

**LA CONTRORIFORMA DELLE INTERCETTAZIONI  
DI CUI AL D.L. 30 DICEMBRE 2019 N. 161:  
UNA NUOVA OCCASIONE PERSA, TRA DISCUTIBILI MODIFICHE,  
TIMIDE INNOVAZIONI E PERSISTENTI DUBBI DI COSTITUZIONALITÀ**

di Giacomo Pestelli

*A distanza di due anni dalla riforma Orlando, il legislatore interviene nuovamente a modificare la disciplina delle intercettazioni, attraverso una decretazione d'urgenza che ne posticipa ulteriormente l'entrata in vigore e ne modifica la fisionomia. Gli aspetti salienti riguardano i rapporti tra p.g. e P.M., l'archivio delle intercettazioni e la conservazione degli atti al suo interno, la loro segretezza, la selezione, l'acquisizione e la trascrizione delle intercettazioni rilevanti, il ruolo del P.M. e del giudice, i diritti delle difese, il captatore informatico. Le soluzioni adottate non appaiono tuttavia sempre ispirate da coerenza, linearità ed efficacia e si pongono talora in radicale conflitto con il dettato costituzionale. Emergono numerosi profili problematici e criticità operative che meritano di essere rimeditati e corretti.*

SOMMARIO: 1. Lo scenario in cui si colloca il nuovo intervento normativo. – 2. Le principali linee d'ispirazione e le coordinate operative della riforma Orlando. – 3. La riforma Bonafede: ambito applicativo e diritto intertemporale. – 4. (segue) Le novità e le forti criticità in materia di intercettazioni ordinarie. – 5. (segue) Le novità e le lacune in materia di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico. – 6. Considerazioni conclusive.

*«Per tali persone la verità non può essere altro che le ombre degli oggetti artificiali. (...) Considera dunque come potrebbero liberarsi dalle catene e guarire dall'ignoranza se uno di loro fosse sciolto, costretto improvvisamente ad alzarsi, girare attorno il capo, camminare e levare lo sguardo alla luce (...). Che cosa credi che risponderebbe, se gli si dicesse che prima vedeva vane apparenze, mentre ora, essendo il suo sguardo rivolto ad oggetti più reali, può vedere qualcosa di più vicino alla realtà e di più vero?»*  
PLATONE, *Repubblica*, Libro VII, 515 c – 515 d

*«Per trovar la giustizia, bisogna esserle fedeli:  
essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi ci crede»*  
P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1959, 3

## 1. Lo scenario in cui si colloca il nuovo intervento normativo.

Nel commentare la riforma Orlando sulle intercettazioni, introdotta dal d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216, avevamo licenziato le nostre osservazioni critiche sull' articolato normativo esprimendo ampie riserve sul testo di legge per i numerosi aspetti problematici che esso presentava sotto il profilo concettuale e sistematico, con l' auspicio che il legislatore potesse rimeditare le soluzioni adottate secondo più ponderate decisioni, facendo tesoro sia delle prassi virtuose maturate in seno agli uffici giudiziari, così come fatte proprie da ultimo anche dal C.S.M., sia dei più autorevoli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali<sup>1</sup>.

Nel tempo, i soli interventi palliativi effettuati sul corpo della riforma – se si eccettua l' importante completamento, ad opera della l. 29 gennaio 2019 n. 3 (c.d. *spazzacorrotti*), dell' integrale estensione anche ai procedimenti per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione della disciplina speciale, già prevista per i reati in materia di criminalità organizzata e di terrorismo, relativa alle intercettazioni di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile (c.d. *trojan*), anche qualora queste avvengano nei luoghi di privata dimora indicati dall' art. 614 c.p.<sup>2</sup>, senza più alcun

<sup>1</sup> Sia consentito il rinvio alle nostre [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: \(poche\) luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, 169 ss. Si vedano anche le acute osservazioni contenute in D. PRETTI, [Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni](#), *ivi*, 189 ss.

Sulla riforma si vedano altresì i volumi monografici *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche* (a cura di G. Giostra e R. Orlandi), Torino, 2018 e *Le nuove intercettazioni* (a cura di O. Mazza), Torino, 2018.

<sup>2</sup> L' art. 6 d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216, con una sorta di "ibridazione normativa", aveva invero disposto l' applicazione solo parziale della disciplina "speciale" in materia di intercettazioni di cui all' art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, limitandola unicamente ai requisiti della mera "sufficienza" (anziché della "gravità") indiziaria e della semplice "necessità" (anziché dell' "assoluta indispensabilità") dell' intercettazione ai fini dello svolgimento delle indagini oltreché alla maggior durata delle operazioni di captazione (fissata in 40 gg. iniziali con proroghe di 20 gg.) rispetto a quella codicistica (art. 6 comma 1), senza al contrario estendere a tali gravi delitti anche il regime delle intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora, allorché essa fosse stata effettuata mediante captatore informatico, giacché in quest' ultimo caso l' intercettazione non avrebbe potuto essere effettuata all' interno dei predetti luoghi a meno che non vi fosse stato motivo di ritenere che ivi si stesse svolgendo l' attività criminosa, secondo le scadenze impresse dal regime "ordinario" del codice di procedura penale (art. 6 comma 2). Si tratta, peraltro, dell' unica novità introdotta dal d.lgs. n. 216/2017, insieme al nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente di cui all' art. 617-*septies* c.p., entrata in vigore il 26 gennaio 2018, a seguito dell' ordinaria *vacatio legis* della novella (art. 9 comma 1). Attraverso l' abrogazione dell' art. 6 comma 2 d.lgs. n. 216/2017 da parte dell' art. 1 comma 3 l. n. 3/2019 e la contestuale modifica, con l' art. 1 comma 4 lett. a) della medesima legge, dell' art. 266 comma 2-*bis* c.p.p., si è così giunti, da un lato, ad applicare integralmente anche a tali gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. la disciplina speciale di cui all' art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, pure per quanto attiene alla possibilità di procedere ad intercettazione ambientale in luoghi di privata dimora «anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l' attività criminosa»; e, dall' altro, a stabilire che l' intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è «sempre consentita» non soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all' art. 51 commi 3-*bis* e 3-

limite<sup>3</sup> – sono stati rappresentati unicamente dal mero rinvio dell’entrata in vigore della

---

*quater* c.p.p. ma anche in quelli per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni: come è stato acutamente osservato, la lettura congiunta delle due norme e «l’utilizzo dell’avverbio temporale “sempre” induce indubbiamente a ritenere che, per le suddette categorie criminose, l’intercettazione c.d. ambientale eseguita tramite il mezzo insidioso (*trojan*) è possibile anche all’interno dei luoghi di privata dimora (art. 614 c.p.), a prescindere dalla sussistenza della *suspicio perdurantis criminis*» (così L. CAMALDO, [Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 6).

Unica differenza che tuttavia permaneva tra le due tipologie criminose – lacuna come si vedrà opportunamente colmata oggi dal legislatore della decretazione d’urgenza – era l’impossibilità per il P.M., sia durante la vigenza dell’originario testo del d.lgs. n. 216/2017 che in seguito all’entrata in vigore della l. n. 3/2019, di disporre *in via d’urgenza* l’intercettazione ambientale mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile allorché si procedesse per gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. (giacché l’art. 267 comma 2-bis c.p.p. limitava invero tale possibilità «soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater»).

Sul punto v. più diffusamente 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. – Riv. trim.*, 2018, 1, 60 ss.; O. CALAVITA, [L’odissea del trojan horse](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11, 45 ss.; R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 538 ss.; R. BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche* (a cura di G. Giostra e R. Orlandi), cit., 211 ss.; P. BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, ivi, 235 ss.; S. SIGNORATO, *Modalità procedurali dell’intercettazione tramite captatore informatico*, ivi, 263 ss.; P. RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Le nuove intercettazioni* (a cura di O. Mazza), cit., 101 ss.; 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*, ivi, 139 ss.

<sup>3</sup> E ciò allo scopo evidentemente di superare, per tali gravi delitti, la giurisprudenza “Scurato” delle Sezioni Unite, secondo cui, come noto, nell’impossibilità di prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico “infettato” dal captatore informatico (*smartphone, tablet, computer*) venisse introdotto e dunque di effettuare un adeguato controllo circa l’effettivo rispetto della normativa che legittima, circoscrivendole, le intercettazioni domiciliari di tipo tradizionale, l’intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l’installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico portatile era consentita per i soli procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, per i quali solamente trovava applicazione la disciplina speciale di cui all’art. 13 d.l. n. 151 del 1991, convertito dalla l. n. 203 del 1991, che consente l’intercettazione ambientale anche nei luoghi di privata dimora, senza necessità di preventiva individuazione ed indicazione di tali luoghi e prescindendo dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminosa in atto (cfr. Cass., S.U., 28.04.2016, n. 26889, Scurato, rv. 266905).

Sul punto v. ora l’art. 267 comma 1 c.p.p., così come modificato dall’art. 1 comma 4 lett. b) l. n. 3/2019 e dall’art. 2 comma 1 lett. c) e d) n. 1) d.l. n. 161/2019, il quale, come si vedrà meglio *infra* al paragrafo 5, in continuità con quanto previsto da tale pronuncia, al fine di assicurare un controllo giurisdizionale più pregnante sulle captazioni effettuate tramite *trojan* ed impedire che attraverso tale strumento di “intercettazione ambientale itinerante” siano lesi i diritti fondamentali della persona quali l’inviolabilità del domicilio, la libertà di comunicazione ed il diritto alla riservatezza, prevede che (solo) nel caso in cui si proceda per delitti *diversi* da quelli di cui all’art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p. e dai gravi delitti dei pubblici ufficiali (e incaricati di pubblico servizio) contro la P.A. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, il decreto che autorizza l’intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile debba indicare «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l’attivazione del microfono». Ad assistere di effettività tale disposizione ed allo scopo di scongiurare il rischio di prassi distorte, vi è poi il nuovo art. 271 comma 1-bis c.p.p., che fulmina di inutilizzabilità «i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo

novella normativa, originariamente fissata al 26 luglio 2018, per effetto di una *vacatio legis* straordinariamente lunga, via via prorogata, per contingenti necessità, dapprima al 31 marzo 2019<sup>4</sup>, poi al 31 luglio 2019<sup>5</sup>, successivamente al 31 dicembre 2019<sup>6</sup> e infine, da ultimo, con l'ulteriore intervento normativo in commento, fissata al 1 marzo 2020.

A porre fine allo stato di “*coma profondo*” in cui vegetava la riforma, destinata a rimanere in una sostanziale condizione di limbo e di indefinita incertezza quanto alle sue sorti, in ragione proprio dei continui rinvii cui era stata sottoposta, ha provveduto da ultimo il legislatore con il d.l. 30 dicembre 2019 n. 161, recante «*Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*», pubblicato sulla G.U. del 31 dicembre 2019 ed entrato in vigore il 1 gennaio 2020, con cui, da un lato, per le ragioni che subito si vedranno, è stata spostata nuovamente in avanti – auspicabilmente per l'ultima volta – la data di entrata in vigore della riforma e, dall'altro, sono stati introdotti numerosi correttivi e modifiche alle disposizioni normative del codice di procedura penale già novellate dal d.lgs. n. 216/2017, con portata ora totalmente abrogante, ora meramente modificatrice, ora profondamente innovatrice dei loro precetti.

L'occasione e la ragione per il legislatore di intervenire con decretazione d'urgenza sono state, come si legge nel preambolo del d.l. n. 161/2019, «la straordinaria necessità ed urgenza di perfezionare e completare la nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche ed ambientali prima che la stessa acquisti efficacia», nonché «la straordinaria necessità ed urgenza che le modifiche apportate entrino in vigore prima che sia applicabile la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 216 del 2017 e che tale termine sia coordinato con le esigenze di adeguamento degli uffici requirenti dal punto di vista strutturale e organizzativo»<sup>7</sup>.

---

indicati nel decreto autorizzativo».

<sup>4</sup> Con l'art. 2 comma 1 d.l. 25 luglio 2018 n. 91, convertito con modificazioni dalla l. 21 settembre 2018 n. 108.

<sup>5</sup> Con l'art. 1 comma 1139 lett. a) n. 1) l. 30 dicembre 2018 n. 145 (c.d. legge di bilancio 2019).

<sup>6</sup> Con l'art. 9 comma 2 lett. a) d.l. 14 giugno 2019 n. 53, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019 n. 77.

<sup>7</sup> Principi ribaditi nel testo della *Relazione* di accompagnamento al d.d.l. di conversione del d.l. n. 161/2019, presentato al Senato l'8 gennaio 2020 (S. 1659), ove si legge invero come si tratti di «un provvedimento di proroga motivato dall'esigenza, diffusa su gran parte del territorio nazionale, di completare l'avviata opera di adeguamento strutturale ed organizzativo presso tutti gli uffici delle Procure della Repubblica alle nuove disposizioni e di calibrare tali attività in funzione delle modifiche al decreto legislativo n. 216 del 2017», oltretutto «al fine di permettere le opportune verifiche tecniche e organizzative di adeguamento rispetto alle modifiche apportate all'impianto originario della norma», nonché per consentire «agli uffici giudiziari una migliore predisposizione degli aspetti organizzativi imprescindibilmente connessi con l'avvio della digitalizzazione del sistema documentale e del *software* delle intercettazioni predisposto dal Ministero della Giustizia» e allo stesso «Ministero di verificare, in tale contesto, ulteriori fabbisogni anche formativi per gli uffici interessati» (ivi, 1).

Anche nella *Relazione tecnica* di accompagnamento al medesimo d.d.l. si legge invero come tale modifica si sia resa «necessaria in quanto l'entrata in vigore della citata norma è subordinata al completamento delle complesse misure organizzative in atto, anche relativamente alla predisposizione di apparati elettronici e digitali» e perché «allo stato, le attività di collaudo dei sistemi presso i singoli uffici giudiziari delle Procure della Repubblica, nonché quelle di adeguamento dei locali sono tuttora in corso», oltretutto per consentire «di predisporre in modo più efficiente il sistema informatico prescelto e di innalzare il livello di sicurezza dei sistemi, fornendo così la certezza di giungere all'entrata in vigore della disciplina con le misure

Si tratta adesso di verificare, in attesa della procedura di conversione del decreto legge, *quali* siano state tali modifiche e *se* l'opera così complessivamente attuata possa ritenersi soddisfacente rispetto al punto di partenza e ai risultati attesi.

## 2. Le principali linee d'ispirazione e le coordinate operative della riforma Orlando.

Al fine di comprendere appieno le novità introdotte dal d.l. 30 dicembre 2019 n. 161 e valutarne compiutamente gli esiti occorre riavvolgere necessariamente il nastro e ricapitolare, seppur brevemente, quali siano stati i capisaldi della riforma introdotta dal d.lgs. 29 dicembre 2017 n. 216, per poi procedere ad un confronto tra le due normative.

In estrema sintesi, la riforma Orlando si poneva l'ambizioso – e condivisibile – intento di perseguire «lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova»<sup>8</sup>.

Come si era osservato<sup>9</sup>, il punto di partenza da cui muoveva il legislatore delegato e lo snodo applicativo attorno a cui ruotava l'intero impianto normativo era quello di tentare di conciliare, senza (apparentemente) limitarli nell'*an* e nel *quomodo*, i poteri investigativi dell'Autorità giudiziaria con la tutela dei diritti alla riservatezza di terzi e finanche degli stessi indagati, allorché oggetto delle captazioni fossero dati "irrilevanti" ai fini delle indagini ovvero dati personali c.d. sensibili ovvero, ancora, allorché le registrazioni avessero riguardato eventuali comunicazioni fortuitamente ed occasionalmente captate di cui è vietata per legge l'intercettazione (*id est*: i colloqui tra indagato e difensore *ex art.* 103 c.p.p.).

Tale meritorio scopo veniva raggiunto, almeno nelle nobili intenzioni del legislatore delegato, attraverso una serie di misure destinate non soltanto a bloccare la conoscibilità all'esterno di tali comunicazioni o conversazioni, sanzionandone penalmente in taluni casi la diffusione, ma anche e prima di tutto a limitare già a monte la possibilità per la polizia giudiziaria finanche di procedere alla loro verbalizzazione e, poi, a cascata, ad impedire che le stesse potessero essere utilizzate a fini di prova<sup>10</sup>.

---

organizzative completamente dispiegate e funzionanti» (ivi, 1 s.).

<sup>8</sup> Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017, 1.

<sup>9</sup> Cfr. ancora, volendo, le nostre *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., 170 s.

<sup>10</sup> Si trattava peraltro di una necessità e di un'esigenza, quella di garantire la tutela della riservatezza dei risultati e dei dati personali acquisiti tramite attività di intercettazione, particolarmente sentita anche e soprattutto dai Procuratori della Repubblica dei principali uffici giudiziari, i quali, già in precedenza, nel silenzio del legislatore, avevano dato invero risposta ai maggiori nodi problematici della disciplina vigente emanando specifiche circolari e direttive «tutte animate dal condivisibile obiettivo di impedire la indebita diffusione di dati personali non rilevanti, acquisiti nel corso delle operazioni di intercettazione», a testimonianza – come rilevato dal C.S.M. – della «esistenza di una peculiare, meritevole e crescente attenzione da parte dei Procuratori della Repubblica in ordine al tema del trattamento dei dati tratti da

Nello specifico, la riforma introduceva anzitutto un obbligo di “*informazione preventiva*” nei confronti del P.M. titolare del procedimento in capo alla p.g. delegata all’ascolto «sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni» intercettate (art. 267 comma 4 c.p.p.), al fine di consentire una formale interlocuzione preliminare tra di essi finalizzata alla successiva cernita delle conversazioni da inserire nei verbali di intercettazione.

