congegnate, nell’intento di innalzare la modesta soglia di riservatezza delle comunicazioni intercettate, giusta la sostanziale abrogazione dell’intero impianto originario del quale si è sostanzialmente mantenuto non molto di più dell’archivio (prima “riservato”, ora “informatico”, “digitale” o “multimediale” che dir si voglia¹⁰) delle intercettazioni. Nel rimandare alle osservazioni già diffusamente svolte in sede di prima lettura del decreto Orlando¹¹, si passeranno ora in rassegna i singoli interventi di contro-riforma per tratteggiare la fisionomia che viene definitivamente – lo si spera – ad assumere la nuova disciplina delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni.

2. Il punto di equilibrio tra riservatezza ed esigenze processuali.

Gli interventi che avevano destato maggiori perplessità, accompagnate anche da una certa preoccupazione dovuta sia all’indebolimento del ruolo del pubblico ministero, che andava perdendo, in favore della polizia giudiziaria delegata agli ascolti, delicate prerogative di selezione del materiale intercettato, sia alla non trascurabile macchinosità, talora anche difficilmente decrittabile, della nuova disciplina, erano quelli volti a garantire la riservatezza delle comunicazioni e conversazioni intercettate, posto che da più parti – oltre a sottolinearne l’inadeguatezza rispetto all’obiettivo prefissato dal legislatore – si ritenevano le nuove disposizioni dannose per le indagini, poco rispettose del diritto di difesa¹² e persino lesive delle prerogative dell’informazione¹³. Questo si

¹⁰ A sottolineare il venir meno della netta divaricazione tra atti inclusi nel fascicolo delle indagini e intercettazioni.

¹¹ Si perdonerà l’autocitazione, dettata dalla necessità di non riproporre pedissequamente argomentazioni già sviscerate, di D. PRETTI, [Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018, cui si fa integrale rinvio per una più approfondita analisi della previgente normativa.

¹² In proposito, cfr. F.R. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018, pag. 32. Si veda anche F. ALONZI, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in G. Giostra e R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, pag. 93 ss.

¹³ Drastico sul punto, L. FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, pag.

accompagnava, appunto, ad una lampante incapacità della novella di assicurare quella segretezza di cui era fatta ambasciatrice, posto che, focalizzandosi esclusivamente sulla corretta conservazione dei dati all'interno degli uffici di procura, non interveniva in alcun modo sulle altre possibili – ed altrettanto insidiose – propaggini diffusive degli ascolti, quali, per dirne una, la remotizzazione degli ascolti presso le sale dislocate negli uffici periferici della polizia giudiziaria¹⁴. La scelta del legislatore del 2019 è stata dunque quella – realizzata, sostanzialmente, con l'abrogazione degli artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p. – di recuperare gran parte della disciplina previgente, ora calibrata sull'istituendo archivio digitale (non più "riservato"), affidando al divieto di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni non acquisite, di cui al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 114 c.p.p., il ruolo propulsore di tutela di quella tanto agognata riservatezza dei terzi occasionalmente coinvolti nelle captazioni ed anche degli stessi dati sensibili degli indagati, non pertinenti con il tema d'indagine. A ben vedere, si supera quindi un impegnativo – e mal congegnato – meccanismo di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini in favore di una disciplina più snella e funzionale che al contempo assicura, verosimilmente con maggiore efficacia, la tutela della riservatezza, intervenendo non più alla fonte quanto piuttosto alla foce¹⁵.

2.1. *Il nuovo meccanismo di redazione del verbale delle operazioni: verso una selezione informale delle intercettazioni.*

Come si avrà modo di ricordare, la riforma Orlando aveva introdotto il divieto di trascrizione¹⁶ nel verbale di cui all'art. 268, comma 2, c.p.p. di tre categorie di comunicazioni o conversazioni intercettate: quelle irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti; quelle che riguardassero dati personali definiti sensibili dall'art. 4, comma 1, lett. *d*), decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; quelle relative alla conversazioni, anche indirette¹⁷, con i difensori, ai sensi dell'ultimo periodo dell'art. 103, comma 7, c.p.p. Così, si prevedeva che, in caso di captazione di comunicazioni o conversazioni ascrivibili ad una delle predette categorie, si sarebbe dovuto indicare nel verbale soltanto la data, l'ora ed il dispositivo su cui la registrazione

294 ss.

¹⁴ Per una ricostruzione delle critiche mosse alla riforma Orlando si veda G. SANTALUCIA, *Vero e falso nelle ragioni della annunciata controriforma delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2018, 9, pag. 2761 ss., il quale riconosce che una buona intenzione, quale quella del legislatore del 2017, non necessariamente assicura un buon risultato; si vedano anche, sempre in senso critico, G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 521 ss. e G. PESTELLI, [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: \(poche\) luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018.

¹⁵ Per una panoramica delle novità introdotte dalla controriforma si veda C. GITTARDI, *La riforma delle intercettazioni, dopo due anni, alla stretta finale con molte novità*, in www.giustiziainsieme.it, 11 febbraio 2020.

¹⁶ Cfr. la vecchia formulazione dell'art. 268, comma 2-*bis*, e l'art. 103, comma 7, c.p.p.

¹⁷ 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.

fosse intervenuta, al fine di 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. era stato novellato con l'inserimento, in fine, di un ulteriore periodo (ora soppresso) che precisava che l'ufficiale di polizia giudiziaria provvedesse in tal senso informando preventivamente¹⁸ il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni, annotazione funzionale a portare l'inquirente a conoscenza di uno o più progressivi con potenziali profili di dubbia trascrivibilità al fine di rimettere la relativa decisione al *dominus* dell'indagine; tanto che il pubblico ministero, a norma del comma 2-ter dell'art. 268 c.p.p., poteva appunto disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni e conversazioni sospettate di irrilevanza da parte della polizia giudiziaria segnalante, fossero comunque trascritte sulla base di una difforme valutazione di pertinenza. La disciplina – che, come si era detto, presentava palesi criticità specialmente laddove non poteva che comportare la riproposizione del contenuto dell'intercettazione nel corpo dell'annotazione sottoposta al vaglio del pubblico ministero – era stata anche oggetto di riserve da parte di chi vi vedeva il pericolo di un depotenziamento del ruolo del pubblico ministero. A ben vedere, in disparte la scarsa funzionalità del congegno normativo ad assicurare una effettiva tutela della riservatezza delle conversazioni irrilevanti, il nuovo meccanismo non si allontanava poi molto dall'attuale prassi degli uffici requirenti, laddove è infatti la polizia giudiziaria delegata agli ascolti che, inevitabilmente, effettua continue selezioni tra intercettazioni rilevanti ed irrilevanti, sottoponendo al vaglio del pubblico ministero, nelle informative funzionali alla proroga delle operazioni di ascolto o in quelle propedeutiche alle richieste di misure cautelari, le sole conversazioni da essa ritenute rilevanti, tanto da rendere evidente come all'inquirente – salvo una improponibile attività di verifica a posteriori di tutti i brogliacci depositati all'esito delle operazioni – non sia di fatto materialmente possibile accertare l'eventuale mancata segnalazione di intercettazioni di rilievo investigativo. In realtà, il vero punto dolente della disciplina previgente era rappresentato dall'eccessivo formalismo che si andava traducendo in una incessante interlocuzione formale tra annotazioni di polizia giudiziaria e decreti motivati del pubblico ministero che portava ad un ingiustificato appesantimento della procedura¹⁹.

Il pregio della contro-riforma è allora apprezzabile laddove – sulla scia delle indicazioni che il Consiglio superiore della magistratura aveva già tracciato a suo tempo²⁰ – si è scelto di mantenere un controllo, fino ad oggi assente quantomeno a livello normativo, sulle trascrizioni delle intercettazioni, svincolandolo però da superflui formalismi procedurali. La nuova disciplina si presenta infatti come il giusto

¹⁸ Si erano già indicate, nel par. 2.1 del precedente scritto cui si rimanda, le perplessità espresse a più voci sulle tempistiche indicate dal legislatore.

¹⁹ Parla di «controllo in progress del pubblico ministero» G. SANTALUCIA, [Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni](#), in *Sist. pen.*, 1/2020, p. 47 ss.

²⁰ Cfr. *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.

compromesso tra esigenze investigative, dove non di rado la celerità delle operazioni è proporzionale alla fruttuosità dei risultati, e finalità di riservatezza.

Ciò è stato realizzato mantenendo inalterato l'innesto di un ultimo periodo nel corpo del comma 7° dell'art. 103 c.p.p. e riformulando integralmente il comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p., al contempo abrogando il successivo comma 2-*ter* nonché l'ultimo periodo precedentemente inserito al comma 4° dell'art. 267 c.p.p. Ne deriva un radicale mutamento di prospettiva laddove la precedente formulazione dell'art. 268, comma 2-*bis*, c.p.p. imponeva l'integrale divieto di trascrizione delle intercettazioni irrilevanti, declinate nelle tre categorie già sopra evidenziate, mentre quella attuale limita ora il divieto di riproduzione nei verbali alle sole espressioni lesive della reputazione delle persone ed ai dati personali definiti sensibili dalla legge, cui si accompagnano le intercettazioni delle comunicazioni o conversazioni con i difensori e con gli altri soggetti indicati dall'art. 103, comma 5, c.p.p. Tale meccanismo consente di recuperare appieno il ruolo del pubblico ministero posto che viene totalmente sottratta alla polizia giudiziaria la facoltà selettiva dei brani di rilievo. Al contempo, nel riportare la disciplina a quella più naturale interlocuzione informale tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, svincolata da una inefficiente altalena di annotazioni e decreti motivati, l'inquirente recupera integralmente il potere di direttiva e vigilanza sulla redazione dei verbali che viene formalmente sancito dall'*incipit* del comma in commento. La contro-riforma Bonafede, superando l'ampia categoria dell'irrilevanza oggettiva e soggettiva, interviene in senso duplicemente estensivo: da un lato, infatti, si opta per estromettere dal verbale l'indicazione non di tutte le intercettazioni irrilevanti ma soltanto di quelle che vadano a ledere la reputazione delle persone o che involgano dati sensibili, oltre a quelle, come detto, relative alle comunicazioni dei difensori e categorie assimilate; in secondo luogo, anche in tali casi non si impone un generale ed indistinto divieto di trascrizione dell'intera intercettazione quanto una più contenuta espunzione delle sole *espressioni* lesive della reputazione o che riguardino dati sensibili. In ogni caso, le espressioni possono comunque essere riportate nel verbale qualora si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini, come può verificarsi nel caso di conversazioni attinenti a convinzioni religiose od opinioni politiche nell'ambito di indagini in tema di terrorismo. Se, come si è detto, viene interamente recuperato il ruolo direttivo del pubblico ministero e viene deformalizzata l'interlocuzione tra l'inquirente e la polizia giudiziaria, che può risolversi anche in un confronto verbale, certamente più agevole e maggiormente funzionale ad evitare la permanenza negli atti di contenuti non trascrivibili, resta da chiedersi come debba procedere la polizia giudiziaria delegata agli ascolti nel caso in cui si imbatta in intercettazioni rientranti tra quelle di cui è fatto divieto di riproduzione nel verbale; in proposito, se, come si è detto, il divieto di indicazione nel verbale – quanto a esternazioni lesive della reputazione e dati sensibili – è limitato alle sole *espressioni* e non all'intera intercettazione, si comprende la ragione per cui è stato soppresso anche l'ultimo inciso della precedente formulazione del comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. che prevedeva che nel verbale delle operazioni fossero indicati soltanto la data, l'ora ed il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta, posto che ora nel brogliaccio sarà sufficiente omissare i singoli passaggi rispondenti alle due categorie sopra richiamate, ferma la trascrizione del resto della dialettica. Al contrario, permane

l'indicazione dei soli estremi formali dell'intercettazione nel solo caso di captazione delle conversazioni con il difensore²¹, trattandosi in questo caso di colloqui radicalmente inutilizzabili, cui va associato, come già si aveva avuto modo di notare, il caso di intercettazioni indirette di parlamentari e categorie assimilate.

2.2. Il deposito dei verbali: il ritorno all'udienza stralcio.

All'esito delle operazioni di intercettazione, i verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269, comma 1, c.p.p. A tal proposito, viene ora soppresso il controverso istituto del differimento della trasmissione, di cui alla precedente formulazione del 4° comma dell'art. 268 c.p.p., cosicché l'attuale disciplina consente pertanto, come quella previgente, di scadenziare i singoli depositi secondo la naturale chiusura delle operazioni di intercettazione in funzione di ciascun singolo bersaglio. Il citato 4° comma riacquista quindi la fisionomia precedente alla riforma Orlando, non mancando tuttavia di precisare che il deposito di verbali e registrazioni, nel canonico termine di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, avviene non più presso la segreteria del pubblico ministero ma presso l'archivio digitale, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga. Il sostanziale ritorno alla disciplina ante 2017 è dunque accompagnato da una modesta portata innovativa, limitata all'istituzionalizzazione dell'archivio digitale. Del pari, si recuperano i commi 5-8 dell'art. 268 c.p.p., che vengono reintrodotti secondo una formulazione non del tutto coincidente con quella originaria. Se è confermato pedissequamente l'istituto del ritardato deposito cui il pubblico ministero usualmente ricorre per ovviare alla prematura *discovery* delle intercettazioni ancora in fase d'indagine, viene parzialmente innovata la disciplina della desueta udienza stralcio: abolito il meccanismo di formazione dell'elenco delle comunicazioni e conversazioni rilevanti e della complessa ed altrettanto estenuante disciplina della relativa acquisizione al fascicolo delle indagini di cui ai previgenti artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p., si stabilisce ora che ai difensori dell'imputato (e non più delle parti) sia immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5 dell'art. 268 c.p.p., per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Scaduto il termine, il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza. Il pubblico ministero e i

²¹ Come detto, infatti, l'art. 103 c.p.p. non è stato oggetto di alcun intervento normativo rispetto al testo del 2017.

difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima. Si recupera quindi, come anticipato, l'istituto dell'udienza stralcio come già disciplinato nel testo originario e che, com'è noto, viene attivata – e le nuove norme non pare invertiranno la tendenza – soltanto di rado, posto che la prassi degli uffici giudiziari tradizionalmente demanda soltanto ad un momento successivo la selezione del materiale probatorio rilevante. In ogni caso, la verifica cui è preposto il giudice per le indagini preliminari interessa tutti i brani indicati dalle parti, ad eccezione di quelli non pertinenti, secondo quindi uno scrutinio, anche officioso, ora maggiormente incisivo, laddove, anzitutto, non confinato alla sola manifesta irrilevanza nonché pure orientato alla verifica, accanto alla sussistenza di profili di eventuale inutilizzabilità, della presenza, in seno alle captazioni, di categorie particolari di dati personali²² che non risultino rilevanti ai fini dell'indagine.