La norma era da leggersi in combinato disposto con il successivo art. 268 comma 2-*bis* c.p.p., che introduceva la regola fondamentale nella procedura di selezione delle intercettazioni destinate ad essere trascritte nei c.d. brogliacci d’ascolto, consistente nell’esplicito divieto di trascrizione, anche sommaria, di tutte le comunicazioni o conversazioni che, per l’oggetto e/o per i soggetti coinvolti, fossero «irrilevanti ai fini delle indagini», nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardassero dati personali definiti sensibili dalla legge, imponendo, in tali casi, che nel verbale delle operazioni compiute fossero indicate soltanto la data, l’ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta. Sarebbe stato eventualmente solo il P.M., ai sensi del successivo art. 268 comma 2-*ter* c.p.p., ad avere il potere di disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni e conversazioni giudicate *prima facie* irrilevanti dalla p.g. fossero trascritte nel verbale di ascolto, quando ne fosse stata ritenuta, al contrario, «la rilevanza per i fatti oggetto di prova», e che parimenti fossero trascritte anche le comunicazioni e conversazioni relative a dati sensibili «se necessarie a fini di prova».

In attesa poi delle decisioni da prendersi sulla sorte del materiale captato, la riforma Orlando aveva disposto – con un impianto normativo conservato nelle sue linee di fondo anche dalla riforma Bonafede – che tutti gli atti relativi alle operazioni di intercettazione non dovessero più transitare *sic et simpliciter* all’interno del fascicolo delle indagini preliminari, ma dovessero conservarsi integralmente, coperti da segreto (almeno fino all’avverarsi di una delle condizioni che ne determinavano la *discovery*), all’interno di un apposito archivio informatizzato dalla medesima istituito, il c.d. *archivio riservato delle intercettazioni*, da tenersi sotto la direzione e la sorveglianza dello stesso Procuratore della Repubblica e da gestirsi con modalità, anche informatiche, tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita e da garantire il monitoraggio degli accessi (artt. 269 e 89-*bis* disp. att. c.p.p.).

Quanto alle procedure da seguire per la selezione e l’acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari delle intercettazioni ritenute rilevanti, la riforma Orlando aveva previsto un *meccanismo differenziato di acquisizione*, a seconda che si procedesse per le vie ordinarie ovvero che intervenisse *medio tempore* l’emanazione di una misura cautelare.

Solo la prima modalità è stata conservata dalla riforma Bonafede, ma con importanti correttivi negativi, come vedremo meglio *infra*, mentre la seconda è stata radicalmente eliminata (con le conseguenze di cui si dirà per quanto riguarda la

---

intercettazioni, tesa ad evitare l’ingiustificata diffusione di conversazioni non funzionali ai provvedimenti giudiziari e a valorizzare in tale direzione, nell’ambito della autonomia interpretativa, il sistema normativo vigente, alla luce dei canoni costituzionali in gioco» (così la circolare del C.S.M. sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione* del 29 luglio 2016, 1).

gestione, nella fase dell'incidente cautelare, del materiale intercettivo).

Secondo la riforma Orlando, invero, la via ordinaria di selezione delle registrazioni ai fini del loro ingresso nel fascicolo delle indagini era rappresentata dal contraddittorio (cartolare o pieno) tra le parti, previa formazione da parte del P.M. dell'elenco delle registrazioni rilevanti a fini di prova che lo stesso intendesse sottoporre al G.I.P. per l'acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari (art. 268-*bis* comma 1 c.p.p.) e indicazione al G.I.P., da parte del difensore, delle eventuali ulteriori intercettazioni, non comprese nell'elenco formato dal P.M., di cui questi intendesse richiedere l'acquisizione ovvero di quelle, indicate dal P.M., di cui chiedesse l'eliminazione, in quanto inutilizzabili o di cui ne era vietata la trascrizione (art. 268-*ter* comma 3 c.p.p.).

Quanto alla procedura da seguire per la selezione del materiale intercettato, l'art. 268-*quater* c.p.p., oggi abrogato, prevedeva che il G.I.P. avrebbe dovuto disporre, in via ordinaria, sulla base di un contraddittorio tra le parti di tipo meramente cartolare e con ordinanza emessa in camera di consiglio senza l'intervento del P.M. e dei difensori (comma 1), oppure, quando necessario, previa celebrazione di apposita udienza (comma 2), l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che esse fossero manifestamente irrilevanti, e ordinare, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui fosse vietata l'utilizzazione. Solo a seguito della pronuncia dell'ordinanza del G.I.P. gli atti e i verbali delle intercettazioni oggetto di acquisizione sarebbero stati inseriti nel fascicolo delle indagini preliminari, con facoltà per i difensori – solo a questo punto e con rilevanti profili di incostituzionalità della normativa<sup>11</sup> – di ottenere la copia dei verbali delle intercettazioni acquisite e la trasposizione su apposito supporto informatico delle relative registrazioni (commi 3 e 4), con restituzione viceversa al P.M. degli atti e dei verbali delle intercettazioni non acquisite per la loro conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 269 c.p.p. (comma 5)<sup>12</sup>.

La trascrizione materiale delle intercettazioni così valutate in chiave di rilevanza ed utilizzabilità da parte del G.I.P. era invece affidata, in via ordinaria, alle attività di richiesta di prova da compiersi in fase dibattimentale: solo in seguito, infatti, le intercettazioni selezionate sarebbero transitate nel fascicolo per il dibattimento, su richiesta di parte e secondo le cadenze impresse dall'art. 493-*bis* c.p.p., previa loro trascrizione secondo le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie.

Il problema fondamentale di tale disciplina – che, come vedremo *infra*, purtroppo il legislatore del 2019 non ha ritenuto di modificare minimamente nella sua grave

---

<sup>11</sup> Sul punto v. *infra* al paragrafo 4 e ancora le nostre *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., 185 ss.

<sup>12</sup> Il sistema così congegnato – si leggeva nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. 216/2017 – era destinato a superare «il precedente modello incentrato sulla c.d. udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile» (ivi, 5).

sostanza, perpetuando così i gravissimi vizi di incostituzionalità da cui era affetta tale normativa<sup>13</sup> – era (ed è) rappresentato dalla intollerabile compressione dei diritti della difesa, giacché, secondo la novella, i difensori, almeno nella prima fase, ossia fino alla cernita e all'individuazione da parte del G.I.P. delle conversazioni rilevanti da inserire nel fascicolo delle indagini preliminari e quindi fino alla celebrazione dell'udienza per l'acquisizione e lo stralcio delle intercettazioni, avevano infatti solo il diritto di esaminare e prendere visione degli atti e di ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche intercettate, ma non quello di estrarre copia degli atti e men che meno quello di ottenere la trasposizione su adeguato supporto delle comunicazioni captate.

Tale sistema a “*struttura bifasica*” per la selezione delle intercettazioni rilevanti, caratterizzato dal divieto per le difese di estrarre copia degli atti e delle registrazioni fino alla decisione operata dal G.I.P. nel contraddittorio tra le parti, era stato da noi ritenuto inammissibile in quanto manifestamente incostituzionale, giacché esso comprimeva in modo intollerabile i diritti della difesa, in quanto – come puntualizzato più volte in passato dalla Corte costituzionale – «la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che nel caso di specie si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 della Costituzione»<sup>14</sup>.

### 3. La riforma Bonafede: ambito applicativo e diritto intertemporale.

Il d.l. n. 161/2019 non soppianta, riscrivendola integralmente, la riforma del 2017, ma interviene cursoriamente a modificarla in più punti, anche radicalmente (e, come vedremo, in senso prevalentemente negativo).

Il primo intervento del legislatore della decretazione d'urgenza è stato finalizzato

<sup>13</sup> Come si sa, “*errare humanum est, perseverare autem diabolicum*”. E si potrebbe citare anche Cicerone, secondo cui “*cuiusvis hominis est errare, nullius nisi insipientis in errore perseverare*” (*Filippiche*, XII, 5).

<sup>14</sup> Cfr. Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, che aveva invero evidenziato come, «se si riflette sulla *ratio* dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione».

D'altra parte, sempre la stessa Corte costituzionale, in una successiva pronuncia (Corte cost., 20 dicembre 2000, n. 558), nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 127 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'obbligo per il P.M. di depositare il fascicolo delle indagini preliminari nella cancelleria del giudice e la facoltà dell'indagato di estrarne copia ai fini della partecipazione alla predetta procedura camerale, aveva osservato criticamente con riguardo alle prospettazioni contenute nell'ordinanza di rimessione come, «per quanto concerne la facoltà delle parti di estrarre copia degli atti depositati, il rimettente sembra non avere colto la portata del principio enunciato nella sentenza n. 192 del 1997, con la quale questa Corte ha affermato che “al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve accompagnarsi [...] automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia”».

anzitutto, come si diceva, a posticipare nuovamente il termine di entrata in vigore della riforma alla data del 1 marzo 2020, al dichiarato scopo di consentire il suo perfezionamento e completamento prima che essa acquisti efficacia nonché al fine di assicurare, nel frattempo, il necessario adeguamento degli uffici requirenti dal punto di vista strutturale e organizzativo.

Assai opportunamente, poi, il legislatore è intervenuto a modificare la norma di cui all'art. 9 comma 1 d.lgs. n. 216/2017 che, forse con non sufficiente ponderazione delle sue implicazioni pratiche, descriveva l'ambito applicativo della riforma disponendo che essa si applicasse «alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019». Il riferimento alle operazioni di intercettazione e ai provvedimenti autorizzativi, anziché ai procedimenti penali e alla loro data di iscrizione, aveva infatti determinato il concreto dubbio in ordine alla disciplina intertemporale applicabile ai procedimenti in corso, impegnando gli interpreti in un'importante opera esegetica volta ad evitare la parcellizzazione e la stratificazione dei regimi processuali all'interno del medesimo procedimento, laddove le operazioni di captazione fossero iniziate anteriormente all'entrata in vigore della riforma e fossero proseguite anche successivamente<sup>15</sup>.

Il d.l. n. 161/2019 dispone ora invece che la riforma si applichi (non più alle operazioni e ai provvedimenti autorizzativi, bensì) «ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020», ossia a far data dal 1 marzo 2020<sup>16</sup>.

Si tratta di una soluzione che, se da un lato, molto opportunamente, elimina il rischio di una “dicotomia *infra-processuale*” dei regimi di regolamentazione relativi alle attività di intercettazione all'interno del medesimo procedimento, giacché da ora in poi sarà sempre applicabile una sola disciplina, dall'altro non impedisce tuttavia che, in un'ottica *diacronica*, si susseguano e convivano nel tempo procedimenti soggetti alla vecchia disciplina e altri soggetti al contrario alla nuova, dal momento che per tutti i procedimenti iscritti *prima* del 29 febbraio 2020 sarà applicabile la vecchia disciplina, che estenderà quindi i suoi effetti ultrattivi anche oltre tale data e sarà chiamata a regolare le attività di captazione disposte per tutta la durata del termine delle indagini preliminari, originario o prorogato<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. M. GAMBARDELLA, *Entrata in vigore e profili di diritto transitorio*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche* (a cura di G. Giostra e R. Orlandi), cit., 159 ss. e, specialmente, 170 ss.

Secondo quanto riportato nella *Relazione* di accompagnamento al d.d.l. di conversione del d.l. n. 161/2019, presentato al Senato l'8 gennaio 2020 (S. 1659), «la norma si rende opportuna per la migliore programmazione dell'avvio della fase di gestione digitalizzata della misura delle intercettazioni e soprattutto per eliminare il rischio di un doppio regime organizzativo e giuridico inerente allo stesso procedimento» (ivi, 4).

<sup>16</sup> Cfr. artt. 1 comma 1 n. 1) e 2 comma 8 d.l. n. 161/2019. Conseguentemente, viene disposto anche il differimento al 1 marzo 2020 dell'entrata in vigore della specifica disposizione di cui all'art. 9 comma 2 d.lgs. n. 216/2017 che introduce un'eccezione al divieto di pubblicazione degli atti del procedimento per le ordinanze in materia cautelare (v. art. 1 comma 1 n. 2 d.l. n. 161/2019).

<sup>17</sup> Cfr. sul punto M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, 171 s. In via esemplificativa si può dunque ritenere che tutti i procedimenti penali iscritti in un arco temporale che si estende fino a un massimo di 18 o 24 mesi prima della data di entrata in vigore del decreto legge – a seconda invero che si tratti di procedimenti ordinari

Si tratta nondimeno di una conseguenza necessitata e inevitabile, frutto della successione nel tempo delle due differenti discipline regolatrici della materia, che va in ogni caso salutata con favore per i benefici effetti che avrà in punto di chiarezza del regime normativo applicabile<sup>18</sup>.

#### 4. (segue) Le novità e le forti criticità in materia di intercettazioni ordinarie.

La vera e deflagrante novità della riforma Bonafede è rappresentata tuttavia dallo scardinamento dell'impianto di fondo della riforma Orlando in ordine alle intercettazioni ordinarie (telefoniche ed ambientali).

a) *La soppressione dell'informativa preventiva.* – Salta anzitutto totalmente l'informativa "preventiva" – quel «macchinoso carteggio» com'era stata efficacemente definita<sup>19</sup> – che la p.g. doveva indirizzare al P.M. sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni intercettate, prevista dall'art. 267 comma 4 ultimo periodo c.p.p., che viene invero soppresso<sup>20</sup>, la quale nelle intenzioni del legislatore del 2017 doveva consentire un'interlocuzione preliminare tra p.g. e P.M. finalizzata alla successiva cernita delle conversazioni da inserire nei verbali di intercettazione.

Una norma che, già guardata con sfavore da gran parte dei commentatori, aveva impegnato non poco gli interpreti per cercare di fornirle un senso compiuto che non contrastasse con gli espliciti divieti di trascrizione stabiliti dalla stessa riforma del 2017<sup>21</sup>,

---

ovvero per uno dei delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p. – e arriva fino al 29 febbraio 2020, resteranno soggetti alla vecchia disciplina; tutti gli altri, invece, soggiaceranno alla nuova.

<sup>18</sup> Anche se, come osservato dal C.S.M. nel *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato in data 13 febbraio 2020, 2, «è prevedibile che il nuovo criterio non sarà risolutivo di tutte le problematiche di diritto intertemporale che si porranno quando due o più procedimenti, con una diversa data di iscrizione, per alcuni antecedente e per altri successiva al 29 febbraio, siano riuniti o, all'opposto, quando da un procedimento iscritto prima del 29 febbraio ne scaturisca, per stralcio, un altro dopo tale data. Le medesime problematiche potrebbero palesarsi con riferimento al caso in cui all'iscrizione di alcuni reati, avvenuta prima del 29 febbraio 2020, ne facciano seguito in epoca successiva altre, aventi ad oggetto nuovi titoli di reato, deponendo nel senso dell'autonomia di ogni iscrizione la regola secondo cui occorre aver riguardo a questa per il computo del termine di durata delle indagini preliminari».

<sup>19</sup> Cfr. G. GIOSTRA, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 521 ss. e, segnatamente, 537.

<sup>20</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. d) n. 3) d.l. n. 161/2019. Si trattava della famosa annotazione preliminare con cui la p.g. operante doveva informare preventivamente il P.M. non soltanto nel caso in cui si fosse trovata innanzi a conversazioni ritenute *prima facie* "irrilevanti" ai sensi dell'art. 268 comma 2-bis c.p.p. – al fine così di consentire allo stesso P.M. di valutare le considerazioni compiute dalla p.g. ed eventualmente andare di contrario avviso disponendo la loro trascrizione – ma anche allorché avesse maturato il «dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni» per la loro «dubbia rilevanza» (così la *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017, 3; v. anche la circolare C.S.M. sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione* del 29 luglio 2016, 6).