All'esito dell'udienza stralcio, il giudice dispone la trascrizione integrale delle registrazioni, che sono quindi inserite nel fascicolo per il dibattimento, 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. Si recupera così la trascrizione integrale delle intercettazioni rilevanti all'esito dell'udienza stralcio, che la riforma Orlando aveva confinato, nell'abrogato art. 493-*bis* c.p.p., agli atti introduttivi del dibattimento²³. Nel caso in cui non si sia proceduto in tal senso, il nuovo comma 7 dell'art. 268 c.p.p. prevede ora la facoltà per il giudice per l'udienza preliminare di disporre la trascrizione peritale delle intercettazioni nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p., disposizione che, per quanto mossa dal nobile intento di anticipare un'attività temporalmente dispendiosa per il dibattimento, avrà verosimilmente un'applicazione marginale posto che l'anteposizione della trascrizione peritale alla fase preposta al solo vaglio di sostenibilità dell'accusa in giudizio potrebbe portare ad una duplicazione degli incarichi peritali in tutti quei casi in cui dovesse poi insorgere, nella successiva fase dibattimentale, l'ulteriore esigenza di procedere alla trascrizione di nuovi progressivi delle intercettazioni solo tardivamente apprezzati dalle parti, così mitigando quell'effetto di economia processuale che ha indotto il legislatore ad introdurre la disposizione in esame.

²² L'espressione è mutuata dall'art. 9, paragrafo 1, del 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, secondo cui sono categorie particolari di dati personali quelli che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché i dati genetici, i dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona.

²³ Infatti, la trascrizione peritale non dev'essere confusa con la trascrizione sommaria delle sole intercettazioni indicate nei brogliacci per estremi formali, di cui al previgente art. 268-*quater*, comma 3, ultimo periodo, c.p.p.

2.3. *Il diritto della difesa all'ascolto ed alla copia delle intercettazioni: l'interlocuzione successiva alla conclusione delle indagini preliminari e l'udienza stralcio differita.*

Già nel commento alla riforma Orlando si era affrontato il tema dei diritti dei difensori all'ascolto ed alla copia delle intercettazioni²⁴, laddove si era evidenziato come l'elaborazione giurisprudenziale in materia²⁵ fosse 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 stralcio²⁶. Negli anni più recenti si erano tuttavia registrate alcune oscillazioni giurisprudenziali tra indirizzi più restrittivi²⁷ e orientamenti volti invece, nell'ottica di una maggiore tutela delle garanzie difensive, a sancire l'indiscriminato e non comprimibile diritto del difensore, a pena di nullità di ordine generale a regime intermedio prevista dall'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p., ad ascoltare le registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e ad estrarre copia dei *files* audio, dopo il deposito effettuato ai sensi dell'art. 268, comma 4, c.p.p.²⁸ Si rendeva pertanto necessaria una disciplina più esaustiva, atta a regolare efficacemente i diritti difensivi e le facoltà del pubblico ministero a fronte di richieste di copia integrale delle registrazioni.

Nella disciplina Orlando, si era detto, con il deposito degli atti relativi alle intercettazioni nella segreteria del pubblico ministero, ai difensori era intanto riconosciuto un diritto di esame di tutti gli atti e di ascolto delle registrazioni, il tutto funzionale all'analisi del plesso probatorio in vista della potenziale ed imminente richiesta che le difese avrebbero potuto 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 fossero trascrivibili. Dopo la decisione del giudice, ai difensori era garantito il diritto di copia delle intercettazioni, limitatamente a quelle oggetto di acquisizione, unitamente

²⁴ Sul tema si veda anche L. PISTORELLI, [Accesso difensivo alle registrazioni delle intercettazioni, tra limiti normativi ed evoluzione tecnologica](#), in *Dir. pen. cont.*, 15 gennaio 2012.

²⁵ 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.

²⁶ 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*, cit., 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 *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2011.

²⁷ Tra cui la recente Cass. 28 marzo 2019, n. 16583, Rv. 275725-02, secondo cui, in tema di intercettazioni, è legittimo il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari respinga la richiesta di copia integrale delle tracce foniche ed audiovisive, atteso che l'art. 268 c.p.p. non attribuisce un diritto indiscriminato all'estrazione di copia, bensì il diritto all'ascolto, finalizzato ad attivare il subprocedimento per la selezione delle registrazioni non manifestamente irrilevanti, di cui è consentita la riproduzione, previo stralcio di quelle di cui è vietata l'utilizzazione.

²⁸ Si vedano, a tal proposito, Cass. 15 novembre 2017, n. 57195, Rv. 271701 e *id.* 12 aprile 2017, n. 38409, Rv. 271118. Si veda anche L. FILIPPI, *Senza "udienza stralcio" il difensore ha sempre diritto alla copia delle intercettazioni*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 8, p. 1033 ss.

alle copie dei relativi verbali²⁹, così da evitare la circolazione delle intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili e da garantire la tutela di informazioni riservate e la riservatezza di persone occasionalmente coinvolte nelle attività captative³⁰.

La nuova disciplina, apprezzabile dall'intervento di contro-riforma, ripropone la normativa previgente, non mancando tuttavia di riaggiornarla all'eventualità, non meramente ipotetica, in cui non si sia dato corso all'udienza stralcio. Anzitutto, a norma del già citato comma 6° dell'art. 268 c.p.p., dopo il deposito delle intercettazioni e prima dell'attivazione dell'udienza, ai difensori dell'imputato è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5 dello stesso art. 268 c.p.p., per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. La procedura, che prima interessava anche i difensori delle altre parti, ora è espressamente rivolta ai soli difensori *dell'imputato* (più correttamente, della persona sottoposta alle indagini), estromettendo, forse poco opportunamente, i difensori della persona offesa non soltanto dall'interlocuzione preliminare ma anche dalla facoltà di partecipare all'udienza, posto che l'ultimo inciso del 6° comma, nel richiamare il pubblico ministero ed i difensori, non può che rifarsi ai soli difensori dell'imputato richiamati, appunto, nel primo periodo dello stesso comma. Analogamente, ai soli difensori dell'imputato è consentito, come sancito dal successivo comma 8, di estrarre copia delle trascrizioni e di fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto nonché, in caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, di richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi predetti. Tale procedura assicura pertanto il diritto di accesso dei difensori dell'indagato all'ascolto integrale delle conversazioni o comunicazioni intercettate mentre limita il diritto di copia delle registrazioni, anche alla luce dell'argomento strettamente topografico, soltanto a quelle acquisibili in quanto non irrilevanti. Ne consegue che detta disciplina attiene esclusivamente al caso in cui sia stata efficacemente attivata l'udienza stralcio, che, come si è detto, risulta piuttosto desueta.

Proprio per superare tali inconvenienti, il legislatore ha pertanto introdotto, per il procedimento ordinario, il comma *2-bis* all'art. 415-*bis* c.p.p. e, parallelamente, il comma *2-bis* all'art. 454 c.p.p. per il caso di giudizio immediato. La prima disposizione prevede appunto che, nel caso in cui non si sia proceduto secondo il meccanismo dell'udienza stralcio, e dunque ai sensi dell'art. 268, commi 4, 5 e 6, c.p.p., l'avviso di

²⁹ Cfr. art. 268-*quater*, comma 4, c.p.p., ora abrogato.

³⁰ Più semplice era il caso in cui il pubblico ministero avesse chiesto ed ottenuto l'emissione di una misura cautelare, laddove il vaglio di rilevanza doveva essere operato dal giudice già 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 aveva diritto, giusta l'introduzione di un nuovo periodo all'art. 293, comma 3, c.p.p., ora soppresso, di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e aveva, in ogni caso, diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni. Nulla impediva a che i difensori, nel caso in cui avessero individuato ulteriori progressivi da inserire oppure conversazioni da espungere dagli atti, richiedessero l'attivazione della procedura incidentale di cui al previgente art. 268-*ter*, comma 3, c.p.p.

conclusione delle indagini preliminari debba contenere, oltre al resto, 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. Se ne deduce, anzitutto, che, all'esito delle indagini, incombe ora – ed è forse la novità più rilevante – sul pubblico ministero l'onere di depositare in segreteria, unitamente a tutti gli atti, anche l'elenco delle intercettazioni ritenute rilevanti³¹, simmetricamente a quanto era già previsto, seppur con una cadenza temporale anticipata, dal previgente art. 268-bis, comma 1, c.p.p. Tale elenco, che è costituito dall'indicazione dei progressivi utili ai fini di prova³², analogamente a quello che tradizionalmente deposita la pubblica accusa in vista dell'espletamento della perizia trascrittiva dibattimentale, è funzionale, come detto, a circoscrivere il diritto difensivo di ottenere copia delle intercettazioni³³. Infatti, se il difensore – dopo aver avuto accesso all'ascolto indiscriminato delle fonie – dovesse aver individuato altri brani di utilità probatoria, egli ha l'onere³⁴, entro il termine di venti giorni ovvero nel medesimo termine dilatorio che paralizza l'esercizio dell'azione penale³⁵, di depositare un elenco di ulteriori registrazioni ritenute di rilievo e di cui chiede copia, istanza sulla quale provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In tal caso, il criterio orientativo del pubblico ministero, chiamato ad esprimersi sull'istanza difensiva, non potrà che essere quello di vietare la sola diffusione di intercettazioni palesemente irrilevanti o involgenti dati personali sensibili, posto che non può certamente essere rimessa alla pubblica accusa alcuna valutazione di utilità probatoria nell'ambito di una strategia difensiva che

³¹ Onere espresso in termini più evidenti nel corpo del novellato art. 454 c.p.p.

³² L'elenco indica il numero di ciascun progressivo utile, anche in relazione al numero di R.I.T., del bersaglio della conversazione intercettata nonché della data e dell'ora di inizio della captazione.

³³ Di riflesso, assume anche rilievo ai fini della perimetrazione del panorama intercettivo rilevante che è correttamente affidata al pubblico ministero, quale *dominus* dell'indagine, e che, in caso di contestazioni, scomoda l'intervento del giudice per le indagini preliminari. A ben vedere, il potere selettivo del giudice è rinvenibile anche all'atto del deposito dell'ordinanza che dispone una misura cautelare, laddove l'art. 92, comma 1-bis, disp. att. c.p.p. stabilisce che in tale frangente sono restituiti al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio, gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili. Decisione che non pare assimilabile a quella assunta all'esito dell'udienza stralcio – difettando il previo contraddittorio tra le parti – e che non solo non è vincolante per il giudice dibattimentale ma che può quindi divenire oggetto di una nuova e successiva valutazione proprio nel caso in cui venga poi attivata l'udienza stralcio tradizionale o differita.

³⁴ La previsione di un apposito strumento di contestazione dell'eventuale provvedimento negativo del pubblico ministero in tema di diritto al rilascio di copia delle registrazioni, priva ora – evidentemente – il difensore della facoltà di eccepire successivamente la nullità determinata dalla compressione di tale diritto qualora egli non abbia attivato tale meccanismo, determinandosi in tal caso un'ipotesi di sanatoria generale ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p.

³⁵ In proposito si veda la giurisprudenza che sanziona con la nullità di ordine generale a regime intermedio, che, ove tempestivamente dedotta, determina la nullità della richiesta di rinvio a giudizio e di tutti gli atti consecutivi che da essa dipendono, la proposizione della richiesta di rinvio a giudizio prima del decorso del termine di venti giorni previsto dall'art. 415-bis c.p.p. (sul punto, cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 24998, Rv. 264285 e *id.* 8 novembre 2011-dep. 13 gennaio 2012, n. 949, Rv. 251669).

l'inquirente nemmeno può ancora del tutto conoscere. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può comunque avanzare al giudice, che si identifica, anche in ragione della fase processuale, nel giudice per le indagini preliminari, istanza affinché si proceda, tardivamente, nelle forme di cui all'art. 268, comma 6, c.p.p., tanto che si può parlare di udienza stralcio differita. Si badi, in proposito, che il meccanismo, cui la difesa deve ricorrere esclusivamente per ottenere copia di intercettazioni non oggetto di indicazione da parte del pubblico ministero, non incide in alcun modo sulla facoltà delle difese di indicare, in sede di successiva perizia trascrittiva, ulteriori brani di interesse difensivo e non coincidenti con quelli rappresentati dall'ufficio di pubblica accusa, come avviene tradizionalmente nel corso dell'istruzione dibattimentale e come ora è praticabile già all'atto della formazione del fascicolo del dibattimento innanzi al giudice per l'udienza preliminare³⁶.

Resta ora da chiarire, nel silenzio della norma, quali siano le conseguenze nel caso in cui l'avviso di conclusione delle indagini preliminari non rechi anche l'avvertimento prescritto dal nuovo comma 2-bis e, diversamente, cosa comporti l'omesso deposito, da parte del pubblico ministero, dell'indicazione dei brani rilevanti. Quanto al primo profilo, deve rilevarsi come la violazione dell'avvertimento, ad indagato e difensore, circa la facoltà di esaminare gli atti e di ascoltare le registrazioni e di estrarre copia di quelle rilevanti non possa che tradursi, al pari dell'omissione di ogni altro avviso prescritto dall'art. 415-bis c.p.p. e funzionale all'esplicazione del pieno esercizio dei diritti difensivi³⁷, in una lesione processuale assistita da nullità a regime intermedio, ex artt. 178, comma 1, lett. c), e 180 c.p.p., perché insistente sulle facoltà di intervento dell'imputato. Al contrario, l'omissione dell'indicazione, da parte del pubblico ministero, dei brani rilevanti, per la quale non è prevista alcuna sanzione processuale, si traduce nell'attribuzione in capo ai difensori dell'indistinta facoltà di ottenere copia integrale di tutte le intercettazioni, giacché il dovere di formazione dell'elenco delle intercettazioni rilevanti incombe in capo al pubblico ministero proprio allo scopo di evitare la circolazione di intercettazioni riservate, in assenza delle quali non si rende necessario onerare l'ufficio inquirente di un'attività ulteriore e talora, appunto, superflua³⁸. In tale ottica, sarà allora anche possibile la formazione di un elenco per esclusione, nel quale il pubblico ministero, anziché indicare le conversazioni rilevanti, si limiti ad indicare le, meno numerose, conversazioni irrilevanti ed, al contempo,

³⁶ Del pari, anche l'elenco dei brani rilevanti formato dal pubblico ministero non lo vincola rispetto ai successivi e non del tutto preventivabili sviluppi del procedimento, cosicché nulla preclude che, ad esempio a seguito di questioni evidenziate dalle difese, l'inquirente avanzi poi istanza di trascrizione anche di progressivi ulteriori rispetto a quelli originariamente indicati, questo sia all'atto della formazione del fascicolo del dibattimento ma anche nel corso del dibattimento medesimo.

³⁷ Ma non in caso di mancato avviso al difensore del deposito nella segreteria del pubblico ministero dei verbali e delle registrazioni, atteso il mancato richiamo, nell'art. 271 c.p.p., al 4° e al 6° comma dell'art. 268 c.p.p. (così Cass. 8 aprile 2015, n. 33587, Rv. 264522).

³⁸ Specialmente nel caso in cui l'imputato dovesse poi adire un rito alternativo, laddove, di norma, non si procede alla trascrizione peritale delle intercettazioni.

contenenti espressioni lesive della reputazione o involgenti dati sensibili, con l'effetto di paralizzare la facoltà di copia delle foniae soltanto rispetto a tali specifici progressivi.

Un'ultima considerazione, riprendendo alcune argomentazioni già in parte illustrate, attiene infine ai soggetti legittimati all'accesso alle registrazioni e all'interlocuzione con il pubblico ministero finalizzata all'ampliamento delle conversazioni o comunicazioni di cui sia conseguibile la copia. In accordo con quanto ora previsto dall'art. 268, comma 6, c.p.p. in tema di udienza stralcio, tali facoltà sono riservate, anche nella fase successiva alla notifica dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, al solo indagato ed al suo difensore, con conseguente esclusione del difensore della persona offesa, il quale in effetti – ad eccezione dei soli reati previsti dagli artt. 572 e 612-*bis c.p.* – non spettandogli la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, non potrebbe essere messo in condizione di esercitare le facoltà ivi previste. Ne consegue quindi che i difensori della persona offesa potranno accedere all'ascolto integrale delle intercettazioni, secondo una lettura sistemica della disciplina in esame, soltanto al momento della ricezione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare (o, nei casi di cui all'art. 550 c.p.p., con la notifica del decreto di citazione diretta a giudizio) ma potranno ottenere copia, ai sensi dell'art. 419, comma 2, c.p.p. e dell'art. 131 disp. att. c.p.p., soltanto dei progressivi indicati come rilevati dal pubblico ministero o richiamati nell'elenco integrativo depositato dal difensore dell'indagato.

Analoga è la soluzione adotta, sul tema, in ipotesi di giudizio immediato: anche in quella sede, come prevede il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 454 c.p.p., qualora non abbia avuto corso l'udienza stralcio, con la richiesta di giudizio immediato, sia essa tradizionale o custodiale, il pubblico ministero deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova. Entro quindici giorni dalla notifica del decreto che dispone il giudizio immediato, prevista dall'art. 456, comma 4, c.p.p., il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia, istanza sulla quale provvede il pubblico ministero con decreto motivato e che, in caso di rigetto o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, consente al difensore di avanzare analoga richiesta di udienza stralcio differita. Se nel caso di specie il termine è inferiore a quello indicato nell'art. 415-*bis c.p.p.* in quanto coincide con quello entro il quale la difesa può avanzare istanza di fruizione di riti alternativi ai sensi dell'art. 458, comma 1, c.p.p., il fatto che l'attivazione della procedura consegua alla notifica del decreto di giudizio immediato, che compete – a norma dell'art. 456, comma 4, c.p.p. – non soltanto all'imputato ma anche alla persona offesa, non deve far impropriamente ritenere che in tal caso anche il difensore di quest'ultima risulti legittimato all'interlocuzione cartolare con il pubblico ministero, potendosi analogamente limitare al ritiro di copia delle intercettazioni ritenute rilevanti dal pubblico ministero, con l'eventuale contributo dei difensori dell'imputato. D'altra parte, in tal senso militano non soltanto considerazioni di sistema ma anche il dato strettamente letterale della disposizione in esame che, eloquentemente, fa riferimento, nella flessione singolare, al solo *difensore*, evidentemente dell'imputato. Va quindi osservato che, in ipotesi di giudizio immediato, che tradizionalmente omette l'avviso di conclusione delle indagini

preliminari³⁹, l'accesso della difesa alle registrazioni avviene, a differenza del modello ordinario, non soltanto dopo l'avvenuto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, ma anche in un momento successivo all'instaurazione del rito speciale su disposizione del giudice, il quale non ha comunque facoltà di rigettare la richiesta formalizzata dalla pubblica accusa nel caso in cui questa abbia omissis il deposito dell'elenco delle intercettazioni, non trattandosi, evidentemente, di un presupposto processuale legittimante l'accesso al rito quanto piuttosto, come già detto, di un mero strumento finalizzato a comprimere le facoltà difensive di accesso alla copia delle registrazioni.

2.4. L'archivio multimediale delle intercettazioni.

Uno dei punti cardine della riforma Orlando era stata l'istituzione dell'archivio *riservato* delle intercettazioni, funzionalmente deputato alla conservazione, con i dovuti canoni di riservatezza, di tutti gli atti relativi alle operazioni di intercettazione. Si è già osservato come, tuttavia, la disciplina – pur apprezzabile nell'intento di regolamentare non soltanto la conservazione dei dati secondo elevati *standards* di sicurezza ma anche la loro rigorosa fruibilità, in corso di procedimento, al fine di assicurare la tracciabilità delle consultazioni – non garantisce pienamente quella tutela tanto agognata dai riformatori, in quanto restavano comunque non controllabili alcune propaggini diffuse quali, *in primis*, la fruizione dei dati da parte della polizia giudiziaria delegata agli ascolti mediante remotizzazione delle operazioni nelle sale d'ascolto esterne alla procura della Repubblica. Su questo versante la contro-riforma Bonafede non ha innovato il panorama legislativo, che viene dunque confermato senza marcati stravolgimenti.

Accanto alla informatizzazione del registro delle intercettazioni⁴⁰, l'attuale formulazione dell'art. 269 c.p.p., nel combinato disposto con l'art. 89-bis disp. att. c.p.p., prevede che i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono⁴¹ – e quindi sia i provvedimenti, siano essi redatti dalla polizia giudiziaria (quali i brogliacci ed i verbali di apertura e chiusura delle operazioni) o dall'autorità giudiziaria (quali richieste e decreti del pubblico ministero nonché provvedimenti autorizzativi e di convalida del giudice per le indagini preliminari, oltre agli atti relativi alle proroghe ed al ritardato deposito), sia le fonia delle intercettazioni nonché i flussi di comunicazioni

³⁹ Si vedano, tra le altre, Cass. 17 dicembre 2014-dep. 4 marzo 2015, n. 9429, Rv. 262645 e *id.* 14 febbraio 2007, n. 11983, Rv. 236283.

⁴⁰ È il nuovo comma 5° dell'art. 267 c.p.p. che prevede che in apposito registro riservato gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica, siano 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.

⁴¹ È stato ovviamente espunto il riferimento alle *annotazioni*, essendo venuta meno l'interlocuzione tra polizia giudiziaria e pubblico ministero precedentemente prevista dall'art. 267, comma 4, e dall'art. 268, comma 2-ter, c.p.p.

informatiche o telematiche – siano conservati integralmente⁴² in apposito archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica dell’ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni. Ne consegue che l’istituendo archivio dev’essere in grado non soltanto di conservare diverse tipologie di dati informatici ma anche di dialogare efficacemente con il *software* in uso agli uffici giudiziari e progettato per la redazione di provvedimenti informatici e per la relativa trasmissione per via telematica.

Con decreto ministeriale del 20 aprile 2018, emanato ai sensi dell’art. 7, comma 3, d.lgs. n. 216/2017⁴³, sono state dettate le disposizioni di attuazione per l’accesso all’archivio multimediale⁴⁴. Si prevede, in particolare, che fino all’attuazione del processo penale telematico si provvederà a formare copia informatica della documentazione relativa alle intercettazioni al fine di consentirne la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi messi a tal fine a disposizione dal Ministero della giustizia; al momento dell’attuazione del processo penale telematico la formazione dei verbali, delle annotazioni e degli atti avrà invece luogo con modalità telematiche⁴⁵. In particolare, è in corso di ultimazione l’apposito aggiornamento della piattaforma informatica a disposizione degli uffici giudiziari (*TIAP-Document@*), idonea alla gestione separata delle intercettazioni, che consentirà la redazione informatica e trasmissione telematica dei provvedimenti relativi alle intercettazioni anche dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, consentendo altresì la creazione dell’archivio digitale mediante conferimento, da parte del pubblico ministero, dei dati informatici all’interno dell’archivio medesimo⁴⁶, secondo un protocollo unico di trasmissione del contenuto delle intercettazioni a sistemi informativi dedicati, cui tutti i fornitori si dovranno adeguare. A tal fine, il Ministero della giustizia assicura agli uffici giudiziari la disponibilità di un sistema informatico (*Archivio Riservato Multimediale*) che

⁴² In proposito, l’art. 269, comma 2, c.p.p. stabilisce che, salvo quanto previsto dall’art. 271, comma 3, c.p.p., le 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 che ha autorizzato o convalidato l’intercettazione, che decide in camera di consiglio a norma dell’art. 127 c.p.p.

⁴³ Ora si veda l’art. 2, comma 5, d.l. n. 161/2019 il quale prevede che 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 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.

⁴⁴ In proposito, cfr. M. TORRE, *D.M. 20 aprile 2018: le disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 10, pag. 1255 ss. e L. SURACI, *D.M. 20 aprile 2018: il c.d. “archivio riservato delle intercettazioni”*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 10, pag. 1258 ss.

⁴⁵ Ora l’art. 2, comma 6, d.l. n. 161/2019 prevede che con decreto del Ministro della giustizia, adottato previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, siano stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni sarà eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

⁴⁶ Le specifiche tecniche del conferimento sono ora disciplinate dall’all. A) al provvedimento del 5 dicembre 2019 del Direttore generale dei servizi informativi automatizzati, la cui circolazione è limitata e la cui consultazione è consentita esclusivamente alle società fornitrici delle prestazioni che ne facciano richiesta.

consenta di conservare tutte le conversazioni e comunicazioni disposte nell'ambito del procedimento, nonché di classificarle, in conformità alla relativa disciplina procedimentale. Al contempo, le sale C.I.T. (Centri per le Intercettazioni di Telecomunicazioni) o le sale *server* degli uffici requirenti sono state dotate di appositi armadi *rack* (composti da *server* e *storage*) preposti alla ricezione e conservazione multimediale dei dati informatici conferiti dal pubblico ministero.

L'archivio multimediale è gestito con modalità tali da assicurare la segretezza⁴⁷ 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 materia⁴⁸. Il procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito⁴⁹: a tal proposito, 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

⁴⁷ Non più, come nella precedente formulazione, la generica segretezza della documentazione ivi custodita.