<sup>21</sup> Nelle nostre più volte ricordate *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., 175, si osservava invero come l'antinomia e l'irriducibile contraddizione logica di cui vivevano le norme introdotte dalla riforma – che, da un lato, vietavano qualsiasi trascrizione delle intercettazioni "irrilevanti" (art. 268 comma 2-bis c.p.p.) e, dall'altro, disponevano, tuttavia, che delle stesse la p.g. delegata all'ascolto informasse preventivamente il P.M., che ne poteva disporre la trascrizione con decreto motivato se le avesse ritenute,

anche se la problematica di maggior rilievo che essa aveva suscitato era determinata dalle sue difficoltà di applicazione pratica per la duplicazione degli adempimenti e delle attività di documentazione che avrebbe richiesto, imponendo un continuo contatto preventivo tra p.g. e P.M., di fatto impraticabile<sup>22</sup>.

b) *L'indicazione nei verbali d'ascolto delle intercettazioni captate e il dovere di vigilanza del P.M.* – In conseguenza di quanto precede, viene completamente riformulato il contenuto dell'art. 268 comma 2-*bis* c.p.p. – che disponeva il divieto di trascrizione, anche sommaria, delle intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini o che riguardassero dati personali sensibili, salvo il potere del P.M., previsto dal successivo comma 2-*ter*, anch'esso abrogato<sup>23</sup>, di disporre che esse venissero comunque trascritte nel verbale d'ascolto quando ne fosse stata ritenuta al contrario la *rilevanza* per i fatti oggetto di prova ovvero, se si fosse trattato di dati personali sensibili, se le stesse fossero state ritenute *necessarie* a fini di prova – eliminandosi i rigidi divieti di trascrizione imposti dal d.lgs. n. 216/2017 e sostituendosi il meccanismo di selezione delle intercettazioni da parte della p.g. con un dovere di vigilanza in capo al P.M., chiamato a dare indicazioni alla p.g. e a vigilare, in particolare, «affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini»<sup>24</sup>.

Due notazioni critiche s'impongono immediatamente.

La prima riguarda la parte iniziale della proposizione normativa, che non brilla certo per perspicacia e comprensibilità: pensare invero che nei verbali d'intercettazione siano riportate (volontariamente?) dalla p.g. operante «espressioni lesive della reputazione delle persone» appare un evidente fuor d'opera; del pari, se con tale infelice costruito si volesse impedire che venissero finanche riportate, virgolettate, nella loro originaria genuina espressione<sup>25</sup>, le dichiarazioni e le espressioni utilizzate dai soggetti captati nel corso delle loro comunicazioni per riferirsi a terzi, quantunque essi debordino in esternazioni lesive della reputazione di questi ultimi (ossia in dichiarazioni diffamatorie della più larga specie), è evidente come il legislatore non possa pretendere che il P.M. dia indicazioni e vigili affinché la p.g. operante omissi o finanche ometta di riportare tali espressioni, giacché una simile operazione determinerebbe la perdita della

---

al contrario, rilevanti a fini di prova (artt. 267 comma 4 e 268 comma 2-*ter* c.p.p.) – potesse sciogliersi e risolversi allorché si fosse ritenuto che il legislatore avesse voluto disporre che la p.g. operante, nell'informativa scritta, avrebbe dovuto far riferimento non già al testo integrale delle comunicazioni captate bensì solo ai contenuti di tali comunicazioni, che avrebbero dovuto essere indicati solo *sommariamente*, con “sobrietà contenutistica”, per mutuare quanto indicato dal C.S.M. nella propria circolare sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione* del 29 luglio 2016.

<sup>22</sup> Cfr. G. GIOSTRA, *op. cit.*, 526 in nota, che sottolineava incisivamente come, «a pretenderne davvero l'osservanza, la parcellizzata interlocuzione con il pubblico ministero diventerebbe per la polizia giudiziaria più impegnativa dell'operazione di ascolto stessa».

<sup>23</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. e) n. 2) d.l. n. 161/2019.

<sup>24</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. e) n. 1) d.l. n. 161/2019.

<sup>25</sup> Per parafrasare il disposto dell'art. 140 comma 2 c.p.p. sulla verbalizzazione delle dichiarazioni in forma riassuntiva.

stessa “autenticità” e “genuinità” delle conversazioni o comunicazioni captate e pregiudicherebbe l’apprezzamento della loro reale portata, oggettiva e soggettiva (anche per quanto attiene alla valutazione dei rapporti intercorrenti tra i soggetti intercettati e i destinatari di tali sconvenienti espressioni e dei giudizi di valore espressi dai primi sui secondi). Esse, in definitiva e per definizione, dovranno quindi *sempre* ritenersi rilevanti (a meno che, chiaramente, non esulino *totalmente* dall’oggetto dell’indagine o attingano persone ad esse completamente estranee)<sup>26</sup>.

Se lo scopo avuto di mira dal legislatore della decretazione d’urgenza era, quindi, quello di impedire la violazione della sfera di riservatezza dei soggetti intercettati e di quelli eventualmente destinatari (direttamente o indirettamente) delle attività di captazione, il mezzo cui si è fatto ricorso appare francamente errato, oltretutto mancare il bersaglio.

La seconda notazione critica riguarda invece l’altra parte della proposizione normativa, che impone analogo obbligo di vigilanza e direzione in capo al P.M. per quanto attiene ai dati personali definiti sensibili dalla legge.

Anche qui la formula utilizzata, dal punto di vista grammaticale e sintattico, non brilla certo per chiarezza: l’utilizzo del pronome dimostrativo *quelle*, nel fare evidentemente riferimento alle espressioni e non già alle intercettazioni oggetto di captazione o al loro contenuto, lascerebbe pensare che il legislatore abbia voluto riferirsi al divieto di trascrizione nei verbali d’ascolto delle mere espressioni pronunciate dai soggetti intercettati che contengano riferimenti a dati personali sensibili (propri o di terzi).

In realtà, dato lo scopo avuto di mira dal legislatore, è ragionevole ritenere che debba procedersi ad un’interpretazione ortopedica della norma, nel senso che con essa si sia voluto impedire che nelle trascrizioni vi sia un *qualsiasi* riferimento a dati personali sensibili e non già al mero contenuto delle dichiarazioni e/o espressioni utilizzate dai soggetti intercettati che ad essi facciano riferimento.

In ogni caso, deve rilevarsi come la vera novità (e forse l’unica apprezzabile) della controriforma del 2019 sia il totale cambio di rotta rispetto al legislatore del 2017 sul tema della selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini dell’indagine, attraverso il ripristino del sistema alle “impostazioni di fabbrica” del 1988, abbandonando l’idea della necessità dell’adozione, in sede di ascolto, di precoci valutazioni sulla rilevanza o meno delle intercettazioni captate, almeno fino alla loro definitiva selezione, nel contraddittorio fra

---

<sup>26</sup> Come ad es. nel caso in cui un soggetto intercettato, nel corso di una captazione, si lasci andare a dichiarazioni su rapporti extraconiugali propri o altrui ovvero trascenda in imprecazioni o espressioni blasfeme che nulla hanno a che vedere con l’oggetto dell’indagine (salvo sempre che esse, ovviamente, per specifiche circostanze, non manifestino comunque un’attinenza con i fatti per cui si procede o consentano di attribuire alle dichiarazioni intercettate una spiccata valenza dimostrativa).

Sotto altro profilo, anche il C.S.M. nel *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato in data 13 febbraio 2020, 8, evidenzia come la nuova disposizione gravi «il P.M. di un obbligo di vigilanza la cui concreta attuazione può rivelarsi particolarmente complessa e difficile, fino a divenire di dubbia esigibilità nei casi di procedimenti con numero elevato di comunicazioni captate quotidianamente. Tanto più se la norma venisse interpretata in senso letterale, ossia disponendo una vigilanza concomitante alla redazione del verbale, il che non appare tecnicamente praticabile».

le parti, condotta al metro dei risultati complessivi dell'indagine e dei fatti fino a quel momento emersi.

Come già si osservava in relazione alla riforma del 2017, infatti, occorre considerare come nella pratica frequentemente le conversazioni siano frazionate nel tempo, abbiano spesso sfumature di significato, utilizzino linguaggi cifrati, dialetti o lingue straniere ovvero affrontino varie tematiche o riguardino diverse persone oppure attengano al "contesto" in cui maturano i fatti oggetto di indagine o facciano emergere "relazioni" fra soggetti indagati e soggetti non indagati, comunicazioni e conversazioni, queste, di difficile decifrazione in prima battuta e che solo in un secondo momento, quasi sempre coincidente con le fasi finali dell'indagine, consentono di avere il quadro complessivo del *thema probandum* e quindi di apprezzarne il valore ed esprimere fondatamente quel giudizio di pertinenza e rilevanza per i fatti oggetto di prova che, diversamente, il carattere ancora fluido dei momenti iniziali dell'indagine difficilmente consente. Solo allora può dirsi che le parti abbiano tutti gli strumenti ermeneutici per poter decidere, con competenza e completezza, se una determinata conversazione sia o meno rilevante a fini di prova (a carico o discarico)<sup>27</sup>.

c) *Le modifiche relative ai supporti materiali delle intercettazioni.* – Dettate invece da semplice buon senso e mosse dalla necessità di aggiornare norme ormai anacronistiche e desuete a causa della loro obsolescenza tecnologica ci paiono, poi, le modifiche apportate sul versante della documentazione dell'attività di indagine agli artt. 242 e 89 disp. att. c.p.p., attraverso l'espunzione dal loro interno di ogni riferimento ai «nastri magnetofonici», non più utilizzati ormai da tempo quali supporti materiali delle intercettazioni, e la sua sostituzione con quello delle «registrazioni», nonché attraverso la modifica della rubrica della seconda disposizione – ora relativa al verbale e alle registrazioni delle intercettazioni – e l'eliminazione di ogni riferimento al suo interno ai «nastri contenenti le registrazioni» e alle relative «custodie»<sup>28</sup>.

d) *L'archivio riservato delle intercettazioni, i soggetti autorizzati ad accedervi e le modalità di accesso.* – Quanto invece al c.d. *archivio riservato delle intercettazioni* – che, come vedremo *infra*, almeno formalmente e del tutto inspiegabilmente, non è più qualificato quale "riservato", così come non vengono più espressamente indicati come "coperti da segreto" i verbali, le registrazioni e ogni altro atto conservato al suo interno – il legislatore del 2019 traspone innanzitutto all'interno dell'art. 267 comma 5 c.p.p. – norma deputata invero già *ab origine* dal legislatore del 1988 a disciplinare l'«apposito registro riservato tenuto nell'ufficio del pubblico ministero» al cui interno dovevano conservarsi i decreti che disponevano, autorizzavano, convalidavano o prorogavano le intercettazioni ed annotarsi, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle

---

<sup>27</sup> Cfr. ancora le nostre *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., 173. In senso analogo v. C. CONTI, [La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, 78 ss. e, specialmente, 82 ss.

<sup>28</sup> Cfr. art. 2 comma 2 lett. a) d.l. n. 161/2019. Sulle modifiche della medesima norma riguardanti invece il captatore informatico v. *infra* paragrafo 5.

operazioni – parte della norma precedentemente contenuta nell’art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., che pure viene mantenuta, seppur anch’essa rimodulata, specificando adesso che tale archivio, oltre a poter essere gestito anche con modalità informatiche, è e deve essere «tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica» (e non più genericamente presso l’ufficio del P.M.)<sup>29</sup>.

Si tratta di un’operazione sistematica che, al di là della mera opera di *maquillage* lessicale, si connota per la forte carica simbolica, avendo invero l’evidente scopo di attribuire ora a tale norma, con la sua collocazione all’interno del tessuto codicistico e non più nelle sue disposizioni di attuazione e con il mutamento del suo destinatario formale, una più pregnante rilevanza, indicando addirittura nel Capo dell’Ufficio il soggetto deputato alla tenuta e alla conservazione dell’archivio delle intercettazioni, quale massimo garante della segretezza e dell’integrità di tutte le informazioni e degli atti contenuti al suo interno.

Lo stesso concetto viene ripetuto inoltre dal riformulato art. 269 comma 1 c.p.p. (il quale, in verità, già prevedeva che i verbali, le registrazioni e ogni altro atto ad esse relativo dovessero essere conservati integralmente in apposito archivio riservato), ribadendo esso adesso che tale archivio deve essere «gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell’ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni», con facoltà di accesso e di ascolto delle intercettazioni registrate per il G.I.P. e i difensori dell’imputato (*rectius*: indagato) per l’esercizio dei loro diritti e facoltà<sup>30</sup>.

Tale archivio perde, tuttavia, inspiegabilmente, come si diceva, il predicato della riservatezza – anche se essa deve ritenersi *in re ipsa* per tutto quanto sopra detto e quanto si dirà oltre – così come altrettanto inspiegabilmente ed inopinatamente viene eliminata la disposizione in base a cui i verbali, le registrazioni e gli altri atti conservati al suo interno sono “coperti da segreto”.

Al contrario, il legislatore si premura di abrogare il successivo comma 1-*bis* dell’art. 269 c.p.p.<sup>31</sup>, il quale prevedeva che non fossero (più) coperti da segreto i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo delle indagini preliminari, con la paradossale conseguenza, derivante dal combinato disposto delle modifiche apportate ai commi 1 e 1-*bis* dell’art. 269 c.p.p., che, mentre durante il periodo in cui gli atti e le registrazioni sono conservati all’interno dell’archivio riservato gli stessi parrebbero non essere (più) coperti da segreto (in conseguenza dell’eliminazione della disposizione contenuta al comma 1), successivamente alla loro acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari essi dovrebbero al contrario ritenersi sempre coperti da segreto e perciò mai divulgabili (in virtù proprio dell’abrogazione del comma 1-*bis*).

<sup>29</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. d) n. 4) d.l. n. 161/2019.

<sup>30</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. f) n. 1) d.l. n. 161/2019. Da notare peraltro un difetto di coordinamento con l’art. 89-*bis* comma 3 disp. att. c.p.p., che indica quali soggetti legittimati all’accesso anche gli ausiliari del giudice e del P.M., gli ufficiali di p.g. delegati all’ascolto e gli interpreti che assistano i difensori. Nulla si dice, invece, in ordine all’accesso agli atti da parte del Tribunale del Riesame (giacché l’art. 269 comma 1 c.p.p. parla espressamente di G.I.P. mentre l’art. 89-*bis* comma 3 disp. att. c.p.p. si riferisce al «giudice che procede»).

<sup>31</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. f) n. 2) d.l. n. 161/2019.

In realtà, se si ha riguardo, da un lato, alla incontestabile perdurante vigenza dell'art. 329 c.p.p. in ordine al segreto investigativo e, dall'altro, alla contestuale modifica dell'art. 114 c.p.p. relativo al divieto di pubblicazione degli atti del procedimento penale, attraverso in particolare l'inserimento al suo interno del nuovo comma 2-*bis* – il quale dispone che «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*»<sup>32</sup>, ovverosia, come si vedrà subito *infra*, mediante uno dei meccanismi acquisitivi delle stesse al fascicolo delle indagini preliminari – si comprende come il legislatore abbia voluto escludere dal divieto di pubblicazione e di divulgazione tutto ciò (ma soltanto quello) che sia già stato acquisito agli atti del fascicolo delle indagini preliminari e quindi, per contro, come si debba ritenere certamente ancora assoggettato a segreto e a divieto di divulgazione tutto ciò che si trovi nell'archivio (riservato) delle intercettazioni e non sia stato acquisito agli atti di tale fascicolo (vuoi perché ancora non si è proceduto alla sua acquisizione, vuoi perché trattasi invece di intercettazioni non necessarie, irrilevanti, relative a dati sensibili o perfino vietate).

Sfuggono, tuttavia, la *ratio* e la logica sottese a simili modifiche, per non parlare delle conseguenze nefaste che una diversa interpretazione in punto di qualificazione degli atti contenuti nel predetto archivio determinerebbe, laddove gli stessi non si ritenessero più formalmente “coperti da segreto”, per quanto riguarda l'atipicità *ex art.* 326 c.p. delle condotte di rivelazione che proprio tali intercettazioni avessero ad oggetto.

Analoghe modifiche vengono poi introdotte all'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. che, come si preannunciava, viene riscritto e sostituito integralmente rispetto alla precedente formulazione. Esso presenta tuttavia alcune criticità di formulazione di cui conviene dare conto.

La prima inspiegabile e diremmo censurabile modifica – viste le necessarie e del tutto particolari cautele che devono circondare tale archivio, a tutela della segretezza ed integrità di quanto contenuto al suo interno – attiene anche qui all'eliminazione, sia dalla rubrica della norma che nel suo contenuto, del predicato della “riservatezza” da cui esso era formalmente assistito nella vigenza della riforma del 2017: il d.l. n. 161/2019 elimina invero la parola «riservato» sia dalla rubrica dell'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. – che diviene così ora solo «l'archivio delle intercettazioni» – sia dal testo della norma, disponendo che in tale «archivio digitale istituito dall'articolo 269, comma 1, del codice, tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica», siano custoditi, ora come allora, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono<sup>33</sup>.

Sfugge anche in questo caso la *ratio* di una simile modifica, così come sfugge maggiormente la ragione per cui il legislatore del 2019 abbia ritenuto di modificare in senso certamente meno garantista il comma 2 dell'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p., specificando

---

<sup>32</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. a) d.l. n. 161/2019.

<sup>33</sup> Cfr. art. 2 comma 2 lett. b) d.l. n. 161/2019. Analoga modifica è peraltro apportata all'art. 92 comma 1-*bis* disp. att. c.p.p., con soppressione della parola «riservato» in riferimento all'archivio all'interno del quale dovevano conservarsi gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili ai fini dell'emissione di una misura cautelare (v. art. 2 comma 2 lett. c) d.l. n. 161/2019).

adesso che tale archivio debba essere gestito con modalità tali da assicurare non più, indistintamente, «la segretezza della documentazione custodita» al suo interno, bensì – parrebbe di capire dall’espressione utilizzata (*in claris non fit interpretatio*) – solo e più limitatamente «la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l’utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia».

Solo in seconda battuta, invero, la norma si premura di specificare che il Procuratore della Repubblica sia tenuto ad impartire, con particolare riguardo alle modalità di accesso, «le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito».

La modifica ci pare una *deminutio capitis* e non se ne comprende né l’utilità né il senso, proprio in un testo che dimostra di voler assicurare la massima segretezza, mercé le più avanzate innovazioni tecnologiche, delle informazioni contenute all’interno di tale archivio. Anche perché massima è – certamente – l’esigenza di segretezza prima e ancor più delle intercettazioni rilevanti, rispetto alle altre. E certamente la conservazione di una formulazione normativa chiara e limpida quale era quella contenuta nel testo della riforma del 2017, riferita indistintamente a tutto quanto contenuto all’interno dei tale archivio, senza distinzioni di sorta tra intercettazioni non necessarie, irrilevanti, vietate ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali (peraltro qui neppure più definiti sensibili), ci pare avrebbe certamente giovato al tasso complessivo di chiarezza dell’articolato normativo, quale indice della tutela e segretezza che devono necessariamente circondare tale sistema di archiviazione.

Il comma 3 dell’art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. invece non muta minimamente e, con dizione in verità più precisa rispetto all’analogia disposizione codicistica di cui all’art. 269 c.p.p., ribadisce quanto già affermato dal legislatore del 2017 in punto di facoltà di accesso all’archivio delle intercettazioni solo al giudice che procede (e ai suoi ausiliari), al P.M. (e ai suoi ausiliari), agli ufficiali di p.g. delegati all’ascolto e ai difensori delle parti (assistiti, se necessario, da un interprete). Esso prescrive poi ovviamente che ogni accesso sia annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche, in cui sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati.

Sempre in chiave critica mette conto tuttavia rilevare come non appaia chiaro con quali modalità i difensori potranno accedere all’archivio (riservato) e procedere all’ascolto e alla cognizione del materiale intercettivo: se per via telematica, così come dispone il nuovo art. 268 comma 6 c.p.p., oppure (solo) con apparecchiatura a disposizione dell’archivio stesso, come prevede al contrario l’art. 89-*bis* comma 4 disp. att. c.p.p.. Né il legislatore della controriforma pare essersi posto il problema di *come* e *con quali* risorse umane e materiali dovrà procedersi concretamente in tal senso<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Si tenga presente infatti quanto già evidenziato dal C.S.M. nella propria circolare sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione* del 29 luglio 2016, secondo cui «qualsiasi adempimento o formalità deve risolversi in un onere sostenibile da parte dell’ufficio, cioè deve risultare compatibile con la limitatezza delle risorse e con la possibilità di un’efficace gestione del procedimento e del servizio nel suo complesso» (ivi, 13).

Sul punto, in attesa di eventuali modifiche, si deve allora necessariamente riesumare un atto regolamentare, il D.M. 20 aprile 2018, emanato in esecuzione della riforma del 2017 e tuttora vigente, recante «*Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'articolo 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*»<sup>35</sup>, il cui art. 2 comma 4 stabilisce, con disposizione invero avveniristica, che il Ministero della Giustizia assicura che i collegamenti telematici tra l'archivio riservato e le postazioni sicure per la consultazione riservata di tale archivio, nonché quelli tra il predetto archivio e gli apparati terminali per la ricezione dei flussi intercettati, vengano realizzati attraverso canali di comunicazione tali da garantire integrità e sicurezza. Il successivo art. 3 dispone poi che presso ciascun ufficio del pubblico ministero siano rese disponibili postazioni sicure riservate per l'esercizio del diritto di accesso ai soggetti indicati dall'art. 89-bis disp. att. c.p.p. e che il Procuratore della Repubblica adotti misure organizzative affinché sia assicurato che l'ingresso ai locali dove sono collocate le predette postazioni sia vigilato, anche attraverso sistemi di videosorveglianza, con identificazione e annotazione dei dati relativi all'identità dei soggetti che richiedono l'accesso all'archivio, alla data, all'ora iniziale e finale dell'accesso e agli atti specificamente consultati e altresì che, ai fini del tracciamento degli accessi, ciascun soggetto ammesso alle postazioni sia munito di un codice identificativo univoco fruibile una sola volta (c.d. *one time password*), con ulteriore divieto di introduzione, nei locali dove sono collocate le predette postazioni, di dispositivi di qualsiasi natura idonei alla duplicazione, comunicazione o diffusione esterna degli atti e delle registrazioni custodite nell'archivio.

Alla luce di ciò e in attesa dell'attuazione del processo penale telematico, appare dunque evidente come l'accesso al predetto archivio non potrà che avvenire in *locale* e non già *da remoto* (e ciò anche per insopprimibili esigenze di controllo effettivo degli accessi e di tutela della segretezza e riservatezza del materiale intercettivo contenuto al suo interno).

*e) Il deposito e la conservazione all'interno dell'archivio riservato degli atti e delle registrazioni relativi alle intercettazioni. La facoltà delle difese di ottenerne la distruzione.* – Anche laddove si ritenessero superabili per via interpretativa le citate perplessità, il primo elemento critico riguardante l'archivio (riservato) delle intercettazioni che emerge dal testo normativo in commento attiene alle scansioni temporali relative al deposito e alla conservazione, al suo interno, dei verbali, delle registrazioni e dei decreti relativi alle intercettazioni disposte, giacché la norma di cui all'art. 268 c.p.p., così come riscritta dal legislatore del 2019, non brilla certo per chiarezza espositiva e sarà foriera di inevitabili dubbi interpretativi che non tarderanno ad affacciarsi, a meno di una sua auspicabile

---

V. anche l'art. 2 comma 5 d.l. n. 161/2019 che stabilisce come, con decreto del Ministro della Giustizia, non avente natura regolamentare, da adottarsi sentito il Garante per la protezione dei dati personali, debbano essere 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.

<sup>35</sup> Pubblicato sul "*Bollettino Ufficiale del Ministero della Giustizia*" n. 10 del 31 maggio 2018.

correzione in sede di conversione o successivamente.

Le incertezze interpretative derivano invero dal disegno del legislatore di procedere ad una *reductio ad unitatem* della disciplina relativa al deposito dei verbali e delle registrazioni e alla procedura di acquisizione delle intercettazioni rilevanti al fascicolo delle indagini, previamente disseminata negli artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p., che vengono contestualmente abrogati<sup>36</sup>, con una crisi che appare tuttavia del tutto malriuscita.

Il nuovo art. 268 comma 4 c.p.p. prevede invero – con disposizione indirizzata alla p.g. operante – che i verbali e le registrazioni delle intercettazioni siano «immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell’archivio di cui all’art. 269, comma 1», precisando tuttavia, subito dopo, che essi siano depositati presso tale archivio «entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni» insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l’intercettazione, «rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga».

Il successivo comma 5 disciplina poi il c.d. *ritardato deposito* delle attività di intercettazione, disponendo invero che «se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

Occorre subito soffermarsi su tali disposizioni per evidenziarne l’oscurità e le patenti contraddizioni logiche, oltreché per sottolineare alcune perplessità sulla loro formulazione.

Anzitutto v’è da dire che l’art. 268 comma 4 c.p.p., così come riformato dal d.lgs. n. 216/2017, appariva assai meglio formulato dal punto di vista pratico, in relazione al dovere di immediata trasmissione degli atti dalla p.g. al P.M., laddove invero specificava che «i verbali e le registrazioni» delle intercettazioni compiute fossero trasmessi «immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga». E altresì che il P.M., nel caso in cui fosse necessario per la «prosecuzione delle operazioni» (ovviamente solo di trascrizione delle intercettazioni, non certo di captazione, in quanto ormai terminate), potesse disporre «il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni», quando ciò fosse determinato «in ragione della complessità delle indagini» o dalla necessità per la p.g. delegata all’ascolto di consultare «le risultanze acquisite»<sup>37</sup>.

Appare infatti un’idea del tutto irrealistica pensare che la p.g. delegata all’ascolto possa davvero provvedere alla trasmissione *massiva* di tutto il materiale intercettivo e di tutti i verbali di ascolto *immediatamente* dopo il termine delle operazioni di captazione:

---

<sup>36</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. g) d.l. n. 161/2019.

<sup>37</sup> Norma di buon senso, si diceva, per consentire alla p.g. di avere soprattutto il tempo materiale per trascrivere il contenuto delle intercettazioni nei relativi brogliacci d’ascolto, tenuto conto della frequente mole e composità delle captazioni e/o della eventuale necessità di fare ricorso ad un interprete; ma anche per consentirle di rivalutare *ex post*, una volta completato il quadro dell’indagine, una iniziale irrilevanza delle conversazioni captate e sottoporle *ex novo* all’attenzione del P.M., per consentirgli così di valutarne la rilevanza e chiederne l’acquisizione.

si tratta di una disposizione che, al di là dei facili proclami, non potrà mai *di fatto* essere rispettata sul piano pratico. D'altra parte, allo stato attuale anche la trasmissione in tempo reale dei flussi intercettivi dai *server* dei fornitori dei servizi di telefonia all'archivio riservato delle intercettazioni appare problematica, in quanto non risultano ancora pronte sul piano tecnico le procedure di trasmissione continua dei flussi e la disciplina normativa di dettaglio risulta mancante<sup>38</sup>.

Non è chiaro poi quale sia la sorte dei verbali e delle registrazioni tra il momento in cui essi vengono ad essere «immediatamente trasmessi» dalla p.g. al P.M. per la conservazione nell'archivio (riservato) e il loro successivo deposito in tale archivio «entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni» di intercettazione, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione. Non si comprende invero, nelle more di tali cinque giorni, dove tale delicatissima documentazione dovrebbe conservarsi: non certo ancora presso la p.g. operante giacché la norma lo esclude chiaramente; non certo all'interno del fascicolo delle indagini preliminari, perché ancora non vi è alcun provvedimento formale che ne autorizzi l'acquisizione previa cernita della rilevanza delle intercettazioni disposte<sup>39</sup>.

Ancora: volendo attribuire alla norma di cui all'art. 268 comma 4 c.p.p. il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse (art. 12 preleggi), occorre osservare come la norma parli di una permanenza all'interno dell'archivio (riservato) dei verbali, delle registrazioni e dei decreti relativi alle intercettazioni disposte «per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga». Sfugge tuttavia il modo e i motivi – al di fuori di quelli tassativamente previsti dallo stesso legislatore per la distruzione della documentazione non più necessaria per il procedimento – per i quali e in base a cui il P.M. dovrebbe disporre la fuoriuscita da tale archivio della predetta documentazione. Neppure si comprende, nella medesima ottica, perché ciò dovrebbe avvenire a meno che il giudice non conceda una proroga: l'archivio (riservato) non è infatti una “cassaforte a tempo” e non vi è dunque alcuna “temporizzazione” da scongiurare con qualsivoglia proroga.

Gli unici limiti che incontra, infatti, la conservazione di tale documentazione all'interno del predetto archivio sono quelli scaturenti dagli artt. 269 e 271 c.p.p.: la regola è quella per cui, salvo quanto previsto per i divieti di utilizzazione e per la distruzione delle intercettazioni vietate di cui all'art. 271 c.p.p. (ossia di quelle eseguite

---

<sup>38</sup> V. l'art. 2 comma 6 d.l. n. 161/2019, che affida ad un futuro decreto del Ministro della Giustizia, da adottarsi previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, di stabilire le modalità e i termini a decorrere dai quali «il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici».

Già l'art. 1 comma 3 D.M. 20 aprile 2018 aveva peraltro stabilito che, solo a seguito dell'attuazione del processo penale telematico, «la formazione dei verbali, delle annotazioni e degli atti avrà luogo con modalità telematiche, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici».

<sup>39</sup> Per analoghe osservazioni critiche v. il *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato dal C.S.M. in data 13 febbraio 2020, 10, ove si sottolinea come la norma ponga «seri dubbi interpretativi».

fuori dei casi consentiti dalla legge, senza l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p., qualora si tratti di dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico o al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo ovvero, ancora, di intercettazioni relative a fatti coperti da segreto professionale), le registrazioni sono conservate all'interno dell'archivio fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione.

Al contrario, memori della precedente formulazione della norma così come modificata dal legislatore del 2017, si potrebbe viceversa tentare di restituire un senso al combinato disposto delle disposizioni di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 268 c.p.p. attraverso un'interpretazione ortopedica della norma, che ipotizzi come il legislatore abbia voluto in realtà riferire il sintagma relativo al potere di «proroga» del giudice non già alla permanenza degli atti all'interno dell'archivio (riservato) delle intercettazioni quanto piuttosto al loro deposito in tale archivio entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione, distinguendo così due momenti differenti e cronologicamente successivi: quello della trasmissione delle intercettazioni dalla p.g. al P.M. per la loro conservazione all'interno dell'archivio riservato, che deve avvenire «immediatamente», e quello del loro successivo e formale «deposito» all'interno di tale archivio unitamente ai relativi decreti, con conseguente *discovery* nei confronti delle difese, a meno che appunto il P.M. non chieda e il G.I.P. autorizzi una proroga di tale deposito.

Senonché, anche laddove si volesse stabilire un collegamento del citato potere di proroga con la prima parte della proposizione normativa, esso sarebbe in ogni caso riferito, alla luce del limite insuperabile rappresentato dalla stessa lettera della legge (benché forse in modo divergente rispetto alle intenzioni del legislatore), al «deposito» degli atti all'interno di tale archivio e non già alla «trasmissione dei verbali e delle registrazioni» dalla p.g. al P.M., come invece aveva previsto ben più opportunamente il legislatore del 2017, seppur disponendo che tale differimento avvenisse con decreto del P.M. anziché con provvedimento del G.I.P.. In altre parole, è evidente come, anziché riferirsi alla *ritardata trasmissione* delle intercettazioni, il legislatore abbia fatto espresso riferimento al loro *ritardato deposito*.

Una simile ricostruzione si tradurrebbe quindi in un'operazione interpretativa di non poco momento, atteso che essa non soltanto determinerebbe una necessaria interpolazione del tessuto normativo, sintatticamente dubbio, ma porterebbe in ogni caso anche a concludere come il legislatore abbia così di fatto duplicato la disciplina relativa al c.d. *ritardato deposito* delle intercettazioni, scindendola in due disposizioni sovrapponibili quanto ad oggetto ma che prevedono due differenti criteri regolativi: mentre infatti per il comma 4 sarebbe sufficiente che il giudice riconoscesse «necessaria una proroga», per il successivo comma 5 sarebbe viceversa richiesto «un grave pregiudizio per le indagini». È d'altra parte evidente che non potrebbe dirsi che il secondo criterio costituisca una specificazione semantica del primo, dal momento che la necessità di proroga (ad es. per consentire alla p.g. la trascrizione di materiale intercettivo voluminoso o il riesame di captazioni precedentemente ritenute irrilevanti) è concetto autonomo e che non necessariamente implica un grave pregiudizio per le indagini (ad es. per tutelare le ulteriori attività di indagine ancora da compiersi).

Ci pare, inoltre, che il legislatore della decretazione d'urgenza nulla abbia espressamente disposto in merito a quale debba essere, invece, la sorte delle annotazioni di p.g. che solitamente, a corredo delle attività di intercettazione, informano il P.M. degli esiti delle attività di indagine svolte e del contenuto delle captazioni più rilevanti.

Per coerenza con il disegno e la *ratio* di fondo delle due riforme si deve ritenere che anch'esse non possano più essere depositate nel fascicolo del P.M. ma debbano essere necessariamente conservate e custodite nell'archivio (riservato) delle intercettazioni. Conferma di ciò la si trae dall'art. 1 D.M. 20 aprile 2018 sopra citato, il quale invero stabilisce – seppur solo a livello regolamentare – come all'interno di tale archivio debbano essere custoditi e conservati, fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, «gli originali dei verbali, delle annotazioni e degli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono, ivi inclusi quelli relativi alle comunicazioni o conversazioni inutilizzabili o non rilevanti ai sensi dell'articolo 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale» (comma 1) e come «fino all'attuazione del processo penale telematico presso gli uffici interessati, il pubblico ministero provvederà a formare copia informatica» di tale documentazione, «al fine di consentirne la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi messi a disposizione dal Ministero della Giustizia» (comma 2). Solo a seguito dell'attuazione del processo penale telematico, per contro, la norma dispone che la formazione dei verbali, delle annotazioni e degli atti avrà luogo con modalità telematiche, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici (comma 3)<sup>40</sup>.