⁴⁸ In particolare, già in data 18 luglio 2013, il Garante per la protezione dei dati personali ha emesso un provvedimento (i cui termini di adempimento delle prescrizioni sono poi stati più volte differiti con successivi provvedimenti del 26 giugno 2014, 25 giugno 2015, 28 luglio 2016 e 26 gennaio 2017) in materia di misure di sicurezza nelle attività di intercettazione da parte delle procure della Repubblica, nel quale vengono prescritte una serie di modificazioni e integrazioni alle misure di sicurezza adottate in relazione ai trattamenti di dati personali svolti, anche tramite la polizia giudiziaria o soggetti terzi, nell'ambito delle attività di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, anche informatiche o telematiche, effettuate per ragioni di giustizia, nonché di controllo preventivo. Per citare soltanto le più significative, si prevedono, in relazione ai Centri di Intercettazioni di Telecomunicazioni (C.I.T.), l'attuazione di *misure di sicurezza fisica* (misure di protezione e idonee serrature di sicurezza alle finestre dei locali, strumenti per il monitoraggio dei locali adibiti ad attività di intercettazione e delle aree di ingresso attraverso l'adozione di impianti di videosorveglianza, accesso fisico alle sale di ascolto registrato e consentito, in alternativa, tramite l'utilizzo di *badge* individuali e nominalmente assegnati oppure attraverso strumenti elettronici che prevedano procedure di identificazione mediante l'utilizzo di dispositivi biometrici, custodia in armadi ignifughi muniti di serratura di sicurezza dei supporti di memorizzazione removibili, qualora utilizzati per la registrazione dei contenuti delle intercettazioni e delle informazioni accessorie, della documentazione cartacea e dei registri concernenti le attività svolte nell'ambito delle intercettazioni, accesso ai locali per operazioni di manutenzione e interventi tecnici sulle apparecchiature, anche da parte di ditte esterne fornitrici degli apparati o erogatrici di servizi manutentivi, consentito solo a personale previamente autorizzato dalla procura) e di *sicurezza informatica* (comunicazioni elettroniche tra l'autorità giudiziaria e i gestori effettuate esclusivamente in modo cifrato, protezione dei documenti informatici trasferiti su supporti rimovibili con idonee tecniche crittografiche, utilizzo nelle comunicazioni tra autorità giudiziaria e gestori della posta elettronica certificata); *vengono inoltre disciplinate nel dettaglio le misure di protezione da adottare per le attività di ascolto remotizzate presso le strutture site negli uffici di polizia giudiziaria, con criteri analoghi a quelli previsti per le sale C.I.T.; si stabiliscono infine idonee misure di sicurezza informatica sia in riferimento ai sistemi di autenticazione e autorizzazione, sia con riferimento ai collegamenti telematici tra procure e uffici di polizia giudiziaria, alle operazioni di masterizzazione, etichettatura dei supporti di memorizzazione delle intercettazioni, conservazione in forma cifrata dei dati e così via.*

Sull'argomento, si veda M. TORRE, *Protezione dei dati personali, processo penale e intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 2, pag. 180 ss.

⁴⁹ Si prevede che anche il fornitore del servizio debba assicurare adeguati *standard* di sicurezza, ad esempio utilizzando una piattaforma di gestione in grado di videoregistrare tutte le operazioni dallo stesso effettuate (*Bomgar*).

compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Al fine di garantirne la tracciabilità, ogni accesso è annotato in apposito registro (denominato mod. 37-bis), gestito con modalità informatiche, dove sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati. Secondo la già richiamata normativa ministeriale, presso ciascun ufficio del pubblico ministero sono rese disponibili postazioni sicure, vigilate anche attraverso sistemi di videosorveglianza, riservate per l'esercizio del diritto di accesso, alle quale possono accedere soltanto i soggetti legittimati, i quali devono essere preventivamente identificati da personale dell'ufficio. Ciascun soggetto ammesso alle postazioni viene munito di un codice identificativo, generato dal sistema informatico di gestione degli accessi e fruibile una sola volta (*one time password*). Nei locali dove sono collocate le postazioni è vietata l'introduzione di dispositivi di qualsiasi natura idonei alla duplicazione, alla comunicazione o alla diffusione esterna degli atti e delle registrazioni custodite nell'archivio; al contempo le postazioni informatizzate dell'archivio sono predisposte affinché non sia consentita l'esportazione di dati, il che è realizzato anche mediante la disabilitazione delle porte *usb* delle postazioni e del collegamento alla rete *internet*.

Per superare la precedente disciplina che faceva divieto ai difensori delle parti di ottenere copia delle registrazioni e degli atti custoditi nell'archivio, in un'ottica maggiormente aderente alla piena tutela delle garanzie difensive, ora i difensori delle parti possono non soltanto ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio ma anche ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli artt. 268 e 415-bis c.p.p. (e 454 c.p.p.). In ogni caso, ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche, e in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia.

2.5. La tutela della riservatezza, i divieti di pubblicazione ed i limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari.

Come si è anticipato, la scelta della contro-riforma è stata quella di conservare il principio di continenza nella riproduzione delle trascrizioni delle intercettazioni all'interno degli atti cautelari, il quale – nel prevedere una pacata riproduzione dei soli brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate all'interno delle richieste e delle ordinanze cautelari⁵⁰ – ha mera valenza orientativa, rispettivamente, per il pubblico ministero e per il giudice per le indagini preliminari, secondo un vaglio di necessità riproduttiva, comunque improntato ad un approccio di essenzialità dei richiami riversati nei provvedimenti. Come si era già precedentemente osservato, questo non involge minimamente la selezione dei verbali da trasmettere al giudice a corredo della richiesta cautelare, ora a maggior ragione alla luce della soppressione dell'inciso precedentemente introdotto nella nuova formulazione dell'art. 291, comma 1, c.p.p.

⁵⁰ Cfr. art. 291, comma 1-ter, e 292, comma 2-quater, c.p.p.

Questo meccanismo è funzionale alla scelta, riconducibile alla riforma Orlando e confermata in sede di contro-riforma, di intervenire sul fronte del divieto di pubblicazione degli atti del procedimento (c.d. segreto esterno), laddove l'art. 114, comma 2, c.p.p. esclude ora 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. Così si può comprendere, oggi ancor più che in passato, come la moderata riproduzione delle conversazioni e comunicazioni intercettate nelle ordinanze cautelari, assicurati – di pari passo con una corretta informazione – la riservatezza sia di soggetti estranei al procedimento, e le cui conversazioni siano state occasionalmente captate, sia degli stessi indagati per quegli aspetti che non involgano alcun nesso di rilevanza con il panorama investigativo.

Un ruolo non secondario – in un radicale mutamento di prospettiva nella tutela della riservatezza – è assunto dall'introduzione, con l'inserimento di un nuovo comma *2-bis* nell'art. 114 c.p.p., del divieto di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268 e 415-*bis* c.p.p. ed, evidentemente, anche dell'art. 454 c.p.p.⁵¹. Se, infatti, il legislatore del 2017, alla ricerca di un corretto punto di equilibrio tra esigenze investigative e tutela della riservatezza, si era incentrato su un farraginoso meccanismo selettivo delle intercettazioni rilevanti da acquisire al fascicolo delle indagini, la contro-riforma del 2019 abdica all'ambizioso tentativo di costringere la fisiologica dialettica processuale entro un perimetro impermeabile in favore del ritorno ad una procedura più agevole – ed anche, non lo si dimentichi, maggiormente rispondente alle esigenze difensive – e dell'introduzione, al contempo, di una interlocuzione, preliminare al processo, tra accusa e difesa, non soltanto funzionale alla selezione del materiale di cui i difensori possano ottenere copia, ma direttamente incidente sulle intercettazioni ostensibili agli e dagli organi di informazione; d'altra parte, se la nuova disciplina è funzionale ad una accurata individuazione dei brani rilevanti, in una dialettica collaborativa tra le parti processuali, non appare affatto peregrina la scelta del legislatore di ancorare al prodotto finale di questa parentesi processuale l'indicazione dei limiti sino ai quali può spingersi il diritto di informazione, peraltro non costretto alla sola prospettiva accusatoria ma eventualmente arricchito dall'apporto diretto dei difensori. Certo tale disciplina può apparire carente nel momento in cui, come si è detto, il pubblico ministero opti per non depositare – nemmeno all'atto della conclusione delle indagini preliminari o della richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato – l'elenco delle intercettazioni rilevanti, scelta che, come si è visto, non determina alcuna sanzione processuale se non l'espansione del diritto dei difensori ad accedere alla copia dell'intero materiale intercettivo. La questione è, peraltro, ancor più evidente laddove l'interesse mediatico è generalmente ancora superiore nel corso delle indagini preliminari, non di rado

⁵¹ Il mancato richiamo anche all'art. 454 c.p.p. pare frutto di una svista del legislatore, posto che si tratta di una modalità alternativa – ma equipollente – a quella prevista dall'art. 415-*bis* c.p.p.

immediatamente dopo l'esecuzione delle misure cautelari, ovvero in un momento in cui l'inquirente, quand'anche orientato per il prosieguo a procedere in tal senso, non può ancora aver attivato nemmeno la procedura dell'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p. Deve allora ritenersi che, in ipotesi, se tutte le conversazioni e comunicazioni richiamate nel testo dell'ordinanza cautelare sono pubblicabili ai sensi dell'ultimo periodo del 2° comma dell'art. 114 c.p.p., le altre intercettazioni, in assenza di alcuna determinazione del pubblico ministero sul punto, non possono essere pubblicate stante il divieto dettato dal citato comma 2-*bis*. In caso di attivazione dell'udienza stralcio e, comunque, al termine delle indagini, divengono invece pubblicabili anche le ulteriori intercettazioni eventualmente indicate nell'elenco formato dal pubblico ministero ed in quello dei difensori dell'indagato, secondo le disposizioni impartite – in caso di disaccordo – dal giudice per le indagini preliminari. Si è però già osservato che è possibile che il pubblico ministero non formi alcun elenco nemmeno all'esito delle indagini ed in tal caso, a differenza di quello precedente, essendo oramai definitivamente superato lo sbarramento temporale entro il quale l'inquirente deve assumere le proprie determinazioni sul punto, si potrà riconoscere l'integrale facoltà di pubblicazione delle intercettazioni, in difetto di intercettazioni non acquisite al procedimento. Si tratta, evidentemente, di una scelta processuale che compete all'organo inquirente e che viene esercitata sotto la propria responsabilità, quale precisa declinazione del dovere di sorveglianza del procuratore della Repubblica. In tal senso, potrà allora tornare utile il ricorso al già indicato potere di selezione negativa, consistente nella formazione di un elenco non già delle intercettazioni rilevanti ma soltanto di quelle non acquisibili, e così sottratte non solo al diritto di copia dei difensori ma anche dalla possibilità di pubblicazione.

Ciò premesso, va detto ancora che il divieto di pubblicazione in esame – che, nell'interessare il contenuto dell'intercettazione, riveste carattere assoluto – non sconta eccezioni di sorta, estendendosi alle intercettazioni non acquisite sia sul versante contenutistico (è vietata la pubblicazione anche *parziale*) sia su quello temporale (è *sempre* vietata). E, d'altra parte, è proprio la rigidità del divieto di pubblicazione che consentirà di assicurare la tutela della riservatezza rispetto a comunicazioni e conversazioni captate nel corso delle indagini e di possibile interesse mediatico ma, allo stesso tempo, non rilevanti ai fini processuali. La forza del divieto di pubblicazione è rinvenibile, peraltro, nella stessa sanzione penale che tradizionalmente si associa alla violazione del divieto di pubblicazione, così come sancito dall'art. 684 c.p., che punisce con l'arresto fino a trenta giorni o con l'ammenda da € 51,00 ad € 258,00 chiunque pubblici, in tutto o in parte, anche per riassunto o a guisa d'informazione, atti o documenti di un procedimento penale, di cui sia vietata la pubblicazione. La norma, che secondo alcuni autori si atteggia quale norma penale in bianco, rinviene la norma giuridica impositiva del divieto di pubblicazione proprio nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 114 c.p.p.

3. La disciplina del captatore informatico.

È possibile ora soffermarsi sui modestissimi interventi apportati dalla contro-riforma alla disciplina del captatore informatico⁵², così come delineata dalla riforma Orlando. In disparte la riformulazione del comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p., di cui si

⁵² Il captatore informatico è un *malware* occultamente installato dagli inquirenti su dispositivi elettronici che consente agli investigatori di acquisire dati e informazioni del dispositivo, all'insaputa dell'utilizzatore del terminale. Esistono diversi tipi di *virus* informatici, tra i quali si possono ricordare quelli di tipo *backdoor* che permettono di assumere il controllo di un *computer*, i *keylogger* che sono in grado di memorizzare in un proprio *database* occulto le digitazioni effettuate dall'utente, il *trojan horse*, ovvero un particolare tipo di *backdoor* nascosto in un programma normalmente utilizzato dal *target*, e il *worm* che si moltiplica all'interno del sistema distruggendo i dati presenti. L'inoculazione del captatore informatico nel dispositivo elettronico portatile può avvenire con installazione *off-line*, per cui il tecnico deve disporre del sistema su cui installare l'agente, oppure con installazioni remote, di tipo *melting*, per cui si sostituisce un *file* abitualmente scaricato dal bersaglio (ad esempio una rivista *on-line*) con il *virus*, oppure di tipo *exploit*, per cui attraverso una accurata attività di *social engineering* si induce il *target* a scaricare e ad eseguire dei *files* quali documenti o applicativi inviati via *email* o realizzando degli appositi *web server*. A seconda della specificità del *virus* informatico, la giurisprudenza, in assenza di una mirata disciplina normativa, lo riconduce di volta in volta, e non senza difficoltà interpretative, all'istituto normativo più affine; il captatore informatico disciplinato dalla riforma Orlando è quello in grado di attivare il microfono del dispositivo elettronico mobile sul quale viene inoculato al fine di captare le conversazioni tra presenti cui l'utilizzatore dello *smarthphone* abbia preso parte, tanto da rendere evidente l'affinità con l'istituto disciplinato dall'art. 266, comma 2, c.p.p. e da giustificare l'inserimento di un nuovo, e successivo, comma 2-*bis*.