Sotto altro ma connesso profilo non è chiaro neppure che fine facciano le intercettazioni stralciate e non acquisite a seguito della procedura di selezione: l'abrogato art. 268-*quater* comma 5 c.p.p. disponeva invero che esse fossero restituite al P.M. per la loro conservazione nell'archivio riservato di cui all'art. 269 c.p.p.. La riforma del 2019 tace al proposito. Occorre allora, ancora una volta, attingere al citato D.M. 20 aprile 2018, richiamando nuovamente il suo art. 1, il quale come visto dispone che all'interno dell'archivio (riservato) debbano essere custoditi e conservati, fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, tutti gli originali dei verbali, delle annotazioni, degli atti e delle registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono, «ivi inclusi quelli relativi alle comunicazioni o conversazioni inutilizzabili o non rilevanti ai sensi dell'articolo 268, comma 2-bis, del codice di procedura penale»<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Non pare, tuttavia, implausibile anche una interpretazione diametralmente opposta, basata non soltanto sul canone meramente letterale (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) e sui criteri gerarchico (*lex superior derogat inferiori*) e cronologico (*lex posterior derogat priori*), ma anche sull'osservazione, in sé in realtà banale, per cui se il D.M. 20 aprile 2018 ha sentito il bisogno di disporre che fino all'attuazione del processo penale telematico il P.M. provveda a formare *copia informatica* di tale documentazione per la conservazione e consultazione in formato digitale all'interno dell'archivio riservato, logica vorrebbe che invece gli *originali cartacei* venissero conservati all'interno del fascicolo delle indagini preliminari. Sulla praticabilità concreta, in ogni caso, di tali disposizioni, allo stato attuale delle risorse degli uffici giudiziari e nell'attesa dell'attuazione del processo penale telematico, pare legittimo avanzare più di qualche dubbio.

<sup>41</sup> Conferma di ciò si trae anche dal testo della *Relazione* di accompagnamento al d.d.l. di conversione del d.l.

Unico aspetto positivo è che il d.l. n. 161/2019 interviene ora ad inserire, all'interno del citato art. 269 comma 2 c.p.p., un importante elemento di specificazione del presupposto in base al quale gli interessati, fatti salvi i casi di cui all'art. 271 c.p.p. sopra indicati, possono chiedere la distruzione della relativa documentazione al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione, ovverosia solo «quando la documentazione non è necessaria per il procedimento» e ciò sia funzionale «a tutela della riservatezza» (propria o altrui)<sup>42</sup>.

Si tratta di un'aggiunta condivisibile, che ripristina peraltro la formulazione originaria del codice di procedura penale del 1988 e che, se correttamente interpretata, dovrebbe radicalmente restringere il campo delle distruzioni “avventate” delle comunicazioni e conversazioni captate, ridimensionando invero quei rischi di dispersione (*rectius*: perdita) della prova che si erano preconizzati con riferimento alla riforma del 2017, allorché si osservava criticamente come l'aver concesso alla difesa una sostanziale facoltà di richiedere la distruzione delle intercettazioni meramente “irrelevanti” (e non già “non necessarie”) senza alcun limite e criterio potesse condurre – se effettuata frettolosamente e in modo non ben ponderato – ad una perdita definitiva ed irrimediabile della fonte di prova, senza evidentemente alcuna possibilità di recupero *ex post* del materiale intercettivo distrutto, con grave *vulnus* anche per lo stesso indagato, che avrebbe potuto così perdere definitivamente materiale importante, pure in ottica difensiva<sup>43</sup>.

---

n. 161/2019, presentato al Senato l'8 gennaio 2020 (S. 1659), laddove si afferma che «le registrazioni inutilizzabili o manifestamente irrilevanti, al pari di quelle afferenti a categorie di dati sensibili come definite dalla normativa in materia, ove non necessarie alle indagini, restino custodite in archivio, a seguito del procedimento di stralcio già regolato dall'articolo 268 del codice di procedura penale, ripristinato sul punto» (ivi, 1).

<sup>42</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. f) n. 3) d.l. n. 161/2019.

<sup>43</sup> Cfr. ancora le nostre *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni*, cit., 179 s., ove si auspicava peraltro che in futuro le difese facessero un utilizzo assai cauto ed oculato del potere loro concesso di richiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite, al fine di evitare eventuali effetti *boomerang*. Sul punto v. anche la circolare del C.S.M. sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione* del 29 luglio 2016, ove si osservava come «il tema delle informazioni sensibili, che coinvolgano persone non indagate, astrattamente utili alla difesa, è del resto troppo spesso trascurato nel dibattito pubblico e nelle semplificazioni, anche riformatrici, che puntano ad una massiva e poco meditata distruzione del materiale di intercettazione, con possibili irreversibili ripercussioni sul diritto di difesa» (ivi, 9).

In senso critico v. tuttavia il *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato dal C.S.M. in data 13 febbraio 2020, 8 s., secondo cui «sarebbe stato più opportuno far riferimento al concetto di “irrelevanza manifesta”, piuttosto che a quello di “non necessarietà per il procedimento”, al fine di individuare le registrazioni di cui è possibile chiedere la distruzione. Ed invero, il criterio della non necessarietà per il procedimento della conversazione intercettata appare inadeguato, ove si consideri che: - le necessità probatorie di un procedimento possono mutare nel corso del suo sviluppo, quindi la norma pare onerare il giudice di una valutazione prognostica di difficile esigibilità; - le intercettazioni disposte in un procedimento sono legittimamente utilizzabili anche in altri procedimenti ai sensi dell'art. 270 c.p.p., per cui non appare coerente ancorare la valutazione circa la ricorrenza delle condizioni per distruggerle alle sole necessità del procedimento nel quale sono state effettuate. (...) Problematicità appaiono ravvisabili anche con riferimento al limite temporale previsto per la conservazione delle registrazioni, individuato dall'art. 269, co. 2 c.p.p. nella sentenza non più soggetta a impugnazione. L'esperienza investigativa e giudiziaria insegna, infatti, che l'intercettazione di una conversazione può rivelarsi, anche dopo molti anni, fonte di prova preziosa e indispensabile, in ipotesi

f) *Le facoltà difensive in ordine all'accesso e all'estrazione di copia degli atti e delle intercettazioni contenuti nell'archivio riservato e i gravi vizi di incostituzionalità del sistema.* – Grande e deludente decisione è, invece e al contrario, il mantenimento – di fatto – da parte del legislatore del 2019, della disciplina introdotta dal legislatore del 2017 sulle facoltà difensive in punto di acquisizione di copia delle registrazioni e della documentazione relativa alle intercettazioni: non ritenendo evidentemente di fare tesoro, *re melius perpensa*, delle serrate critiche e dei fortissimi dubbi di costituzionalità che erano già stati avanzati nei confronti del testo previgente – che, come si ricorderà, disponeva che fino alla decisione del G.I.P. in ordine all'acquisizione, nel contraddittorio tra le parti, delle intercettazioni ritenute rilevanti, i difensori delle parti potessero solo ascoltare le registrazioni captate ma non estrarre copia di esse e degli atti custoditi nell'archivio delle intercettazioni – il legislatore della controriforma persiste invero nel mantenere intatti, all'interno del tessuto codicistico, i gravi germi patogeni che fulminano di incostituzionalità l'intera disciplina, con l'aggravante – a nostro sommo parere – di dare, per di più, alla stessa sostanza una mera forma diversa e di determinare, se possibile, anche ulteriori gravi compressioni delle facoltà difensive.

L'art. 89-*bis* comma 4 disp. att. c.p.p. dispone invero adesso che i difensori delle parti possano ascoltare le registrazioni captate<sup>44</sup> con apparecchiatura a disposizione dell'archivio stesso, ma che essi possano tuttavia «ottenere copia delle registrazioni e degli atti (solo) quando acquisiti a norma degli articoli 268 e 415-*bis* del codice», previa annotazione in apposito registro, anch'esso gestito con modalità informatiche, di ogni rilascio di copia, con indicazione di data e ora di rilascio e degli atti consegnati in copia.

Per chiarirne la portata, la citata disposizione deve essere letta necessariamente in combinato disposto con il nuovo art. 268 c.p.p., anch'esso riformato dal legislatore del 2019, e con il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 415-*bis* c.p.p., introdotto *ex novo*.

Dell'art. 268 c.p.p., in particolare, ai fini che adesso più da vicino ci interessano – fatta salva l'analisi della restante parte della norma nel prosieguo della trattazione – occorre prendere in esame il nuovo comma 6, che condensa in un'unica disposizione la procedura di selezione ed acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari delle intercettazioni rilevanti, già prevista in precedenza dal legislatore del 2017<sup>45</sup>.

Tale norma, raccordandosi con quanto disposto dai commi precedenti, prevede in particolare che, dopo che i verbali e le registrazioni delle intercettazioni siano stati

---

anche a favore dell'indagato e/o imputato, cosicché non appare opportuno procedere alla distruzione delle registrazioni in assenza di motivate e pregnanti esigenze di riservatezza poste a fondamento di una istanza proveniente da un soggetto interessato. D'altro lato, la digitalizzazione dell'archivio di cui all'art. 269, comma 1, c.p.p. e 89 *bis* disp. att. c.p.p. renderebbe agevole la conservazione delle registrazioni anche senza limiti temporali».

<sup>44</sup> L'art. 268 c.p.p. riformulato, come si vedrà *infra*, fa riferimento anche alla facoltà delle difese di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche intercettate. La dizione non è riportata nella norma di attuazione in commento, verosimilmente per un difetto di coordinamento, ma non v'è dubbio che in sede di accesso all'archivio (riservato) alle difese sia consentita anche tale facoltà, al fine di garantire, almeno da questo punto di vista, il pieno esercizio delle facoltà difensive.

<sup>45</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. e) n. 3) d.l. n. 161/2019.

immediatamente trasmessi dalla p.g. al P.M. per la loro conservazione nell'archivio riservato, ai difensori dell'imputato (*rectius*: indagato) sia immediatamente dato avviso che, entro il termine di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione ovvero nel maggior termine concesso dal giudice al P.M. in caso di c.d. ritardato deposito, comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari, gli stessi difensori «per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche». Esaminare gli atti e le registrazioni, *non* estrarne copia.

Scaduto il termine – prosegue la norma – «il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza», previa celebrazione di un'udienza camerale partecipata, alla quale P.M. e difensori hanno diritto di partecipare con avviso almeno ventiquattro ore prima ed a cui ora il legislatore del 2019 dispone che si proceda *sempre* (e non, come previsto in precedenza dal legislatore del 2017, in via soltanto di eccezione rispetto alla regola del contraddittorio meramente cartolare tra le parti)<sup>46</sup>.

Dal canto suo, il nuovo art. 415-*bis* comma 2-*bis* c.p.p. dispone invece che, qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6 c.p.p., l'avviso di conclusione delle indagini preliminari debba contenere inoltre «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». Entro il termine di venti giorni (*scilicet* dalla notifica dell'avviso) il difensore può inoltre depositare l'elenco delle

---

<sup>46</sup> Da notare anche il cambio di passo in ordine ai criteri di selezione delle intercettazioni rispetto al vecchio art. 268-*quater* c.p.p. (che escludeva dall'acquisizione le sole intercettazioni «manifestamente irrilevanti»), disponendo adesso l'art. 268 comma 6 c.p.p. che il giudice provveda all'acquisizione delle intercettazioni indicate dalle parti che «non appaiano irrilevanti». In relazione alla riforma del 2017 avevamo salutato con favore la scelta del legislatore di optare per un criterio selettivo *in negativo* piuttosto che *in positivo*, mutuando il criterio della “non manifesta irrilevanza” dettato dall'art. 190 c.p.p. per le richieste di ammissione di prova in sede dibattimentale, sulla scorta dell'osservazione per cui ben difficilmente in tale fase il G.I.P. avrebbe potuto esprimere un giudizio di rilevanza delle intercettazioni da acquisire alla luce dell'incompletezza dell'indagine e del complessivo *thema probandum*.

Sul punto v. gli acuti rilievi di C. LARINNI, *La (contro)riforma delle intercettazioni: d.l. n. 161 del 2019*, in *Discrimen*, 2020, 15 s., secondo cui «l'adozione del criterio “positivo” della rilevanza, se da una parte assicura una maggiore protezione del diritto alla riservatezza, circoscrivendo il materiale intercettivo da acquisire, dall'altra parte risulta essere scarsamente consentaneo ai criteri generali di ammissione della prova di cui all'art. 190 c.p.p. (che si riferisce alla irrilevanza di carattere non manifesto) e limitativo del diritto alla prova. Inoltre il giudizio sulla (piena) rilevanza della conversazione intercettata, diversamente da quello sulla non manifesta irrilevanza, oltre a presentare indubbi profili di discrezionalità che rischiano di pregiudicare la piena attuazione del principio dispositivo della prova, appare difficilmente praticabile in concreto. Si profila, pertanto, il rischio che il giudice interpreti il requisito in esame in senso eccessivamente restrittivo o che, al contrario, torni (seppure non apertamente) ad adottare, in caso di dubbio, il parametro della irrilevanza non manifesta».

ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia, sulla cui istanza provvede il P.M. con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p.<sup>47</sup>.

Analoga disposizione – ma con importanti divergenze come vedremo *infra* – viene dettata in materia di giudizio immediato, con l'aggiunta di un nuovo comma 2-*bis* all'art. 454 c.p.p., il quale similmente dispone adesso che, qualora non vi abbia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6 c.p.p., con la richiesta di giudizio immediato il P.M. depositi anche «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, poi, il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia, sulla cui istanza provvede ugualmente il P.M. con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, anche in questo caso il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p.<sup>48</sup>.

Ebbene, come si vede, disciplinando adesso il codice in tal modo la nuova procedura di acquisizione delle intercettazioni rilevanti e ricollegando tali disposizioni a quella di cui all'art. 89-*bis* comma 4 c.p.p., non v'è chi non veda come, almeno nella prima fase, i difensori continuino ad avere un mero diritto di accesso agli atti ma non di estrazione di copia di essi. A meno infatti che il P.M. non richieda e il G.I.P. conceda il ritardato deposito delle intercettazioni «non oltre la chiusura delle indagini preliminari» e sempre «se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini» (art. 268 comma 5 c.p.p.), si perpetua così il gravissimo *vulnus* alle facoltà difensive inferto dal legislatore del 2017, già stigmatizzato dalla più attenta dottrina e in precedenza dalla giurisprudenza, anche costituzionale, giacché i difensori avranno invero facoltà di ottenere copia delle registrazioni e degli atti *solo dopo* l'avvenuta celebrazione dell'udienza deputata a decidere proprio in ordine alla selezione e allo stralcio delle intercettazioni rilevanti.

È evidente infatti come l'aver previsto nella disciplina che – quantomeno nelle intenzioni del legislatore, sia del 2017 che del 2019 – dovrebbe costituire il fulcro della riforma in punto di selezione ed acquisizione nel contraddittorio tra le parti delle intercettazioni rilevanti per il procedimento, come il difensore dell'indagato, fino alla celebrazione dell'udienza stralcio, abbia solo la «facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche», ma non quella di estrarne copia, costituisca un'evidente lesione delle sue facoltà difensive.

A questo proposito vi è peraltro da dire che neppure pare fugare i dubbi di costituzionalità del sistema così congegnato il fatto che, di norma, la richiesta di ritardato deposito delle intercettazioni costituisca un'evenienza quasi sempre scontata, per non

---

<sup>47</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. *m*) d.l. n. 161/2019.

<sup>48</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. *o*) d.l. n. 161/2019.

dire pressoché certa, in ogni procedimento in cui siano state disposte intercettazioni che abbiano sortito l'effetto di acquisire importanti elementi probatori – non fosse altro che per tutelare le attività di indagine ancora da compiersi, quasi sempre “a sorpresa” (misure cautelari, perquisizioni e sequestri), ovvero le nuove iscrizioni che dovranno eseguirsi a seguito delle risultanze derivanti dalle fruttuose captazioni compiute – poiché in tal caso si prevede sì che con l'avviso di conclusione delle indagini preliminari l'indagato e il suo difensore siano avvertiti che hanno facoltà non soltanto di esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche ma anche di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi, ma tale facoltà – per espresso disposto normativo – è limitata tuttavia solo alle registrazioni e ai flussi «indicati come rilevanti dal pubblico ministero» e non già estesa *indistintamente* a tutto il materiale intercettivo acquisito nel corso delle operazioni di captazione. Evidente è, anche per tale via, la grave lesione dei diritti difensivi dell'indagato.

Più in generale occorre osservare come non sia neppure indicato con chiarezza quale sia il criterio di scelta (e il suo grado di cogenza) cui sia tenuto ad attenersi il P.M. nella decisione di procedere all'attivazione dei meccanismi di acquisizione delle intercettazioni ritenute rilevanti, se attraverso il sistema ordinario descritto dall'art. 268 c.p.p. ovvero tramite molto più verosimilmente quello di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* c.p.p. (limitandosi invero del tutto genericamente il legislatore a stabilire che si proceda in tale secondo modo «qualora non si sia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6»)<sup>49</sup>.

Insomma, delle due, l'una: o si prende atto del fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi, per non dire nell'assoluta totalità, si procede *sempre* al ritardato deposito delle intercettazioni e allora le difese dovranno avere diritto all'accesso e soprattutto alla copia di *tutte* le intercettazioni depositate, rinunciandosi al contempo al “mito” dell'udienza stralcio da celebrarsi *prima* della conclusione delle indagini preliminari; oppure, tutt'al contrario, si ritiene di dover continuare ad “investire” sull'idea dell'udienza stralcio da effettuarsi prima della conclusione delle indagini preliminari, ma in tal caso le difese dovranno necessariamente avere diritto di estrarre copia delle registrazioni e degli atti *fin da subito e non già solo dopo* che essi siano acquisiti dal giudice, all'esito dell'udienza camerale partecipata, che rischia altrimenti di diventare soltanto un vuoto simulacro.