Sul tema del captatore informatico si vedano P. RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018, pag. 101 ss.; R. BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in G. Giostra e R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Torino, 2018, pag. 211 ss.; M. BONTEPELLI, [Il captatore informatico in attesa della riforma](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2018; C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 9, pag. 1210 ss.; R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 2, pag. 538 ss.; L. PALMIERI, [La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni](#), in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2018; M. GRIFFO, [Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore](#), in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2018. Prima della riforma, si vedano L. GIORDANO, [La prima applicazione dei principi della sentenza "Scurato" nella giurisprudenza di legittimità](#), in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 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.*, 1° giugno 2017; L. GIORDANO, [Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017; G. BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 3, pag. 379 ss.; A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2016, 11, pag. 4236 ss.; W. NOCERINO, *Le sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 10, pag. 3565 ss.; G. LASAGNI, [L'uso di captatori informatici \(trojans\) nelle intercettazioni "fra presenti"](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2016; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e corte europea*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, pag. 2274B ss.; E. LORENZETTO, [Il perimetro delle intercettazioni ambientali eseguite mediante "captatore informatico"](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 marzo 2016; G. CORASANITI, *Le intercettazioni "ubiquitarie" e digitali tra garanzia di riservatezza, esigenze di sicurezza collettiva e di funzionalità del sistema delle prove digitali*, in *Dir. informaz. informat.*, 2016, 1, pag. 88 ss. Per una approfondita analisi tecnico-giuridica si vedano C. PARODI e N. QUAGLINO, *Intercettazioni: tutte le novità (d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216)*, Milano, 2018, pag. 63 ss.

tratterà al paragrafo successivo, la novella interviene esclusivamente sugli artt. 266, comma 2-*bis*, e 267, commi 1 e 2-*bis*, c.p.p. estendendo il catalogo dei reati per i quali è sempre consentita l'intercettazione, anche in via d'urgenza, di comunicazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, non solo ai delitti contro la pubblica amministrazione commessi dai pubblici ufficiali ma anche a quelli posti in essere dagli incaricati di pubblico servizio, purché per tali reati sia comunque prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, così come determinata a norma dell'art. 4 c.p.p. Invero, la precisazione – dettata piuttosto dalla preoccupazione del legislatore di una interpretazione giurisprudenziale restrittiva – pare assolutamente superflua, posto che la precedente formulazione, introdotta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. "legge spazzacorrotti")⁵³, faceva ampio ed esaustivo riferimento alla generale categoria dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione che, efficacemente, rimanda, nel suo complesso, ai delitti previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale (ovvero agli artt. 314-335-*bis* c.p.).

Ne deriva che, quanto al resto, valgono le considerazioni già espresse in sede di commento alla disciplina Orlando, cui si rimanda⁵⁴. In sintesi, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile (generalmente il telefono cellulare sul quale viene occultamente inoculato un *malware* che attiva il microfono all'insaputa dell'utilizzatore), secondo le ordinarie regole dettate in tema di intercettazioni ambientali; pertanto, l'intercettazione risulta sempre consentita qualora si proceda per delitti di criminalità organizzata o di terrorismo, nonché in caso di delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di un pubblico servizio contro la pubblica amministrazione nei limiti edittali di pena sopra indicati, mentre, nei restanti casi, è ammessa parimenti senza limiti laddove intervenga in luoghi non domiciliari e, soltanto qualora vi sia fondato motivo di ritenere che ivi sia in corso di svolgimento l'attività criminosa, nel caso in cui invece le captazioni interessino i luoghi indicati dall'art. 614 c.p. Ne deriva, ancora oggi, una tripartizione della disciplina normativa⁵⁵, che tuttavia, già a seguito della l. n. 3/2019 cit., risulta ora parzialmente difforme rispetto alle coordinate tracciate nel precedente commento alla riforma Orlando. Accanto infatti alla disciplina ordinaria che differenzia, come detto, lo statuto normativo delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti, anche mediante captatore informatico, nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. da quelle in luoghi non connotati dal carattere di domiciliarità, si colloca, all'estremo opposto, la disciplina speciale prevista per i reati di criminalità organizzata e di terrorismo (di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.)

⁵³ Per una disamina delle novità introdotte si veda L. CAMALDO, [Le innovazioni introdotte dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019.

⁵⁴ In tema di intercettazioni nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, si veda G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità" e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018, pag. 139 ss.

⁵⁵ Sul punto, di recente, M. GRIFFO, [Il trojan e le derive del terzo binario](#), in *Sist. pen.*, 2/2020, p. 61 ss.

che, invece, avalla l'utilizzo indiscriminato del captatore indipendentemente dal luogo in cui si svolgono le operazioni. Il novero dei delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di un pubblico servizio contro la pubblica amministrazione (per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.) prevedeva, invece, una disciplina a mezza via, posto che seguiva la più emozionante configurazione dei reati di criminalità organizzata quanto alle intercettazioni ambientali tradizionali mentre si adeguava allo statuto dei reati comuni in caso di intercettazioni tra presenti effettuate mediante inserimento nel dispositivo portatile di un captatore informatico. Tale discrasia normativa è stata ora superata⁵⁶, tanto che tali delitti mutuano interamente la disciplina dei reati di criminalità organizzata, cui si equiparano dunque integralmente. Ciò non deve tuttavia far impropriamente ritenere che sia venuta meno la disciplina intermedia, la quale, al contrario, vige ancora sia in relazione ai procedimenti facenti capo ad un'associazione per delinquere seppur diversa da quelle richiamate dall'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 d.l. n. 152/1991 in forza di quanto indicato da Cass. sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889,⁵⁷ ma dall'altro non si applica la più estensiva disciplina del nuovo comma 2-bis dell'art. 266 c.p.p.) sia in relazione a tutti quei delitti la cui disciplina è stata equiparata all'art. 13 del citato d.l. n. 152/1991 senza però essere richiamata anche dall'art. 266, comma 2-bis, c.p.p.⁵⁸.

Ciò premesso, soltanto per richiamare le coordinate basilari dello statuto del captatore informatico, si ricorderà come, quanto ai presupposti ed alle forme del provvedimento, l'art. 267 c.p.p., come novellato e sopravvissuto alla contro-riforma, richieda, nel corpo del decreto che autorizzi l'intercettazione mediante agente intrusore, uno sforzo motivazionale ulteriore da parte del giudice⁵⁹: infatti, oltre che la sussistenza di gravi indizi di reato e l'indispensabilità del ricorso al mezzo intercettativo⁶⁰, si richiede anzitutto l'indicazione delle ragioni che rendano necessaria tale modalità captativa per

⁵⁶ Ciò è stato realizzato dall'art. 1, comma 3 e comma 4, lett. a), legge 9 gennaio 2019, n. 3 che ha abrogato il comma 2 dell'art. 6 decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 ed ha al contempo inserito i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4 c.p.p., nel comma 2-bis dell'art. 266 c.p.p., modifica confermata dal decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161 che, come detto, si è limitato a precisare che il citato comma 2-bis attiene anche ai delitti contro la pubblica amministrazione commessi dagli incaricati di pubblico servizio.

⁵⁷ Cfr. Cass. sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889, Rv. 266906, cit.

⁵⁸ Il riferimento è all'art. 9 legge 11 agosto 2003, n. 228 che estende l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 13 decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in relazione ai procedimenti per i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del codice penale (al netto delle ipotesi ricomprese nell'art. 51, comma 3-bis, c.p.p.), nonché a quelli previsti dall'art. 3 legge 20 febbraio 1958, n. 75.

⁵⁹ In tema di motivazione dei decreti di intercettazione, si veda S. MENDICINO, *Legittimità delle intercettazioni: il delicato tema della motivazione dei decreti autorizzativi*, in *Dir. e giust.*, 2016, 82, pag. 10.

⁶⁰ Oppure la sussistenza di sufficienti indizi e la necessità del ricorso all'intrusione occulta nel caso di reati riconducibili allo statuo speciale delle intercettazioni in materia di criminalità organizzata e fattispecie equiparate.

lo svolgimento delle indagini, elemento che, se si era valorizzato quale sintomo della particolarità della tipologia di captazione, tale da richiedere 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, non può essere fatto coincidere con quello di certa infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale, quanto piuttosto può individuarsi nella prospettazione, anche logica, di una meno agevole praticabilità delle operazioni tradizionali. Inoltre, salvo che si proceda per delitti di criminalità organizzata o di terrorismo o contro la pubblica amministrazione, come già anticipato, il decreto autorizzativo deve anche indicare i luoghi e il tempo, anche indirettamente indeterminati, in relazione ai quali sia consentita l'attivazione del microfono, evidentemente allo scopo di evitare il rischio di un'apprensione indiscriminata e ininterrotta delle conversazioni che si protragga senza soluzione di continuità, esponendo il bersaglio ad una illimitata compressione della sua riservatezza⁶¹. A tal proposito, si era osservato come il rischio opposto fosse però quello di una non agevole individuazione preventiva, all'atto dell'autorizzazione in vista dei successivi ascolti, del luogo e del tempo in cui si svolgeranno le conversazioni d'interesse operativo. 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 indiretta⁶². Ma forse ancor più innovativa è stata la previsione relativa alla determinazione del tempo in relazione al quale è consentita l'attivazione del microfono, posto che tradizionalmente la durata delle intercettazioni è già individuata in ragione di un arco temporale massimo (normalmente di quindici giorni), prorogabile con decreto del giudice per ulteriori periodi di quindici giorni. Tale elemento non supera ora certamente la disciplina tradizionale ma vi si accompagna per rendere ancor più stringente l'attivazione del microfono. Ne consegue che il pubblico ministero⁶³ continuerà a determinare, ai sensi dell'art. 267, comma 3, c.p.p. la durata delle

⁶¹ La previsione realizza, seppur non appieno, quanto indicato dall'art. 1, comma 84, lett. e), n. 1) 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.

⁶² 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.

⁶³ 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

operazioni (poi prorogabili con decreto del giudice) mentre quest'ultimo dovrà autorizzare i tempi nei quali è consentita l'attivazione del microfono: ne deriva una disciplina composita nell'ambito della quale⁶⁴, fissata la durata complessiva delle operazioni, gli ascolti avverranno in ragione di specifiche occasioni preventivamente determinate. La distinzione è fondamentale anche per cogliere il senso dell'art. 89, comma 5, 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, termine che coincide ovviamente con quello della durata delle operazioni e non certamente del singolo e specifico ascolto e che impone, come già si era fatto notare, una certa elasticità interpretativa, anche in considerazione delle serie (e altrettanto trascurate) difficoltà operative proprie dell'inoculazione del captatore, che non consentirebbero un continuo *valzer* di inoculazioni e disinstallazioni.

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 procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e, come già detto, ora anche per quelli dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4 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.

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 portatile⁶⁵. I commi 2 segg. dell'art. 89 disp. att. c.p.p. prevedono

dicembre 2014-dep. 8 gennaio 2015, n. 281, non massimata; *id.* 7 marzo 1997, n. 5655, Rv. 209312).

⁶⁴ 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. e per quelli contro la pubblica amministrazione già indicati.

⁶⁵ 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).

Sul tema il D.M. 20 aprile 2018 prevede ora, all'art. 4, i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore: essi sono elaborati in modo da assicurare integrità, sicurezza e autenticità dei dati captati su tutti i canali di trasmissione riferibili al captatore, da consentire che solo gli operatori autorizzati abbiano accesso agli strumenti di comando e funzionamento del captatore, da prevedere inoltre misure di offuscamento o evasione per impedire l'identificazione del captatore e dei dati captati, sia da parte di operatori umani, che per mezzo di specifico *software*, nonché misure idonee ad assicurare la permanenza e l'efficacia del captatore sul dispositivo durante tutto il periodo di attività autorizzata e con i limiti previsti dal provvedimento autorizzativo, in modo da garantire il completo

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 giustizia. Come noto, l'art. 268, comma 3, c.p.p. prescrive che le operazioni di intercettazione possano essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica⁶⁶, salva ovviamente la facoltà di remotizzazione del segnale per il solo ascolto presso le apposite sale predisposte a tal fine presso le forze dell'ordine⁶⁷. 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 possa 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 tecnologico⁶⁸. 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 registrato⁶⁹. Tuttavia, quando risulti impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, i quali dunque vengono acquisiti dal captatore ma non immediatamente

controllo da remoto. I programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore consentono la trasmissione di tutte le informazioni necessarie a definire il contesto dell'acquisizione e sono periodicamente adeguati a *standard* di funzionalità ed operatività in linea con l'evoluzione tecnologica. Ora si veda anche l'art. 2, comma 3, d.l. n. 161/2019.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Si vedano Cass. 21 gennaio 2015, n. 6846, Rv. 263430 e *id.* 13 marzo 2014, n. 17879, Rv. 260008.

⁶⁸ 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).

⁶⁹ Cfr. art. 89, comma 3, disp. att. c.p.p.

trasmessi al *server* della procura⁷⁰, 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 1° 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 dal 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 inutilizzabilità⁷¹. L'unico intervento in punto inutilizzabilità attiene infatti, già nel testo della riforma Orlando, all'inserimento di un nuovo comma 1-*bis* nell'art. 271 c.p.p.⁷², ove si stabilisce 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.

4. L'utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti e "l'alto travisamento" delle sezioni unite "Cavallo".

All'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni si riconduce anche la disciplina, dettata dall'art. 270 c.p.p., relativa all'utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti, solo in parte interessata dalle riforme in esame ma oggetto di un

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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).