Ancor meno ammissibile è poi il fatto che l'organo di interlocuzione del difensore per la richiesta di acquisizione di copia delle «ulteriori registrazioni ritenute rilevanti» rispetto a quelle indicate dal P.M. sia il P.M. stesso (e non già il giudice), il quale provveda sull'istanza del difensore con decreto motivato, con ulteriore onere per la difesa, in caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, di avanzare a quel punto istanza al giudice affinché si proceda nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p.. Non è ammissibile invero che sui

---

<sup>49</sup> Non apparendo così chiaro se il legislatore abbia inteso proseguire lungo la strada di quell'impostazione che voleva evitare il deposito massivo di tutte le captazioni assieme agli altri atti di indagine al momento della conclusione delle indagini preliminari ovvero se, al contrario, vi sia adesso una sostanziale indifferenza rispetto a ciò: per una serrata critica a questo meccanismo v. C. CONTI, *op. cit.*, 90.

diritti della difesa di ottenere copia delle intercettazioni da essa ritenute rilevanti e dunque sulla piattaforma conoscitiva su cui poi la stessa dovrà basare le proprie richieste di acquisizione al G.I.P. possa incidere, limitandoli, l'organo dell'accusa, per l'evidente cortocircuito che una tale previsione determina in punto di menomazione delle facoltà difensive dell'indagato, giacché esse vengono così a dipendere dalle decisioni assunte proprio dal suo naturale contraddittore, sia per il caso in cui si proceda per le vie ordinarie, sia *a fortiori* per il caso in cui si proceda con giudizio immediato (poiché in tale secondo caso l'interlocutore diretto del difensore dovrebbe essere, semmai, già in prima battuta il G.I.P.). Per non parlare della vera e propria "*corsa ad ostacoli*" che viene imposta al difensore per acquisire copia delle predette registrazioni laddove il P.M. (magari in modo del tutto immotivato) gli neghi il diritto di estrarre copia delle ulteriori intercettazioni richieste.

Ma a ben vedere è lo stesso meccanismo così congegnato, che impone di passare attraverso l'assenso all'acquisizione di copia delle registrazioni e degli atti da parte del P.M., anche in caso di avvenuta conclusione delle indagini e finanche di emissione del decreto di giudizio immediato, che non funziona, poiché – a tacer della sua patente incostituzionalità – esso non trova ragion d'essere in alcuna concreta esigenza che giustifichi un simile sacrificio dei diritti delle difese, neppure nell'esigenza di segretezza delle indagini, essendo la stessa ormai definitivamente superata proprio dall'avvenuta conclusione delle indagini e dal connesso deposito degli atti e, vieppiù, dall'instaurazione del giudizio immediato, non consentendo così alla difesa quella totale ed immediata disponibilità degli atti di indagine necessaria al fine di ritenere la legittimità costituzionale del sistema descritto.

A ciò si aggiunga, peraltro, che, quantomeno nel caso in cui si proceda a giudizio immediato c.d. custodiale, il difensore ha già diritto fin dalla fase cautelare – a seguito di quanto statuito oltre un decennio fa dalla Corte costituzionale con un'acquisizione di indubbia civiltà giuridica – ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate che siano state utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate<sup>50</sup>. Costituisce dunque, da tale punto di vista, un ulteriore incomprensibile passo indietro e un'inammissibile involuzione rispetto alla riforma del 2017 la disposizione contenuta nel d.l. n. 161/2019 che ha soppresso espressamente i periodi terzo e quarto dell'art. 293 comma 3 c.p.p.<sup>51</sup>, i quali, con riferimento alle ordinanze di custodia cautelare, stabilivano invero il diritto dei difensori di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e di ottenere altresì la trasposizione su idoneo supporto delle relative registrazioni, sanando così *per tabulas* le gravi lacune normative originariamente presenti nel codice, colmate solo a seguito degli interventi additivi della Corte costituzionale.

Per non parlare del fatto che nulla le riforme del 2017 e del 2019 hanno disposto per quanto attiene alla necessaria accessibilità degli atti e al diritto di copia degli stessi

---

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 336.

<sup>51</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. i) d.l. n. 161/2019.

in caso di ricorso della difesa al Tribunale del Riesame e all'accesso del giudice del Riesame a tali atti.

È pertanto palese come, nonostante il mutamento di forma, nulla sia dunque cambiato nella sostanza. Anzi, a ben vedere la lesione dei diritti della difesa dell'indagato è ancor più accentuata sol che si ponga mente al fatto che, senza poter estrarre copia degli atti e men che meno ottenere la trasposizione su adeguato supporto informatico delle registrazioni captate in vista dell'udienza ove si deciderà in merito alla loro acquisizione e stralcio, peraltro dovendo passare per l'autorizzazione del P.M. per ottenere copia delle eventuali ulteriori intercettazioni di cui la difesa predichi la rilevanza, i difensori non potranno certamente assolvere con pienezza di poteri e facoltà ai loro diritti difensionali in vista di tale udienza, non essendo così messi nelle condizioni – se non a fronte di tali gravissime lesioni del loro diritto di difesa – di esaminare e valutare compiutamente gli atti di indagine, di indicare quali registrazioni rilevanti, naturalmente diverse da quelle indicate dal P.M., ritengano di sottoporre al giudizio di un organo terzo e imparziale che valuti la loro acquisizione agli atti del fascicolo e quindi di partecipare all'udienza in cui si dovrà decidere in ordine alla loro acquisizione con pienezza dei loro diritti<sup>52</sup>.

Può dirsi dunque, senza timore di smentita, che per quanto concerne la facoltà delle difese di estrarre copia degli atti depositati, il legislatore del 2019 – volendosi mutuare sempre gli autorevoli insegnamenti della Corte costituzionale – «sembra non avere colto la portata del principio enunciato nella sentenza n. 192 del 1997, con la quale questa Corte ha affermato che “al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve accompagnarsi [...] automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia”»<sup>53</sup> e non aver dunque riflettuto adeguatamente sul fatto che «la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che nel caso di specie si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 della Costituzione»<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> In senso analogo, in riferimento alla precedente disciplina, v. F. ALONZI, *Contenuti e limiti del diritto di difesa, in Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche* (a cura di G. Giostra e R. Orlandi), cit., 104 ss., che inoltre denunciava la palese violazione dell'art. 111 Cost., osservando come appaia evidente la disparità di trattamento delle due parti processuali coinvolte nel procedimento selettivo che si cela dietro la nuova normativa, giacché «mentre all'organo dell'accusa è assicurata la possibilità di disporre fisicamente di tutto il materiale relativo alle intercettazioni sia prima sia dopo l'intervento selettivo del giudice, questa possibilità è interdetta alla difesa, depotenziando così il suo intervento nelle decisioni che riguardano lo stralcio e rendendo disagevole, nei momenti successivi del processo, ricontrollare le conversazioni scartate» (ivi, 106 s. in nota).

Diversamente, come non si è mancato di osservare con efficace immagine, per il difensore «un pieno e consapevole esercizio del diritto alla prova potrà svolgersi esclusivamente laddove sia consentita la possibilità di individuare, nel *mare magnum* delle conversazioni rimaste impigliate nella “pesca a strascico”, quelle alla cui acquisizione l'indagato potrebbe avere interesse» (così C. CONTI, *op. cit.*, 92).

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost., 20 dicembre 2000, n. 558.

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, che aveva invero puntualizzato come, «se si riflette sulla *ratio* dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo

g) *La riesumazione dell'udienza stralcio.* – Vale la pena poi valutare, nell'economia complessiva dell'intervento normativo in commento, se possa dirsi effettivamente sempre necessaria (ed ammissibile dal punto di vista di un'ottimale allocazione delle risorse) la celebrazione dell'udienza camerale partecipata per la selezione delle intercettazioni rilevanti e lo stralcio di quelle irrilevanti o vietate dalla legge, prevista dall'art. 268 comma 6 c.p.p..

La risposta, a parere di chi scrive, non può che essere negativa: da questo punto di vista riteniamo, infatti, che fosse senza alcun dubbio maggiormente rispondente al ventaglio di ipotesi che possono verificarsi in concreto nella pratica, oltretutto più confacente rispetto alle risorse che è lecito attendersi possano essere ragionevolmente spese dai singoli uffici giudiziari, la disciplina dettata dal legislatore del 2017, che aveva invero distinto tra la regola del contraddittorio meramente cartolare («il giudice dispone con ordinanza, emessa in camera di consiglio senza l'intervento del pubblico ministero e dei difensori, l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti») e l'eccezione dell'udienza camerale partecipata («quando necessario, l'ordinanza è emessa all'esito dell'udienza»).

h) *L'acquisizione delle intercettazioni rilevanti in caso di deposito degli atti contestualmente all'avviso di conclusione delle indagini.* – Vi è poi un altro aspetto importante su cui vale la pena soffermarsi. Come si diceva sopra, il legislatore della controriforma ha eliminato il *meccanismo differenziato di acquisizione* delle intercettazioni a seconda che si proceda per le vie ordinarie ovvero che intervenga *medio tempore* l'emanazione di una misura cautelare, conservando solo la prima modalità ed abolendo la seconda.

Accanto tuttavia alla possibilità (remota) che si proceda all'acquisizione delle intercettazioni rilevanti nel corso delle indagini preliminari a seguito della celebrazione dell'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p., il legislatore come detto ha previsto anche che alla loro acquisizione si proceda solo al termine delle indagini preliminari, a seguito del deposito dell'avviso di conclusione delle indagini e previa autorizzazione al ritardato deposito delle intercettazioni non oltre la chiusura delle indagini.

Nella disciplina tratteggiata dal nuovo art. 415-*bis* comma 2-*bis* c.p.p. il legislatore non ha tuttavia indicato quali siano le *modalità* di selezione e acquisizione delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, giacché, come visto, la norma si limita in realtà solo a disporre che venga dato avviso all'indagato e al suo difensore del deposito del materiale intercettivo e della facoltà per tali soggetti di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni ed estrarre copia delle intercettazioni indicate come rilevanti dal P.M.

---

del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione».

In senso analogo v. ancora il *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato dal C.S.M. in data 13 febbraio 2020, 15, ove si evidenzia criticamente come il sistema delineato nel decreto legge sia «in palese contrasto» con le citate decisioni della Corte costituzionale.

nonché a disciplinare il caso in cui, in presenza di un rigetto dell'istanza formulata dalla difesa di ottenere copia delle ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti o in ipotesi di contestazioni, venga attivato dalla stessa difesa il contraddittorio innanzi al G.I.P. affinché si proceda alla loro acquisizione nelle forme dell'udienza partecipata di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p., ma nulla al contrario essa dispone in ordine alle procedure da seguire in via ordinaria per l'individuazione, la selezione e l'acquisizione di tali intercettazioni al fascicolo delle indagini preliminari, prima della loro formale trascrizione nelle forme della perizia e della loro acquisizione agli atti del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 268 commi 7 e 8 c.p.p. (su cui v. *infra*).

Nulla dice infatti la norma di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* c.p.p., né in sua vece vi provvede altra disposizione, circa l'*an*, il *quando* ed il *quomodo* debba procedersi a tale acquisizione, *in che modo* le intercettazioni debbano essere indicate dalle parti come rilevanti per la loro acquisizione (con appositi elenchi come previsto dall'art. 454 comma 2-*bis* c.p.p. per il giudizio immediato?), *se* sia prevista una qualche forma di interlocuzione tra le parti e il giudice in ordine alla loro acquisizione e soprattutto *chi* debba provvedere a disporre l'ingresso all'interno del fascicolo delle indagini preliminari. La norma è assolutamente muta al riguardo, lasciando di fatto all'interprete il difficile compito di colmare tali lacune.

Da un certo punto di vista si potrebbe invero ritenere che *tutte e indistintamente* le intercettazioni captate nel corso delle indagini, già contenute nell'archivio (riservato) delle intercettazioni e non fatte oggetto *medio tempore* di richieste di espunzione, vengano a transitare nel fascicolo delle indagini preliminari per effetto del semplice deposito dell'avviso di conclusione delle indagini ed a seguito della non attivazione da parte del P.M. o della difesa della procedura di stralcio di cui all'art. 268 c.p.p..

Si potrebbe tutt'al contrario ritenere che, in conformità alla *ratio* ispiratrice delle due riforme e alla necessità che tutto il materiale intercettivo rimanga confinato all'interno dell'archivio (riservato) delle intercettazioni fino alla decisione del giudice, si sia voluto invece escludere qualsivoglia transito di tale materiale all'interno del fascicolo delle indagini preliminari, in attesa della successiva trascrizione mediante perizia ed acquisizione al fascicolo del dibattimento delle sole intercettazioni rilevanti (*rectius*: non irrilevanti) indicate dalle parti.

L'interpretazione non è tuttavia pacifica, perché ci sono norme – quali l'art. 89-*bis* comma 4 disp. att. c.p.p. e l'art. 114 comma 2-*bis* c.p.p. – che come visto parlano espressamente di registrazioni ed atti «acquisiti a norma degli articoli 268 e 415-*bis* del codice», con ciò facendo pertanto chiaro riferimento ad una loro formale acquisizione agli atti del fascicolo delle indagini preliminari non soltanto mediante la procedura dettata dall'art. 268 c.p.p., ma anche attraverso l'art. 415-*bis* c.p.p..

Comunque la si voglia vedere, manca, in ogni caso, nel tessuto normativo derivante dal combinato disposto dell'art. 415-*bis* comma 2-*bis* c.p.p. e dell'art. 268 commi 7 e 8 c.p.p., una previsione espressa di collegamento tra la prima (il deposito delle intercettazioni captate a conclusione delle indagini preliminari con avviso all'indagato e al difensore della facoltà di esaminare, ascoltare ed estrarre copia delle intercettazioni indicate come rilevanti dal P.M.) e la seconda disposizione (la trascrizione mediante perizia da parte del giudice delle intercettazioni indicate dalle parti ritenute non

irrilevanti e il loro inserimento all'interno del fascicolo per il dibattimento) che consenta di fare "da ponte" tra le due fasi e di disciplinare così nel dettaglio, in caso di deposito del materiale intercettivo unitamente all'avviso di conclusione delle indagini preliminari, le modalità di indicazione, selezione e acquisizione delle intercettazioni rilevanti<sup>55</sup>.

i) *L'eliminazione della modalità di acquisizione agli atti del fascicolo delle indagini preliminari delle intercettazioni rilevanti in caso di misura cautelare.* – Come si diceva, la riforma del 2019 ha abolito invece la seconda modalità di acquisizione delle intercettazioni rilevanti agli atti del fascicolo delle indagini preliminari prevista dal legislatore del 2017, vale a dire laddove fosse stata richiesta e disposta una misura cautelare, mediante l'abrogazione dell'art. 268-ter c.p.p.<sup>56</sup>.

Parallelamente, il d.l. n. 161/2019 modifica l'art. 291 comma 1 c.p.p., relativo agli atti che il P.M. deve presentare al G.I.P. unitamente alla richiesta di misura cautelare, sopprimendo le parole «compresi i verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti»<sup>57</sup>.

È quindi da ritenere che, in caso di richiesta di misura cautelare, il P.M. non possa più trasmettere al G.I.P., unitamente al fascicolo delle indagini, anche i verbali delle intercettazioni (e verosimilmente anche le annotazioni di p.g. che ad esse facciano riferimento, oltretutto i supporti contenenti le intercettazioni), giacché in ogni caso al G.I.P. sarà comunque consentito accedere all'archivio (riservato) ai fini della propria decisione e qui consultare gli atti e/o ascoltare le registrazioni cui il P.M. faccia riferimento nella propria richiesta.

È peraltro evidente che, fermo restando quanto sopra, le intercettazioni rilevanti non potranno comunque non essere riportate a supporto delle istanze del P.M. e della decisione del G.I.P., seppur con doveroso riguardo alla "sobrietà contenutistica" che deve informare tali provvedimenti, giacché come dispongono espressamente l'art. 291 comma 1-ter e l'art. 292 comma 2-*quater* c.p.p., introdotti dalla riforma del 2017 e conservati anche da quella del 2019, quando necessario per l'esposizione degli indizi e delle esigenze cautelari, nella richiesta e nella relativa ordinanza applicativa sono «riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate», con ciò pertanto ammettendosi che in tali provvedimenti siano necessariamente riportati anche gli stralci, seppur essenziali, delle intercettazioni captate<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Sul punto v. ancora i rilievi critici contenuti nel *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato dal C.S.M. in data 13 febbraio 2020, 13, ove si evidenzia come anche il termine di venti giorni previsto dall'art. 415-bis comma 2-bis c.p.p. possa «risultare esiguo ai fini della formulazione di richieste integrative da parte della difesa quando il numero delle intercettazioni sia particolarmente rilevante», soprattutto nella misura in cui esso coincide con il medesimo termine previsto dal successivo comma 3 entro il quale l'indagato può chiedere al P.M. il compimento di ulteriori atti di indagine, circostanza che potrebbe impedire alla difesa di «svolgere attività difensive che presuppongono la completa conoscenza del materiale intercettivo».

<sup>56</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. g) d.l. n. 161/2019.

<sup>57</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. h) d.l. n. 161/2019.

<sup>58</sup> Sul punto vale la pena ricordare come già il C.S.M., nella più volte citata circolare sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione* del 29 luglio 2016, avesse ritenuto «necessario richiamare l'attenzione

Resta tuttavia, in tal caso, la grave violazione dei diritti difensivi già segnalata *supra* conseguente all'abrogazione dei periodi terzo e quarto dell'art. 293 comma 3 c.p.p. (relativi al diritto dei difensori di estrarre copia delle intercettazioni e degli atti posti a base delle misure cautelari e di ottenere la trasposizione su idoneo supporto di tali intercettazioni) e la mancata regolamentazione del diritto di accesso agli atti e di copia degli stessi per le difese in caso di ricorso al Tribunale del Riesame.

*l) La trascrizione mediante perizia delle intercettazioni rilevanti e la loro acquisizione agli atti del dibattimento.* – Le disposizioni successivamente introdotte dal d.l. n. 161/2019 all'interno dell'art. 268 c.p.p. si occupano invece di disciplinare la trascrizione delle intercettazioni selezionate ed acquisite e il loro conseguente transito all'interno del fascicolo per il dibattimento, procedura a cui precedentemente presiedeva l'art. 493-*bis* c.p.p., rubricato «trascrizione delle intercettazioni», introdotto dalla riforma del 2017 ed ora soppresso<sup>59</sup>.

I commi 7 e 8 dell'art. 268 c.p.p. dispongono adesso che il giudice (necessariamente G.I.P. o G.U.P.), «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431, dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie» e che le relative trascrizioni o stampe siano quindi inserite nel fascicolo per il dibattimento, con facoltà per i difensori

sulla necessità di una accurata selezione delle conversazioni che siano inserite nei provvedimenti cautelari – nelle richieste del pubblico ministero e nelle ordinanze del Gip – anche per la naturale idoneità di tali provvedimenti ad essere oggetto di attenzione mediatica in quanto collegati alla privazione della libertà personale e perché provvedimenti cronologicamente più vicini al fatto, di quanto non lo sia il momento del deposito degli atti al termine delle indagini preliminari. (...) Ne consegue che massimo può essere in tale fase, anche in termini quantitativi, il pericolo di diffusione di informazioni sensibili derivanti dalle intercettazioni e dunque di lesione del bene della riservatezza, per cui ancor più attenta deve essere l'opera di verifica della rilevanza compiuta dai magistrati in questo segmento processuale», auspicando in tal senso che i magistrati, nei loro provvedimenti, «si attengano ad un onere di sobrietà contenutistica, eventualmente valutando se *omissare*, nelle conversazioni comunque rilevanti, i riferimenti a cose o persone, se non strettamente necessari, dandone conto con adeguata motivazione» (ivi, 9 e 15).

È evidente come lo scopo così avuto di mira dal legislatore sia quello di limitare il più possibile il pericolo della circolazione delle intercettazioni attraverso canali extragiudiziari (*id est*: mediatici). In tal senso depone, come detto, anche la modifica della disciplina dell'art. 114 c.p.p., relativo al divieto di pubblicazione degli atti del procedimento penale, laddove, con l'inserimento al suo interno del nuovo comma 2-*bis*, si dispone adesso che «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-*bis*» (v. art. 2 comma 1 lett. *a*) d.l. n. 161/2019), ovverosia mediante uno dei meccanismi acquisitivi delle stesse al fascicolo delle indagini. Come si ricorderà, invece, un'eccezione espressa al divieto generale di pubblicazione degli atti del procedimento penale è stabilita proprio per le ordinanze in materia cautelare dall'art. 114 comma 2 c.p.p., così come modificato dall'art. 2 comma 1 lett. *b*) d.lgs. n. 216/2017, la cui entrata in vigore è tuttavia ora posticipata al 1 marzo 2020 (salvo ulteriori proroghe).

Sta di fatto che, in ogni caso, tali divieti di pubblicazione sono notoriamente privi di qualsiasi effettività, dal momento che la sanzione della loro inosservanza è affidata alla contravvenzione obblazionabile di cui all'art. 684 c.p.

<sup>59</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. *g*) d.l. n. 161/2019.

di estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione delle registrazioni su idoneo supporto ovvero richiedere copia dei flussi informatici intercettati su idoneo supporto ovvero copia della stampa delle informazioni contenute nei predetti flussi.

Vi è quindi la notevole anticipazione, rispetto alla riforma del 2017, degli adempimenti relativi alla trascrizione delle intercettazioni rilevanti, prima affidati alla fase dibattimentale e ora da cristallizzarsi ancor prima, nella fase dell'udienza stralcio ovvero, al più tardi, dell'udienza preliminare, che anzi – verosimilmente – diventerà adesso proprio il collo di bottiglia delle nuove attività di trascrizione<sup>60</sup>, attesa come detto l'assoluta preponderanza nella pratica del meccanismo del ritardato deposito<sup>61</sup>.

Il legislatore del 2019 si pone così in netta discontinuità con il disegno ispiratore del legislatore del 2017, secondo cui, poiché la trascrizione in forma di perizia delle intercettazioni è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, essa era da ricondurre al suo «alveo naturale» ossia l'ambito probatorio dibattimentale: trattandosi invero di materia estranea alle indagini e che presuppone un utilizzo delle intercettazioni nel processo, secondo il riformatore del 2017 la loro trascrizione era da affidarsi più propriamente alle attività di richiesta della prova da compiersi in fase dibattimentale, anche perché – si osservava – «è del tutto antieconomico provvedere alla trascrizione pur quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio, motivo questo che, già con la disciplina vigente, ha ulteriormente determinato l'ineffettività della previsione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. La scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria», ossia «“successivamente” alla procedura di selezione del materiale utile, senza necessariamente imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza e comunque nella fase delle indagini preliminari. Fase questa che è estranea, sul piano sistematico, alle attività di formazione della prova» e senza che peraltro ciò precludesse alla parte interessata – si rilevava ulteriormente – di «richiedere lo svolgimento di questa attività sostanzialmente peritale anche in altra sede, ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova»<sup>62</sup>.

Il disegno riformatore del 2019 non ci sembra condivisibile. Ci pare infatti che l'impostazione seguita dal legislatore del 2017 fosse di gran lunga più corretta dal punto di vista formale oltretutto rispondente al concreto incedere del processo penale, avendo

<sup>60</sup> Salvo che per l'ipotesi in cui esse si rendano decisive ai fini della sentenza di non luogo a procedere, stante l'intervenuta abrogazione del comma 4-bis dell'art. 422 c.p.p. (cfr. art. 2 comma 1 lett. n) d.l. n. 161/2019).

<sup>61</sup> Se invero la collocazione sistematica e la formulazione della norma – con l'utilizzo di quell'«anche» in apertura del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. – autorizzano a ritenere che si possa procedere alla trascrizione delle intercettazioni rilevanti anche *prima* della celebrazione dell'udienza preliminare, e segnatamente all'esito dell'udienza camerale partecipata per la cernita delle intercettazioni rilevanti, tuttavia, da un lato il riferimento alla formazione del fascicolo per il dibattimento di cui all'art. 431 c.p.p., dall'altro il fatto che nella stragrande maggioranza dei casi P.M. e G.I.P. opereranno sempre, come detto, per il ritardato deposito delle intercettazioni, da compiersi non oltre la chiusura delle indagini preliminari, appare evidente che la sede deputata alla trascrizione delle intercettazioni selezionate ed acquisite, con le forme della perizia, sarà necessariamente quella dell'udienza preliminare.

<sup>62</sup> Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017, 7 s.

costituito la presa d'atto della prassi ormai comunemente invalsa presso gli uffici giudiziari. Pensare adesso di tornare al sistema delle trascrizioni delle intercettazioni durante l'udienza stralcio ovvero, molto più probabilmente, nel corso dell'udienza preliminare, non appare congruente rispetto ai principi generali e alle esigenze pratiche, giacché l'udienza preliminare, a dispetto del suo ruolo di mero filtro processuale, verrà necessariamente caricata di una serie di incombenze che non le sono proprie (e che le faranno assumere, di fatto, le sembianze di un'udienza di incidente probatorio)<sup>63</sup>.

A tale profilo problematico occorre poi aggiungere che il predetto sistema, da un lato, non sembra porsi il problema di un'eventuale declaratoria di nullità pronunciata in sede dibattimentale (ad es. dell'avviso 415-bis c.p.p. o dell'udienza preliminare) che determini la regressione del procedimento alla fase precedente; dall'altro, non tiene conto della mancanza, nel giudizio immediato, di una sede propria al cui interno procedere alle predette attività di trascrizione<sup>64</sup>.

Sotto il primo profilo non è chiaro, infatti, quale sia la sorte delle trascrizioni disposte durante un'udienza preliminare che poi venga travolta da una successiva declaratoria di nullità che sopraggiunga in sede dibattimentale (o d'appello o finanche di legittimità).

Sotto il secondo profilo, il legislatore del 2019 non ha tenuto conto in minima parte del fatto – dimostrando così anche scarsa conoscenza degli istituti giuridici<sup>65</sup> – che, nel giudizio immediato, tra la fase delle indagini e quella del dibattimento non esiste alcuna parentesi istruttoria equiparabile all'udienza preliminare al cui interno riversare un'attività, anche molto dispendiosa in termini temporali, quale la perizia fonica di

---

<sup>63</sup> In senso contrario v. il *Parere sul decreto legge n. 161/2019*, approvato dal C.S.M. in data 13 febbraio 2020, 16, che ritiene invece molto opportuna «la scelta di non vincolare la perizia trascrittiva ad una specifica fase processuale e di prevedere, con carattere di assoluta novità, che la trascrizione può essere disposta anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento», poiché in tal modo viene «innanzitutto formalizzata una competenza del GUP che appariva, invece, dubbia alla luce della giurisprudenza di legittimità sul presupposto che, con la definizione dell'udienza preliminare, cessasse la competenza funzionale del GUP. Inoltre, la previsione che la perizia trascrittiva possa essere disposta al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento comporta che questa sia effettuata nei casi in cui risulti effettivamente necessaria, non essendo più consentito l'accesso ai riti alternativi, e quando, per effetto del rinvio a giudizio, è meglio definito il perimetro dell'imputazione, con conseguente possibilità per le parti di concordare la trascrizione di quelle intercettazioni che risultino effettivamente rilevanti rispetto alle condotte in contestazione. Infine, l'anticipazione della perizia trascrittiva nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento consente di utilizzare fruttuosamente lo spazio temporale, spesso non breve, che intercorre tra la conclusione dell'udienza preliminare e l'inizio del dibattimento, riducendone l'aggravio probatorio e velocizzandone i tempi di definizione».

<sup>64</sup> Alcuni problemi suscitano, al contrario, gli altri riti alternativi: non il giudizio abbreviato, giacché in tale sede la decisione avverrà allo stato degli atti, salvo che si tratti di giudizio abbreviato condizionato ad un'integrazione probatoria che abbia ad oggetto proprio la trascrizione in forma di perizia (di alcune) delle intercettazioni captate; non il patteggiamento, giacché esso è come noto un *noli contendere*; non il giudizio direttissimo e il procedimento per decreto, dal momento che essi appaiono *ictu oculi* incompatibili con un'attività di intercettazione; non il procedimento con messa alla prova, perché esso ripete di fatto la forma del patteggiamento e nello stesso non appare dunque necessario fare ricorso ad alcuna trascrizione.

<sup>65</sup> D'altronde, come osservava criticamente G. GIOSTRA, *op. cit.*, 524, già il progetto riformatore del 2017 era stato connotato fin dall'inizio da «una preoccupante approssimazione tecnica».

trascrizione. *Quid juris* quindi?

A ciò si aggiunga come una simile opzione – a tacere della mancanza espressa di una udienza a ciò dedicata – non appare coniugarsi con i tempi, talora molto ristretti, del giudizio immediato, soprattutto quello c.d. custodiale, laddove è immaginabile sarà difficile contemperare le esigenze di celerità e speditezza tipiche del giudizio, anche per quanto attiene il rispetto dei termini di fase delle misure cautelari in corso, con i tempi fisiologici delle perizie di trascrizione, soprattutto laddove il materiale intercettivo sia particolarmente corposo o necessiti del ricorso ad interpreti per la loro traduzione e trascrizione.

Sotto altro ma connesso profilo occorre poi osservare come il legislatore del 2019 abbia eliminato qualsiasi riferimento alle attività di acquisizione delle intercettazioni dal tessuto dell'art. 472 comma 1 c.p.p. (norma sicuramente eccentrica rispetto alla collocazione al suo interno di disposizioni in materia di intercettazione in quanto disciplinante i casi in cui si procede a porte chiuse in sede dibattimentale)<sup>66</sup>, in tal modo tuttavia non ponendosi (più) il problema di come risolvere i casi in cui, in dibattimento, le parti rinnovino richieste di acquisizione di intercettazioni non accolte in precedenza o richiedano l'acquisizione di ulteriori intercettazioni la cui rilevanza emerga nel corso dell'istruzione dibattimentale. Nel cancellare l'indubbiamente discutibile collocazione sistematica della norma previgente, il legislatore ha così tuttavia eliminato con un tratto di penna anche l'espressa disciplina di situazioni che pure possono presentarsi nella prassi ed a cui, nuovamente e necessariamente, dovrà sopperire l'interprete (verosimilmente facendo applicazione analogica dell'art. 268 commi 7 e 8 c.p.p.), anche per scongiurare il rischio di ulteriori letture incostituzionali.

*m) L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state autorizzate.* – La riforma del 2019 interviene, infine, anche sul versante dell'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali sono state autorizzate, disciplinata dall'art. 270 c.p.p.<sup>67</sup>.

In realtà, quanto alle intercettazioni telefoniche, viene confermato l'impianto normativo già esistente, per cui – come noto – di regola tali risultati non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che essi risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Le modifiche riguardano, invece, come si vedrà in conclusione, il regime delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile (su cui si veda più diffusamente *infra* il prossimo paragrafo).

Per comprendere la portata della riforma mette conto evidenziare come tale norma sia stata oggetto della recentissima decisione delle Sezioni Unite "Cavallo", le quali hanno invero composto il contrasto giurisprudenziale esistente sul concetto di diversità procedimentale adottando un'interpretazione fortemente restrittiva dell'enunciato normativo, disponendo infatti che tale divieto non operi, oltretutto nel caso

---

<sup>66</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. p) d.l. n. 161/2019.

<sup>67</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. g) d.l. n. 161/2019.

di indispensabilità delle intercettazioni per l'accertamento di delitti per cui sia obbligatorio l'arresto in flagranza, solo «con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge»<sup>68</sup>.

Tra i diversi orientamenti esistenti – quello che ammetteva l'utilizzabilità in ogni diverso procedimento purché vi fosse stata la sussistenza di una connessione ex art. 12 c.p.p. o un collegamento ex art. 371 comma 2 lett. b) e c) c.p.p. sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico; quello che, al contrario, valorizzava l'unitarietà o meno del procedimento in cui le intercettazioni fossero state disposte; quello che, all'estremo opposto, negava qualsiasi possibilità di utilizzazione in un diverso procedimento delle risultanze di intercettazioni disposte in altro procedimento, neppure quando i due procedimenti fossero stati strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio – le Sezioni Unite hanno invero optato per una quarta interpretazione, che valorizza il più restrittivo «criterio di valutazione sostanzialistico» incentrato solo sulla connessione ex art. 12 c.p.p. *stricto sensu* intesa e non più sul mero collegamento investigativo e men che meno sulla unitarietà iniziale del procedimento.

Si tratta infatti – come puntualizzato dalle Sezioni Unite “Cavallo” – «di verificare quale “legame sostanziale” tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione è stata emessa e il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione renda quest'ultimo reato riconducibile al provvedimento autorizzatorio e, dunque, in linea con l'art. 15 Cost., che vieta “autorizzazioni in bianco”». E siffatto legame sostanziale, che legittima l'utilizzabilità delle intercettazioni anche nei confronti di altri reati per i quali non sia stata concessa l'intercettazione, al di là della diversità di procedimento e che si tratti o meno di reati per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, per le Sezioni Unite è unicamente la connessione “forte” di cui all'art. 12 c.p.p., quale autonomo e originario criterio attributivo della competenza.

Tale elemento – hanno osservato ancora le Sezioni Unite – riguarda infatti «procedimenti tra i quali esiste una relazione in virtù della quale la regiudicanda oggetto di ciascuno viene, anche in parte, a coincidere con quella oggetto degli altri» e per i quali il carattere originario della connessione costituisce «un riflesso della connessione sostanziale dei reati»<sup>69</sup>. Solo nei predetti casi, dunque, «il procedimento relativo al reato

---

<sup>68</sup> Cfr. Cass., S.U., 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo, rv. 277395, in motivazione. A tale regola fanno peraltro eccezione, come indicato dalle Sezioni Unite “Floris”, le intercettazioni che costituiscano “corpo del reato” (art. 271 comma 3 c.p.p.), ossia quelle comunicazioni o conversazioni che contengano elementi di natura dichiarativa costituenti di per sé illecito penale e che integrino ed esauriscano la fattispecie criminosa (come nelle ipotesi, ad es., in cui nel corso di una telefonata si consumi una rivelazione di segreto d'ufficio o un favoreggiamento personale oppure una simulazione di reato o una minaccia), e che non si riferiscano invece meramente a una condotta criminosa o ne integrino solo un frammento, venendo portata a compimento la commissione del reato mediante ulteriori condotte rispetto alle quali l'elemento comunicativo assuma carattere meramente descrittivo (cfr. Cass., S.U., 26.06.2014, n. 32697, Floris e altro, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12, 1448 ss., con nota di A. INNOCENTI, *Le Sezioni Unite aprono all'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in “diverso procedimento”*).