⁷² In tema, N. GALATINI, [Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina](#), in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2018.

recentissimo arresto del giudice della nomofilachia. È fisiologico che nel corso delle operazioni di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, legittimamente autorizzate sulla base della grave o sufficiente provvista indiziaria relativa ad una o più ipotesi di reato contemplate nel catalogo declinato dall'art. 266 c.p.p., emergano diversi ed ulteriori fatti, di altrettanto rilievo penale, posti in essere dal bersaglio dell'intercettazione o anche, eventualmente, da soggetti terzi cui i collocatori facciano riferimento più o meno esplicito. Tali captazioni costituiscono, all'evidenza, un possibile elemento di prova, frequentemente di elevata affidabilità, in ordine al fatto-reato di nuova emersione ed è una questione culturale, prima ancora che giuridica, quella di abilitare o, al contrario, di limitare l'utilizzazione di tali risultanze investigative: un difficile equilibrio di valori contrapposti che, evidentemente, anche a seconda della differente sensibilità dell'interprete, portano a propendere verso esigenze di sicurezza collettiva e di repressione dei reati piuttosto che per una più robusta tutela del diritto alla segretezza ed alla riservatezza di ogni forma di comunicazione. Esigenze che entrambe sono direttamente riconducibili a fonti di rango elevatissimo, quali da un lato l'art. 22 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 6 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, dall'altro, l'art. 15 della Costituzione repubblicana.

Come si diceva, né la riforma Orlando né la contro-riforma Bonafede hanno interessato il 1° comma dell'art. 270 c.p.p. che, insindacabilmente, stabilisce che i risultati delle intercettazioni non possano essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali siano stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali sia obbligatorio l'arresto in flagranza. La riforma del 2017 aveva interpolato la norma mediante l'inserimento di un nuovo comma 1-bis che prevedeva che i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non potessero essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali fosse stato emesso il decreto di autorizzazione, ad eccezione del caso in cui fossero indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza di reato. Ora la norma cambia volto e prevede invece, nella sua più recente formulazione, che, fermo restando quanto previsto dal 1° comma, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possano essere utilizzate anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali sia stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'art. 266, comma 2-bis, c.p.p. Prima di affrontare il tema è necessario, però, fare un passo indietro e ripercorrere la nutrita evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in materia.

In dottrina si sono contese il campo più tesi⁷³ che si sono prodigate alla ricerca della *ratio* fondante il divieto d'uso sancito dalla normativa codicistica. Secondo alcuni

⁷³ Sul tema dell'utilizzabilità delle intercettazioni in altro procedimento, si vedano, tra i tanti, L. GIORDANO, *Divieto di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: il rilievo dell'unitarietà iniziale*, in *Ilpenalista.it*, 22 maggio 2019; A. GASPARRE, *Condanato a causa delle intercettazioni autorizzate per reati e soggetti diversi: quelle conversazioni erano utilizzabili?*, in *Dir. e giust.*, 2019, 49, pag. 8 ss.; P. SPERANZONI, *Quale sorte per le intercettazioni provanti ipotesi di reato diverse da quelle per le quali erano state autorizzate? Nota a ordinanza Cass. pen. sez. V, n. 11160 del 13.3.2019 (ud. 13.2.2019)*, in *Il Foro Malatestiano*, 2019, 1; L. PIRAS, *Utilizzabilità delle*

autori la norma radicherebbe le sue fondamenta sull'insegnamento fornito da Corte cost. 4 aprile 1973, n. 34 che, nell'indicare la chiave di lettura dell'art. 15 Cost. in tema di libertà e segretezza di ogni forma di comunicazione, ha sottolineato che il disposto costituzionale non trova soddisfazione nel solo obbligo di una puntuale motivazione del decreto autorizzativo dell'intercettazione telefonica da parte dell'autorità giudiziaria, ma richiede anche, oltre a garanzie di natura tecnica, altrettante assicurazioni di ordine giuridico che attengono al controllo sulla legittimità del decreto di autorizzazione ed ai limiti entro i quali il materiale raccolto attraverso le intercettazioni sia utilizzabile nel processo, tra cui vi rientra anche il principio secondo il quale non può essere acquisito e utilizzato nel processo se non il materiale probatorio rilevante per l'imputazione di cui si discute⁷⁴. In realtà si è obiettato che la Corte, nel fornire la prospettata lettura della disciplina costituzionale, non stesse affatto affrontando il tema del divieto d'uso delle intercettazioni in altri procedimenti, quanto invece la tutela della *privacy* rispetto a colloqui non pertinenti⁷⁵. Altra tesi⁷⁶ incentra invece il *focus* dell'art. 270 c.p.p. sul pericolo di propagazione illimitata del contenuto delle intercettazioni, individuando quindi nella norma in esame uno strumento atto ad arginare la lesione del diritto alla segretezza di ogni forma di comunicazione; altro autore⁷⁷ ritiene, al contrario, che la disciplina tuteli il diritto di difesa delle parti del procedimento *ad quem*, le quali sarebbero ostacolate – in ipotesi di illimitata circolarità delle captazioni – nel vagliare la regolarità delle operazioni di intercettazione effettuate in altro procedimento, tanto che il 2° comma della disposizione si preoccupa appunto di disciplinare l'accesso a verbali e registrazioni presso l'autorità competente per il diverso procedimento. Ma la tesi che ha riscontrato maggiori condivisioni⁷⁸ individua il fondamento della disciplina nella garanzia costituzionale della motivazione, tanto che il vaglio preventivo del giudice verrebbe meno proprio nel caso in cui si avallasse la piena ed indiscriminata

intercettazioni acquisite in altri procedimenti: precisazioni della Corte, in *Dir. e giust.*, 2018, 62, pag. 4 ss.; M. S. CHELO, *Il procedimento "diverso" ex art. 270 c.p.p. ovvero la portata del divieto di utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche*, in *Ilpenalista.it*, 17 marzo 2016; F. G. CAPITANI, *La Cassazione detta il vademecum per l'utilizzo delle intercettazioni in procedimenti diversi*, in *Dir. e giust.*, 2016, 4, pag. 30 ss.; D. LA MUSCATELLA, *La Suprema Corte ritorna sull'utilizzabilità delle intercettazioni: il presupposto della diversità dei procedimenti va verificato su un piano sostanziale*, in *Dir. e giust.*, 2015, 30, pag. 146 ss.; A. NAPPI, *Sull'utilizzazione extrapenale dei risultati delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2014, 1, pag. 386B ss.; C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 10, pag. 3638B ss.; 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 *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2011.

⁷⁴ Cfr. G.G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, I, pag. 3260.

⁷⁵ Si veda A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, pag. 273.

⁷⁶ Sul punto, cfr. D. POTETTI, *L'art. 270 del codice di procedura penale fra tutela della segretezza ed esigenza di conservazione della prova*, in *R. pen.*, 1993, pag. 787 ss.

⁷⁷ Cfr. F. DE LEO, *Vecchio e nuovo in materia di intercettazioni telefoniche riguardanti reati non previsti nel decreto di autorizzazione*, in *Foro it.*, 1989, 2, pag. 22 ss.

⁷⁸ Si vedano, tra gli altri, P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, pag. 174 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, pag. 182 ss.; M. LONGO, *L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altro procedimento*, in *Cass. pen.*, 2007, pag. 861 ss.; F. RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, pag. 102 ss.

utilizzabilità di ogni risultanza probatoria emersa dalle operazioni di intercettazione anche in riferimento a procedimenti diversi rispetto a quello nell'ambito del quale le operazioni sono state autorizzate previo vaglio motivato dell'autorità giudiziaria. La tesi muove dalla pronuncia di Corte cost. 11 luglio 1991, n. 366⁷⁹ secondo cui l'utilizzazione delle intercettazioni come prova in altro procedimento trasformerebbe l'intervento del giudice richiesto dall'art. 15 Cost., vanificando l'esigenza più volte affermata dal giudice delle leggi che il provvedimento giudiziale sia puntualmente motivato, in una inammissibile "autorizzazione in bianco", con conseguente lesione della sfera privata legata alla garanzia della libertà di comunicazione e al connesso diritto di riservatezza incombente su tutti coloro che ne siano venuti a conoscenza per motivi di ufficio. Secondo la Corte dunque la disciplina dettata dall'art. 270 c.p.p. individua un ragionevole punto di equilibrio tra primarie esigenze di tutela dell'individuo, inerenti al nucleo dei diritti fondamentali, e l'interesse pubblico primario all'accertamento dei reati, equilibrio incentrato sull'intervento del giudice, cui spetta di dar conto degli specifici presupposti per autorizzare l'attività captativa, da ritenersi strettamente correlato all'ambito di quella autorizzazione, con la conseguenza che l'utilizzabilità degli esiti non può non dipendere da quella correlazione, in rapporto alla concreta disciplina dettata dal legislatore.

È sulla base di tali premesse che si sono sviluppati diversi orientamenti interpretativi della nozione di "diverso procedimento" cui è ricollegata a filo diretto l'operatività della disciplina dettata dall'art. 270 c.p.p., che – nel fare divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti⁸⁰ – fa espressamente salva l'ipotesi dei delitti per i quali sia obbligatorio l'arresto in flagranza, nel catalogo pertanto declinato dall'art. 380 c.p.p., per poi occuparsi, ai successivi commi 2 e 3, delle garanzie difensive ineludibilmente volte a non ostacolare il pieno esercizio del diritto di difesa nell'ambito del procedimento *ad quem*.

È la stessa ordinanza di remissione alle sezioni unite⁸¹ – per la composizione del conflitto interpretativo venutosi a creare – che, come di consueto, si confronta con le diverse tesi giurisprudenziali che si contendono il campo. Un primo orientamento, che muove da una concezione sostanzialistica che prescinde dalla unitarietà o meno del

⁷⁹ V. anche, sulla stessa linea, Corte cost. 10 febbraio 1994, n. 63, a giudizio della quale una trasformazione dell'ordinamento normativo tale da permettere la piena utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telefoniche nell'ambito di processi diversi da quello per il quale le stesse sono state legalmente autorizzate sarebbe contrastante con le garanzie poste dall'art. 15 Cost. a tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni, dal momento che trasformerebbe l'intervento del giudice, richiesto dal ricordato art. 15 per l'irrogazione in concreto di restrizioni alla predetta libertà, in un'inammissibile autorizzazione in bianco a disporre le intercettazioni, con conseguente lesione della sfera privata, legata al riconoscimento del diritto inviolabile di libertà di comunicazione e al connesso dovere di riservatezza incombente su tutti coloro che per ragioni d'ufficio vengano a conoscenza di fatti inerenti a quella sfera.

⁸⁰ La formulazione lessicale della norma non pare del tutto corretta laddove si fa riferimento a *procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti* anziché, come meglio invece è scritto nella *Relaz. al progetto preliminare e al testo definitivo del c.p.p.*, a procedimenti diversi da quelli nei quali [n.d.r. le intercettazioni] sono state disposte.

⁸¹ Cass. ord., sez. VI, 13 febbraio 2019, n. 11160, non massimata.

procedimento *ab origine*, esclude che nella nozione di procedimento diverso vi rientrino i procedimenti che abbiano ad oggetto indagini strettamente connesse o collegate sotto il profilo *oggettivo, probatorio e finalistico* al reato in relazione al quale le operazioni di intercettazioni sono state disposte⁸². In buona sostanza, si afferma che i procedimenti sono diversi quando esiste tra i due fatti-reato, storicamente differenti, un collegamento meramente *occasionale*, senza che invece tra le *notitiae criminis* sussista alcun altro nesso derivante dalla connessione di cui all'art. 12 c.p.p. o dal collegamento investigativo *ex art. 371, comma 2, c.p.p.*: in particolare, si individua il nesso *oggettivo* tra procedimenti nei casi indicati dall'art. 12, comma 1, lett. *a)* e *b)*, c.p.p. ovvero nel caso in cui dall'intercettazione nei confronti di uno degli autori del fatto-reato per cui si procede emerga la prova della corresponsabilità di un coautore del medesimo fatto (art. 12, comma 1, lett. *a)* c.p.p.)⁸³ nonché qualora dall'intercettazione relativa ad un determinato fatto-reato per cui si procede emergano ulteriori reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso (art. 12, comma 1, lett. *b)* c.p.p.)⁸⁴. Il nesso è *finalistico* qualora invece dall'intercettazione relativa ad un determinato fatto-reato per cui si procede emergano ulteriori reati gli uni commessi per eseguire o per occultare gli altri (art. 12, comma 1, lett. *c)* c.p.p.)⁸⁵ nonché se si tratti di reati dei quali gli uni siano stati commessi in occasione degli altri, o per conseguirne o assicurarne al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità, o che siano stati commessi da più persone in danno reciproco le une dalle altre⁸⁶ (art. 371, comma 2, lett. *b)*, prima parte, c.p.p.); infine, il nesso può dirsi *probatorio* quando la prova di un reato o di una sua circostanza influisca sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza (art. 371, comma 2, lett. *b)*, seconda parte, c.p.p.)⁸⁷ e quando la prova di più reati derivi, anche in parte, dalla stessa fonte (art.

⁸² Cfr. Cass. 28 febbraio 2018, n. 28516, Rv. 273226; *id.* 20 gennaio 2015, n. 26693, Rv. 264001; *id.* 23 settembre 2014, n. 52503, Rv. 261971; *id.* 10 ottobre 2013, n. 3253, Rv. 258591; *id.* 11 dicembre 2012, n. 49930, Rv. 253916; *id.* 15 novembre 2012, n. 46244, Rv. 254285; *id.* 10 maggio 1994, n. 2135, Rv. 199917. Avallano incidentalmente tale orientamento anche le sezioni unite (cfr. Cass. sez. un. 26 giugno 2014, n. 32697, Rv. 259777) che ritengono decisiva l'esistenza di una connessione tra il contenuto della originaria notizia di reato per la quale sono disposte le intercettazioni ed i reati per i quali si procede sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico.

⁸³ In realtà, anche considerato che le intercettazioni possono riguardare qualunque soggetto a qualsiasi titolo implicato nell'indagine, e quindi anche soggetti diversi dagli autori dei fatti (si vedano, *ex plurimis*, Cass. 20 ottobre 2015, n. 42763, Rv. 265127; *id.* 20 febbraio 2003, n. 11023, Rv. 223913; *id.* 11 luglio 2000, n. 4979, Rv. 216747; *id.* 10 luglio 1996, n. 8832, Rv. 205766), è evidente che l'intercettazione autorizzata in relazione ad un determinato fatto-reato è utilizzabile, a prescindere dalla corresponsabilità o meno del soggetto intercettato, per la prova della responsabilità del o dei relativi autori.

⁸⁴ Si pensi, esemplificando, al caso in cui intercettando gli autori di una rapina si colgano elementi di prova relativi ad una rapina successivamente perpetrata con modalità analoghe.

⁸⁵ Così che il nesso teleologico sussisterà sia nel caso in cui, intercettando per un'ipotesi di falso in atto pubblico emerga la strumentalità di quel fatto rispetto al delitto di truffa, sia qualora, al contrario, le intercettazioni siano state autorizzate per una rapina ed emerga un successivo delitto di lesioni personali nei confronti di possibili testimoni poste in essere per vanificare l'identificazione dell'autore del fatto.

⁸⁶ Come nell'ipotesi di una lite tra più contendenti, uno dei quali, dapprima vittima di lesioni personali, si sia poi illecitamente introdotto con violenza nel domicilio altrui.

⁸⁷ Come avviene nel caso della prova del reato di evasione commesso da un detenuto che può influire

371, comma 2, lett. c), c.p.p.)⁸⁸, con la dovuta precisazione che in tali ultimi casi la stessa fonte non può ovviamente essere costituita, pena la violazione dell'art. 270 c.p.p., dalla stessa intercettazione interessata. Ne consegue che, secondo tale orientamento, la diversità tra procedimenti è ravvisabile – non emergendo alcun nesso nemmeno di tipo investigativo – in ipotesi di collegamento tra le regiudicande di tipo meramente fattuale ed occasionale⁸⁹. Nell'ambito di tale filone interpretativo si inserisce un ulteriore contrasto tra coloro che⁹⁰, in presenza di una stretta connessione oggettiva, probatoria o finalistica, ammettono l'utilizzabilità della risultanza delle operazioni di intercettazione anche rispetto a reati emergenti dall'attività di captazione che non consentirebbero di per sé il ricorso al mezzo di ricerca della prova⁹¹ e coloro che invece la escludono in radice.

Un secondo orientamento, di formazione più recente ma che negli ultimi anni si è fatto strada con una certa determinazione, ritiene invece che, una volta che siano state legittimamente disposte le intercettazioni per un determinato titolo di reato riconducibile al catalogo di cui all'art. 266 c.p.p., le risultanze probatorie emerse dalle predette operazioni siano utilizzabili per tutti i reati relativi al medesimo procedimento, posto che la disciplina dell'art. 270 c.p.p. entra in gioco soltanto in caso di procedimento originariamente diverso mentre non si applica all'ipotesi di procedimento successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati⁹². Anche all'interno di tale filone giurisprudenziale si assiste poi alla divaricazione, già richiamata, tra i sostenitori dell'utilizzabilità anche con riferimento a reati per i quali non sarebbero autonomamente esperibili le intercettazioni⁹³ e quelli invece che indicano che rispetto a tali reati devono comunque sussistere le condizioni di cui all'art. 266 c.p.p.⁹⁴ E sul tema è la stessa ordinanza di rimessione alle sezioni unite che condivisibilmente osserva che il problema rischia di introdurre un requisito non previsto dalla normativa posto che, a fronte di operazioni legittimamente disposte in origine, l'unica norma che vale a delimitare la concreta utilizzabilità è l'art. 270 c.p.p.

Un terzo e risalente indirizzo escludeva invece, al di fuori dei casi tassativamente indicati dall'art. 270 c.p.p., la possibilità di utilizzazione delle risultanze captative in diverso procedimento anche in ipotesi di connessione oggettiva o probatoria⁹⁵.

sull'accertamento del delitto, previsto dall'art. 387 c.p., a carico del custode che per colpa l'abbia cagionata.

⁸⁸ Come nel caso di una perquisizione domiciliare finalizzata alla ricerca di documentazione utile alla prova di reati fiscali, nel corso della quale sia rinvenuto un non modico quantitativo di sostanza stupefacente.

⁸⁹ Cfr. Cass. 5 novembre 2015, n. 2608, Rv. 266423.

⁹⁰ Così Cass. 16 marzo 2016, n. 45535, Rv. 268453.

⁹¹ Si pensi al caso di intercettazioni per più episodi di furti nell'ambito delle quali emerga anche una ipotesi di truffa contrattuale.

⁹² In tal senso si vedano Cass. 9 febbraio 2018, n. 15288, Rv. 272852; *id.* 26 aprile 2017, n. 31984, Rv. 270431; *id.* 1° marzo 2016, n. 21740, Rv. 266921; *id.* 23 febbraio 2016, n. 9500, Rv. 267784; *id.* 25 novembre 2015, n. 50261, Rv. 265757; *id.* 15 luglio 2015, n. 41317, Rv. 265004; *id.* 8 aprile 2015, n. 29907, Rv. 264382; *id.* 16 dicembre 2014, n. 6702, Rv. 262496; *id.* 4 novembre 2014, n. 53418, Rv. 261838.

⁹³ Così Cass. 21 febbraio 2018, n. 19496, Rv. 273277; *id.* 23 agosto 2016, n. 35536, Rv. 267598.

⁹⁴ Cfr. Cass. 18 dicembre 2015, n. 1924, Rv. 265989; *id.* 17 giugno 2015, n. 27820, Rv. 264087; *id.* 4 ottobre 2012, n. 49745, Rv. 254056.

⁹⁵ Si vedano Cass. 3 luglio 1991, n. 9993, Rv. 188356; *id.* 11 dicembre 2008-dep. 28 gennaio 2009, n. 4169, Rv.

Alla luce di tale contrasto, l'ordinanza rimessiva affida alle sezioni unite la soluzione del seguente quesito di diritto: *“se a seguito di autorizzazione allo svolgimento di operazioni di intercettazione per uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., le conversazioni intercettate siano comunque utilizzabili per tutti i reati oggetto del procedimento e se dunque la nozione di “diverso procedimento” di cui all'art. 270 c.p.p. sia applicabile solo nel caso di procedimento ab origine diverso e non anche nel caso di reato basato su notizia di reato emergente dalle stesse operazioni di intercettazione, ma priva di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con il reato o i reati per i quali le intercettazioni sono state autorizzate”*.

Le sezioni unite sono recentemente intervenute sul punto⁹⁶, prendendo le mosse dalla già richiamata giurisprudenza costituzionale che – nel fornire indicazioni essenziali nell'esame della questione controversa, per stessa ammissione del relatore – ribadisce come l'autorizzazione giudiziale alle captazioni non si limiti a legittimare il ricorso al mezzo di ricerca della prova *ma circoscriva l'utilizzazione dei suoi risultati ai fatti-reato che all'autorizzazione stessa risultino riconducibili: essa, infatti, deve dar conto dei «soggetti da sottoporre a controllo» e dei «fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede»* (Corte cost., sent. n. 366 del 1991); riferimento quest'ultimo, che rende ragione della delimitazione dell'utilizzabilità probatoria dei risultati dell'intercettazione ai reati riconducibili all'autorizzazione giudiziale. Ciò rende ragione, anzitutto, del perché la Corte escluda in radice il secondo degli orientamenti citati che, ancorando il parametro di valutazione al dato formale del *contenitore dell'attività d'indagine* – ovvero sia sul procedimento, la cui nozione è tutt'altro che univoca nel codice di rito, in quanto connotato da un certo numero di iscrizione – ne evidenzia già di per sé l'incompatibilità con la portata dell'autorizzazione giudiziale delineata dall'art. 15 Cost. Specularmente, i giudici del Palazzaccio accantonano anche il terzo orientamento poiché esso si fonda sull'equazione *procedimento/reato*, smentita dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. e confliggente con la disciplina dettata dall'art. 335 c.p.p., avallando invece il primo degli indirizzi citati, pur non senza una specifica puntualizzazione. Ritenendo infatti che in ipotesi di connessione *ex art. 12 c.p.p.* tra reato autorizzato e reato sopravvenuto operi quel legame sostanziale imprescindibile per la riconducibilità del secondo al provvedimento autorizzatorio, in linea con i dettami costituzionali, si afferma che ciò non si verifica invece in caso di mero collegamento investigativo *ex art. 371 c.p.p.* laddove, non rinvenendosi nemmeno una parziale coincidenza delle regiudicande oggetto dei procedimenti connessi ma, al contrario, un mero collegamento processuale per esigenze strettamente investigative, la sussistenza di tale legame, di scarsa intensità, esclude la riconducibilità del nuovo reato all'autorizzazione giudiziale prestandosi all'elusione della garanzia costituzionale della motivazione del provvedimento autorizzatorio. In definitiva, la soluzione adottata dalla suprema corte è dunque quella secondo cui il divieto sancito dall'art. 270 c.p.p. non opera, oltre che nel caso di reati, successivamente emersi, che siano ricompresi tra quelli per cui è previsto l'arresto obbligatorio in

242836 e, più di recente, *id.* 11 dicembre 2012, n. 49930, Rv. 253916.

⁹⁶ Cfr. Cass. sez. un. 28 novembre 2019-dep. 2 gennaio 2020, n. 51, Rv. 277395. Sul tema, F. ALVINO, *Bene captum, male retentum: riflessioni in merito all'art. 270 c.p.p., in materia di circolazione endoprocedimentale delle intercettazioni, e a margine delle sezioni unite Cavallo*, in *Il dir. vivente*, 18 gennaio 2020.

flagranza, anche 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 legge⁹⁷. Peraltro, su tale ultimo aspetto, la corte omette di chiarire se mantenga persistente validità l'indirizzo⁹⁸, sinora piuttosto pacifico, 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.

Così chiarita la questione, non si può non osservare come la pronuncia si fondi su di una certa contraddizione. Delle due l'una: o si ritiene che l'autorizzazione del giudice circoscriva *soggetti e fatti* costituenti reato, *delimitando l'utilizzabilità probatoria dei risultati delle intercettazioni ai reati riconducibili all'autorizzazione giudiziale* (pag. 9 delle motivazioni), con la conseguenza che soltanto rispetto a quei soggetti già individuati e quei reati già originariamente ipotizzati e, per questo, oggetto di preventivo vaglio motivazione da parte del giudice, sia possibile utilizzare le intercettazioni poi conseguite, oppure, al contrario, se si vuole ritenere che il legame sostanziale tra le regiudicande giustifichi l'utilizzabilità delle registrazioni rispetto a fatti successivamente emersi e connessi a quelli originali nei casi disciplinati dall'art. 12 c.p.p., si dovrà necessariamente ammettere, per contro, che l'autorizzazione non sia poi così impermeabile rispetto ai successivi e non del tutto preventivabili sviluppi investigativi dell'indagine. In effetti, la pronuncia in commento si spende alla ricerca di un legame sostanziale tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione è stata emessa e quello emerso grazie ai risultati di tale intercettazione (la citata *riconducibilità all'autorizzazione giudiziale*), legame che però non è evidentemente in grado di riportare il nuovo reato – o il nuovo soggetto – al provvedimento autorizzatorio emesso dal giudice. Se si ostende infatti la motivazione, precipuamente finalizzata a riscontrare la preventiva sussistenza di tutti i requisiti richiesti dalla legge per ricorrere allo strumento intercettivo, ad invalicabile spartiacque tra – in termini rigorosamente probatori – l'utile ed il superfluo, ci si avvede che la sua prospettata portata abilitativa – di esclusiva elaborazione pretoria – non può necessariamente travalicare quei confini che – nel risultare apprezzabili proprio nel corpo della motivazione stessa – non potevano che essere già ivi esplicitati, con la conseguenza che tutto ciò che non era noto in origine non può essere recuperato a posteriori, non in ipotesi di collegamento investigativo ma nemmeno in caso di connessione, posto che il pur più robusto vincolo sostanziale non esclude il fatto che su quei reati o su quei soggetti la motivazione non abbia preso posizione. In altre parole, l'autorizzazione è motivazione e la motivazione è

⁹⁷ Tale ultima limitazione si giustifica, secondo le sezioni unite, in ragione del fatto che – se i limiti di ammissibilità delle intercettazioni definiscono il *perimetro legale all'interno del quale il giudice deve operare le valutazioni relative alla sussistenza, nella fattispecie concreta, dei presupposti dell'autorizzazione* – l'utilizzazione probatoria rispetto a reati non rientranti nei predetti margini normativi si tradurrebbe inevitabilmente nel surrettizio ed inevitabile aggiramento degli stessi.

⁹⁸ 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.

per il passato e non per il futuro. Salvo dunque voler riconoscere al giudice, e ancor prima al pubblico ministero, velleità per certi versi chiromantiche, il percorso motivazionale della suprema corte non pare convincente. Infatti, la soluzione adottata – nell’incentrarsi sul più o meno prevedibile sviluppo dell’indagine e sul più o meno inteso legame tra notizia di reato originaria e sopravvenuta – perde per strada ogni collegamento con il dato di partenza, coincidente – lo si ricorderà – con il perimetro tracciato dal giudice nel corpo motivazionale del decreto autorizzativo, perimetro che non può necessariamente esorbitare da quello che in allora non era ancora noto.

Facendo un passo indietro, pare a chi scrive che il difetto si rinvenga all’origine. Bisogna infatti prendere le mosse dalla nozione di procedimento che – se è vero che nel codice non è univoca⁹⁹ – è altrettanto vero che, con specifico riferimento all’art. 270 c.p.p., nella sua lettura integrale, risulta chiaramente riferita alla sua accezione più ampia, posto che nell’ultimo comma, tra le garanzie che si riconoscono alle parti del procedimento *ad quem*, vi è quella di esaminare i verbali e le registrazioni *in precedenza depositati* nel *procedimento* in cui le intercettazioni furono autorizzate, ciò che fa comprendere molto chiaramente come la disposizione dell’art. 270 c.p.p., come correttamente sostenuto dal secondo degli orientamenti giurisprudenziali esaminati, abbia gioco esclusivamente rispetto a diversi procedimenti in senso formale, posto che non sarebbe altrimenti possibile apprezzare, nell’ambito del medesimo fascicolo, un precedente deposito di intercettazioni di cui il legislatore tenga a sottolineare l’estraneità originaria¹⁰⁰. Ma non è tutto. Tanto il richiamo all’*autorità competente* per il diverso procedimento, di cui al 2° comma, quanto l’inclusione del *pubblico ministero* tra i soggetti cui, al comma 3°, è riconosciuta la facoltà di esaminare verbali e registrazioni precedentemente depositati, corroborano la tesi per cui il procedimento diverso non può certamente coincidere con un reato captato nel corso della medesima indagine, dove l’autorità competente è la stessa di quella che già procede e dove il pubblico ministero, per le medesime ragioni, non ha certo necessità di esaminare i verbali e le registrazioni che già conosce. Tali argomenti paiono essere confermati anche dalla *Relazione al progetto preliminare ed al testo definitivo del codice di procedura penale* che giustifica i limiti alla circolazione extraprocedimentale delle intercettazioni non già secondo quanto indicato dal giudice costituzionale quanto piuttosto nell’interesse di limitare il sacrificio del diritto di difesa e gli inconvenienti derivanti dalla trasmissione solo parziale degli atti, tutti elementi che nuovamente danno conto di come l’intera disciplina dell’art. 270 c.p.p.

⁹⁹ Le sezioni unite fanno notare come il *procedimento*, ossia quella *serie ordinata di atti diretti alla pronuncia di una decisione penale, ciascuno dei quali, in quanto validamente compiuto, fa sorgere il dovere di porre in essere il successivo ed, al contempo, è esso stesso realizzato in adempimento di un dovere posto dal suo antecedente* (per dirlo con le parole di GIOVANNI CONSO), rinvenga accezioni diverse nel corpo del codice, laddove talora è contrapposto al processo ma altre volte indica invece il singolo reato commesso da una singola persona (cfr. art. 12 c.p.p.) e – aggiungo – altre ancora indica, in una prospettiva intermedia, anche una singola sottofase, come nel caso del procedimento in camera di consiglio di cui all’art. 127 c.p.p.

¹⁰⁰ E la critica mossa a tale orientamento, secondo cui sarebbe rimandata agli investigatori la selezione tra l’utilizzabile e il non utilizzabile, non coglie affatto nel segno posto che tale utilizzabilità può essere efficacemente esclusa rispetto a riunioni di procedimenti operate a posteriori in assenza di valide ragioni di collegamento tra le reg Giudicande.

sia stata concepita per i soli casi di utilizzabilità in procedimenti formalmente distinti e con specifico riguardo a quelli stralciati e trasmessi ad uffici territorialmente diversi da quelli presso i quali si sono originariamente svolte le intercettazioni. Rispetto a dati così forti e contrastanti con le conclusioni cui pervengono le sezioni unite, paiono francamente un po' sbrigative le argomentazioni riproposte dalla corte (al par. 3.1., peraltro in relazione al primo degli indirizzi esplicitati) secondo cui non potrebbe essere invocata la disciplina del 2° comma dell'art. 270 c.p.p. la quale, ben potendosi riferire in via esclusiva ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, risulterebbe sostanzialmente neutra. Invero, se dal 1° comma sono ricavabili due sacche di identica utilizzabilità (i delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la prima, e i reati di nuova emersione nell'ambito di un procedimento non diverso, la seconda) non si comprende perché mai la relativa disciplina, dettata dai commi immediatamente successivi, dovrebbe riferirsi soltanto alla prima di esse, lasciando la seconda senza copertura normativa. Pare allora preferibile il secondo degli indirizzi giurisprudenziali citati che, sì non si conforma ai dettami del giudice delle leggi, così come però non se ne conforma nemmeno, per le ragioni già espresse, l'indirizzo accolto dagli ermellini. Questo perché all'insegnamento della corte costituzionale si è voluto, nel tempo, attribuire un significato che non gli era proprio.

In ogni caso, quale che sia la soluzione corretta, l'indirizzo restrittivo che si appresta a guidare, per il futuro, la giurisprudenza dovrà portare gli inquirenti – pubblico ministero e polizia giudiziaria – ad una maggiore attenzione alla individuazione e conseguente selezione delle nuove notizie di reato nel corso delle intercettazioni, in vista di una attenta e tempestiva segnalazione all'inquirente, da parte dei primi, delle ipotesi di reato non connesse con quelle che si procede e di una efficace – laddove consentita – attivazione di nuove ed ulteriori captazioni, anche in via d'urgenza, da parte del secondo, posto che anche l'intercettazione non utilizzabile è comunque utile spunto investigativo quale punto di partenza per nuove indagini¹⁰¹.

In questo contesto si colloca ora il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. che, se nella precedente formulazione introdotta dalla riforma Orlando¹⁰² stabiliva che i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non potessero essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali era stato emesso il decreto di autorizzazione (salva l'ipotesi di indispensabilità per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza), prevede ora che, fermo quanto previsto dal comma 1, i risultati delle medesime intercettazioni possano essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali sia stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p. Stabilita pertanto, come valorizzato anche dalle sezioni unite, la differenza tra diverso procedimento e diverso reato, che emerge proprio dal raffronto tra comma 1 e comma 1-*bis*, nel caso di captazione di ulteriori notizie di reato mediante agente intrusore, si può ora affermare che, se il vecchio testo del comma 1-*bis* produceva un

¹⁰¹ Sul punto, tra le tante, cfr. Cass. 13 dicembre 2016-dep. 7 aprile 2017, n. 17759, Rv. 270219.

¹⁰² Si veda, in proposito, F. CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni tra "archivio riservato" e "captatore informatico"*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, 2018, pag. 163 ss.

effetto restrittivo del raggio d'azione del precedente comma 1, ora la sua riformulazione ad opera della contro-riforma ha invece un impatto ampliativo: la norma, infatti, laddove fa salvo il 1° comma, consente, come di consueto, l'utilizzazione delle captazioni a mezzo *trojan* in procedimenti diversi qualora si tratti di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e, in accordo con il recentissimo intervento nomofilattico, anche in caso di reati connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p. Quanto al resto, le risultanze sono inoltre utilizzabili anche per la prova di tutti i reati richiamati dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.

5. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

Come si è cercato di rappresentare nelle pagine precedenti, la contro-riforma Bonafede interviene – verosimilmente quale ultimo passo di un cammino particolarmente angusto della riforma Orlando – nel tentativo di rimuovere le più evidenti storture della farraginoso disciplina previgente senza però compromettere, al contempo, la tutela della sfera di riservatezza non solo costituzionalmente garantita ai soggetti estranei al procedimento e le cui collocazioni siano state fortuitamente captate dagli inquirenti e, non di meno, delle conversazioni irrilevanti e contenti espressioni lesive della reputazione o involventi dati sensibili delle persone sottoposte alle indagini. Si è così recuperato, sulla scorta di un allarmismo forse non del tutto giustificato, il potere selettivo delle conversazioni rilevanti in capo al pubblico ministero e – pur nel mantenimento dell'istituendo archivio multimediale delle intercettazioni – si è rinunciato ad una complessa e defatigante procedura acquisitiva dei brani rilevanti al fascicolo delle indagini in favore di una procedura, talora meno formale, ma sufficientemente adeguata all'esigenza, non egualmente riscontrabile in tutti i procedimenti, di tracciare un chiaro perimetro delle conversazioni e comunicazioni utilizzabili e rilevanti per le indagini, rispetto alle quali soltanto viene ora associata la facoltà di pubblicazione da parte degli organi di informazione. Ne è emersa una disciplina che – nel calibrare più moderatamente la tutela della segretezza di ogni forma di comunicazione sulle esigenze non solo investigative ma, più ad ampio raggio, processuali – pare nascondere meno insidie di quella precedente e rispondere in maniera più incisiva alle concrete necessità degli uffici giudiziari e dei difensori¹⁰³, e questo, si badi, senza rinunciare allo spirito riformatore che ne aveva posto le premesse. Al contempo, al netto di modestissimi interventi chirurgici, vede finalmente la luce la disciplina del captatore informatico che, pur confermata non senza una certa dose di criticità, prima tra tutte la preclusione per il pubblico ministero di provvedere in via d'urgenza, troppo a lungo ha dovuto attendere anche in ragione di una giurisprudenza¹⁰⁴ che, per quanto autorevole, ne aveva poco convincentemente arginato i benefici applicativi ritenendo non adattabile un mezzo investigativo ad elevata

¹⁰³ Ad esempio, perimetrando in maniera sufficientemente chiara il diritto dei difensori ad ottenere copia delle registrazioni.

¹⁰⁴ Il riferimento è, ovviamente, a Cass. sez. un. 28 aprile 2016, n. 26889, Rv. 266905.

intrusività ai reati per i quali non fosse già consentita per legge l'intercettazione ubiquitaria. Probabilmente la disciplina sarebbe stata ancor più apprezzabile laddove si fosse concretamente interessata anche delle insistenti difficoltà, normative ed operative, che continuano a tormentare il più prezioso dei mezzi di ricerca della prova, troppo spesso additato quale stridente limitazione della libertà e della segretezza delle comunicazioni, dimenticando però che esso rappresenta uno dei più validi strumenti per assicurare quel diritto alla sicurezza¹⁰⁵ che – oltre ad essere ripetutamente richiamato dalla carta costituzionale, quale garanzia ed, al contempo, limite ai diritti costituzionali – non manca di essere riconosciuto anche a livello sovranazionale¹⁰⁶. Così, si diceva, si assiste alla necessità, sul versante strettamente operativo, di agevolare la captazione del traffico dati cifrato, ormai di larga diffusione, attraverso una normativa meno indulgente che imponga ai gestori delle diverse piattaforme di telecomunicazione di collaborare con l'autorità giudiziaria¹⁰⁷; parimenti, sul versante tecnico, sono auspicabili interventi normativi volti, oltre al resto, ad estendere lo statuto speciale delle intercettazioni di criminalità organizzata anche ad altre fattispecie di reato di non trascurabile gravità¹⁰⁸, e a rivedere, secondo quanto già detto al paragrafo precedente, la disciplina dell'utilizzabilità delle intercettazioni in altri procedimenti che, alla luce del recentissimo orientamento del supremo consesso di legittimità, si incammina su di un terreno forse eccessivamente ripido rischiando di lasciare impunte anche gravi ipotesi di reato pur emerse nel corso delle indagini; nell'affine tematica delle videoriprese, si ricorda, ancora, che continuano a non essere esperibili – stante il vuoto normativo in materia – quelle relative a comportamenti non comunicativi all'interno dei luoghi domiciliari¹⁰⁹. Tutte necessità troppo a lungo inascoltate dal legislatore e che, si auspica, possano portare in futuro ad una incisiva rimediazione del ruolo delle intercettazioni, in una cultura giuridica meno diffidente e più improntata a riconoscerne i benefici anziché a stigmatizzarne quelle storture che, lo si spera, potranno essere arginate dalla disciplina di recente conio normativo e che si accinge a divenire diritto vivente.

¹⁰⁵ Anche nella sua declinazione, riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte cost. 4 aprile 1973, n. 34), di esigenza di prevenzione e repressione dei reati (come osserva anche Cass. sez. un. n. 51/2020, cit.).

¹⁰⁶ Si veda, in proposito, l'art. 6 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰⁷ Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai servizi di *instant messaging* quali *whatsapp* o *telegram* nonché alle *chat* associate ad applicazioni quali *facebook* o *instagram*. Meno problematica, proprio per la maggiore collaborazione degli operatori telefonici, l'intercettazione del traffico VoLTE, acronimo di *Voice over Long Term Evolution*, consistente in una tecnologia che permette di effettuare e ricevere chiamate voce ultra-HD su reti cellulari di quarta generazione e di supportare altri servizi multimediali e che, dopo una fase sperimentale, è utilizzata oggi dagli operatori telefonici per effettuare o ricevere chiamate voce supportate dalle reti 4G LTE.

¹⁰⁸ Appare francamente poco comprensibile una disciplina normativa che estenda le regole dell'art. 13 d.l. n. 152/1991 ai delitti in materia di prostituzione e non, ad esempio, a quello di omicidio volontario.

¹⁰⁹ Sulla scia di Cass. sez. un. 28 marzo 2006, n. 26795, Rv. 234270 (che ne hanno escluso l'utilizzabilità in assenza di una disciplina legislativa espressa atta a regolare i casi ed i modi di una eventuale limitazione del diritto costituzionale di inviolabilità del domicilio, di cui all'art. 14 Cost.), si vedano anche Cass. 8 novembre 2012-dep. 10 gennaio 2013, n. 1287, Rv. 254198 e *id.* 12 giugno 2014, n. 40353, non massimata.