<sup>69</sup> Cfr. sul punto Cass., S.U., 28.02.2013, n. 27343, Taricco, rv. 255345; Cass., S.U., 26.10.2017, n. 53390, Patroni Griffi, rv. 271223; Cass., S.U., 18.05.2017, n. 28659, Gargiulo, rv. 270074.

per il quale l'autorizzazione è stata espressamente concessa non può considerarsi "diverso" rispetto a quello relativo al reato accertato in forza dei risultati dell'intercettazione», giacché la «parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale – e non meramente processuale – tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai "fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede" (Corte cost., sent. n. 366 del 1991), di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione», impedendo così, al contempo, che «l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'"autorizzazione in bianco"».

Alla luce di tali premesse, le Sezioni Unite hanno dunque concluso che – ferma restando l'utilizzabilità in altro procedimento dei risultati delle intercettazioni che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – «non rientrano nella sfera del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate solo i reati, accertati in virtù dei risultati delle intercettazioni, connessi *ex art.* 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta: quando hanno ad oggetto reati connessi, i procedimenti non sono "diversi" a norma dell'art. 270 cod. proc. pen.».

Logico corollario di tale impostazione è stato peraltro quello di considerare ulteriore requisito necessario per l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte in un procedimento ai fini della prova del diverso reato emerso nel corso dell'intercettazione che anche quest'ultimo rientri nei limiti di ammissibilità delle intercettazioni dettati dall'art. 266 c.p.p., giacché la previsione di tali limiti – hanno sottolineato le Sezioni Unite – è espressione diretta e indefettibile della riserva assoluta di legge *ex art.* 15 Cost. che governa la materia delle intercettazioni e dell'istanza di rigorosa e inderogabile tassatività che da essa discende, riconnettendosi alla «natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione)»<sup>70</sup>, mentre, diversamente opinando, l'utilizzazione probatoria dell'intercettazione in relazione a reati che non rientrano nei limiti di ammissibilità fissati dalla legge si tradurrebbe «nel surrettizio, inevitabile aggiramento di tali limiti».

In altre parole e in sintesi, secondo le Sezioni Unite "Cavallo" se si tratta di reati connessi *ex art.* 12 c.p.p., gli stessi non possono considerarsi diversi ai sensi dell'art. 270 c.p.p. e l'utilizzabilità dei risultati che emergano durante le operazioni di captazione è sempre consentita nei loro confronti, purché anch'essi rientrino nei limiti generali di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p.; se viceversa si tratta di reati diversi non connessi, valgono i limiti di cui all'art. 270 c.p.p..

In tale frangente interviene allora il legislatore della riforma del 2019 che, con riferimento esplicito – come si diceva – alle sole intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, provvede a fissare un diverso

---

<sup>70</sup> Così Corte cost., 11 luglio 1991, n. 366.

criterio di utilizzabilità dei risultati di tali intercettazioni nei confronti di reati diversi, che ribalta il precedente divieto di utilizzabilità stabilito dal legislatore del 2017 – secondo cui i predetti risultati non potevano essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali le intercettazioni erano state autorizzate, salvo che anche qui la prova risultasse indispensabile per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – disponendo adesso espressamente l'art. 270 comma 1-*bis* c.p.p. che, ferma restando la loro utilizzabilità per la prova di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, tali risultati «possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis*»<sup>71</sup>.

Non è chiaro, tuttavia, se con tale modifica il «legislatore consapevole» abbia voluto restringere il panorama applicativo dei risultati delle intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico rispetto alle intercettazioni “classiche”, superando così il *dictum* delle Sezioni Unite “Cavallo” attraverso l'enucleazione di un nuovo e diverso criterio per l'utilizzabilità di tali risultati nei confronti di reati diversi, ritenendo non più rilevante il requisito della stretta connessione sostanziale tra i reati e limitando per contro la loro utilizzabilità, oltre che ai delitti per cui sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, alle sole fattispecie indicate dall'art. 266 comma 2-*bis* c.p.p., ossia ai soli delitti di cui agli artt. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (reati di criminalità organizzata e terrorismo)<sup>72</sup> e ai delitti dei pubblici ufficiali (e degli incaricati di pubblico servizio, come si vedrà subito *infra*) contro la P.A. puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; oppure se, tutt'al contrario, la controriforma abbia voluto mantenere ferma anche per tali intercettazioni la distinzione operata dalle stesse Sezioni Unite tra reati diversi ma connessi *ex art.* 12 c.p.p., che non rientrano nella sfera del divieto di cui all'art. 270 c.p.p., e reati diversi non connessi, che vi sono viceversa soggetti, aggiungendo solo per questi ultimi delle ulteriori ipotesi espresse di utilizzabilità *aliunde* dei risultati delle intercettazioni effettuate mediante captatore informatico, effettuando così un'estensione del loro campo d'applicazione, in quanto, ferma restando la *regula iuris* dettata dalle Sezioni Unite nel caso in cui le captazioni mediante *trojan* abbiano ad oggetto reati diversi ma connessi, per quelli non connessi sarebbero invece applicabili i limiti di utilizzabilità indicati dall'art. 270 comma 1-*bis* c.p.p., comunque più ampi (con estensione dei risultati anche ai reati di criminalità organizzata, in materia di terrorismo e contro la P.A.) rispetto a quelli previsti in via generale dall'art. 270 comma 1 c.p.p. (solo per i reati per cui sia previsto l'arresto

---

<sup>71</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. g) n. 1) d.l. n. 161/2019. La norma dispone altresì che, ai fini dell'utilizzazione nel diverso procedimento, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni debbano essere depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento e che per le procedure di selezione e acquisizione del materiale intercettivo si applichi l'art. 268 commi 6, 7 e 8 c.p.p..

<sup>72</sup> Ancorché un'ulteriore apertura sul punto si ha laddove si ponga mente – e se ne postuli ancora la perdurante validità – alla più ampia interpretazione che del concetto di “criminalità organizzata” hanno dato le già citate Sezioni Unite “Scurato”, secondo cui «per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, cod. proc. pen. nonché quelli comunque facenti capo ad un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato» (così Cass., S.U., 28.04.2016, n. 26889, Scurato, rv. 266906).

obbligatorio in flagranza)<sup>73</sup>.

### 5. (segue) Le novità e le lacune in materia di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico.

Il d.l. n. 161/2019 interviene poi anche sulla disciplina relativa all'utilizzo del captatore informatico (c.d. *trojan*)<sup>74</sup>, segnatamente con una serie di interventi volti ad estenderne l'utilizzo, seppur in maniera decisamente minimale, con riferimento ai gravi delitti contro la P.A.. In particolare, il legislatore ritiene adesso di consentirne l'uso non soltanto con riguardo a quelli commessi dai pubblici ufficiali ma anche a quelli «degli incaricati di pubblico servizio» (artt. 266 comma 2-*bis* e 267 comma 1 c.p.p.)<sup>75</sup>.

Alla medesima platea di destinatari il d.l. n. 161/2019 estende inoltre adesso, finalmente, tutta la disciplina speciale in materia di intercettazioni prevista dall'art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla l. 12 luglio 1991 n. 203, già prevista per i gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. dall'art. 6 d.lgs. n. 216/2017 ed ora applicata anche a quelli commessi dagli incaricati di pubblico servizio<sup>76</sup>, senza più alcuna limitazione di sorta<sup>77</sup>.

Si estende inoltre assai opportunamente, eliminando così una vistosa aporia del d.lgs. n. 216/2017 non risolta neppure dalla legge c.d. *spazzacorrotti*, la possibilità per il P.M. di disporre *in via d'urgenza* l'intercettazione ambientale mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non soltanto nei

<sup>73</sup> Se infatti la collocazione della nuova norma all'interno dell'art. 270 c.p.p. potrebbe indurre a ritenere che il legislatore abbia inteso porsi nel solco dell'orientamento giurisprudenziale segnato dalle Sezioni Unite, in senso contrario depongono il rovesciamento del precedente divieto di utilizzabilità, l'indicazione di ipotesi espresse e tassative in cui l'utilizzazione nei confronti di reati diversi è ora consentita ed altresì la mancata modifica del comma 2 di tale disposizione che, nel far riferimento al deposito dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni presso l'autorità competente per il diverso procedimento, indica tale adempimento ai soli fini dell'utilizzazione prevista dal comma 1 e non anche per quella di cui al comma 1-*bis* della medesima disposizione.

Sul punto non pare chiara neppure la *Relazione* di accompagnamento al d.d.l. di conversione del d.l. n. 161/2019, presentato al Senato l'8 gennaio 2020 (S. 1659), che, nel fare riferimento alla recentissima sentenza delle Sezioni Unite, parla di «rimodulazione della norma limitativa della possibilità di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni captate mediante *trojan* per la prova di reati diversi da quelli in relazione ai quali l'intercettazione era stata autorizzata» (ivi, 3).

Per analoghi rilievi critici v. anche il *Parere sul decreto legge n. 161/2019* approvato dal C.S.M. in data 13 febbraio 2020, 4 ss., ove si evidenzia come l'attuale formulazione della norma, ancor più della precedente, dia luogo ad «incertezze interpretative» in ordine al suo campo applicativo.

<sup>74</sup> V. la dottrina citata *supra* alla nota 2.

<sup>75</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. c) e d) n. 1) d.l. n. 161/2019. Non così invece per i reati commessi da esercenti servizi di pubblica necessità o da privati.

<sup>76</sup> Cfr. art. 2 comma 7 d.l. n. 161/2019.

<sup>77</sup> V. *supra* al paragrafo 1 e alle note 2 e 3. Sulle ragioni dell'equiparazione delle due discipline si vedano i perspicui rilievi di D. PRETTI, *op. cit.*, 226, il quale osserva come i più gravi reati contro la P.A. siano «particolarmente invisibili all'opinione pubblica ed, al contempo, molto spesso altrettanto insidiosi per l'eguale incriminabilità dei partecipi all'accordo criminoso che costituisce uno schermo insuperabile se non al prezzo del sacrificio dell'altrui segretezza delle comunicazioni». Nei medesimi termini P. BRONZO, *op. cit.*, 255.

procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ma anche in tutti quelli relativi ai gravi delitti contro la P.A., siano essi commessi da pubblici ufficiali o da incaricati di pubblico servizio (art. 267 comma 2-*bis* c.p.p.)<sup>78</sup>.

Il legislatore si premura inoltre di modificare *in parte qua* anche l'art. 89 disp. att. c.p.p., disponendo che: *i*) il verbale delle operazioni di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile debba indicare il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni; *ii*) possano essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia e; *iii*) al termine delle operazioni si debba procedere sempre alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi. La norma specifica altresì – soprattutto – che le comunicazioni intercettate, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, debbano essere trasferite non più genericamente verso gli impianti della Procura della Repubblica bensì «esclusivamente nell'archivio digitale di cui all'articolo 269, comma 1, del codice», previa verifica, durante il trasferimento dei dati e mediante controlli costanti di integrità, che sia assicurata l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso, nonché con indicazione in ogni caso, quando si renda impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. art. 2 comma 1 lett. *d*) n. 2) d.l. n. 161/2019. Non si comprende, tuttavia, se non in base alla fondamentale sfiducia nutrita dal legislatore verso tale pervasivo mezzo di ricerca della prova, perché lo stesso abbia ritenuto di limitare l'intercettazione ambientale disposta in via d'urgenza con provvedimento del P.M. soltanto alla platea dei reati indicati nel testo, per quanto ora allargata, e non già alla generalità dei reati indicati all'art. 266 c.p.p. (si pensi, ad es., ad un caso di omicidio non collegato a contesti di criminalità organizzata, dove l'inoculazione in via d'urgenza di un *trojan* all'interno di un dispositivo portatile potrebbe essere decisivo ai fini della raccolta delle prove e della soluzione delle indagini).

<sup>79</sup> Cfr. art. 2 comma 2 lett. *a*) d.l. n. 161/2019. Già l'art. 4 D.M. 20 aprile 2018 aveva peraltro disposto che i programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile debbano essere elaborati in modo da assicurare integrità, sicurezza e autenticità dei dati captati su tutti i canali di trasmissione riferibili al captatore, che solo gli operatori autorizzati possano avere accesso agli strumenti di comando e funzionamento del captatore, che gli stessi prevedano 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* e che i medesimi garantiscano il loro completo controllo da remoto durante tutto il periodo di attività autorizzata e la trasmissione di tutte le informazioni necessarie a definire il contesto dell'acquisizione, con loro periodico adeguamento agli standard di funzionalità ed operatività in linea con l'evoluzione tecnologica.

Non si è mancato peraltro di constatare la genericità di tali indicazioni, «destinate verosimilmente a produrre, in sede applicativa, frequenti controversie fra esperti sulla adeguatezza del *software* di volta in volta utilizzato ad assicurare sia il rispetto dei limiti giuridici imposti allo svolgimento dell'operazione, sia l'affidabilità o integrità del risultato investigativo»: così R. ORLANDI, *op. cit.*, 548, il quale, in nota, nel fare un raffronto pertinente con una materia affine, osserva altresì come ben diverso sia stato il modo in cui il legislatore è «interventuto per assicurare la qualità e l'aggiornamento delle tecniche utilizzate nel campo delle indagini genetiche», portando l'esempio dell'art. 11 l. n. 85/2009 che rinvia ai parametri riconosciuti a livello internazionale e indicati dall'*European Network of Forensic Science Institutes* (ENFSI), mentre analoga soluzione non sia stata adottata nel campo che qui ci interessa, nonostante che presso l'ENFSI operi il *Forensic Information Technology Working Group* (FIT-WG), preconizzando poi come, «sull'adeguatezza del

Qui tuttavia si arresta l'“ondata innovativa” della riforma Bonafede sull'utilizzo del *trojan*. Una prospettiva molto deludente, che evidentemente non ha saputo (o voluto) cogliere la portata dirompente di tale nuovo mezzo di indagine.

Si tratta infatti, come noto, di uno strumento tecnologico di straordinaria potenzialità e portata, il quale – come già ebbero ad osservare le Sezioni Unite “Scurato” e come puntualizzato dalla più avveduta dottrina<sup>80</sup> – in ragione della sua semplicità di inoculazione (da remoto e in modo occulto attraverso una *mail*, un messaggio, un aggiornamento del sistema operativo o di un'applicazione del dispositivo portatile e senza peraltro dover affrontare i problemi pratici che implica la collocazione di una microspia con i connessi rischi di disvelamento delle attività di indagine), della sua “silenziosità” e “celerità” operativa (operando esso in modalità c.d. *stealth* che permette la raccolta occulta e la trasmissione a distanza dei dati captati, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, senza che il titolare del dispositivo possa accorgersene) e soprattutto della molteplicità di usi e di attività di indagine che esso consente (la captazione di tutto il traffico dati in entrata e in uscita dal dispositivo infettato; l'acquisizione del contenuto di comunicazioni e conversazioni intrattenute mediante applicazioni di *instant messaging*; l'attivazione del microfono e della *webcam* di cui il dispositivo sia dotato con captazione dei colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo e delle immagini dei luoghi in cui si trovi e delle persone che con esso interagiscono; la perquisizione da remoto dell'*hard disk* e la copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira; la decifrazione tramite *keylogger* di tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema; la visualizzazione e il salvataggio attraverso *screenshot* e *screencast* di tutto ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio; la verifica e il tracciamento attraverso il suo sistema GPS della geolocalizzazione del dispositivo e quindi del suo utilizzatore), permette di sottoporre l'individuo ad un penetrante controllo della sua vita quotidiana, secondo quello che – in base ad un'efficace espressione – è stato non a torto definito una sorta di «*panopticon* benthamiano» capace di sorvegliare ogni atto dell'individuo<sup>81</sup> e di consentire così un «controllo “orwelliano”» della sua vita<sup>82</sup>, verso orizzonti investigativi e tecnologici ancora tuttavia non completamente esplorati.

È peraltro un dato esperienziale incontestabile che l'avvento dell'era digitale e lo straordinario sviluppo tecnologico moderno abbiano consentito il raggiungimento di

---

*software* in questione si registreranno, nel prossimo futuro, frequenti controversie fra esperti in *digital forensic*, anche per l'estrema vaghezza delle indicazioni ricavabili dal citato decreto ministeriale», con conseguenti riflessi anche sulla possibile invalidità dei dati acquisiti in caso di constatata inadeguatezza del *software* utilizzato ad assicurare con precisione le coordinate spazio-temporali in cui l'intercettazione tramite captatore si sia svolta (ivi, 551).

<sup>80</sup> Cfr. Cass., S.U., 28.04.2016, n. 26889, Scurato, cit., in motivazione. In dottrina v. l'esemplificazione contenuta in O. CALAVITA, *op. cit.*, 49 s., P. RIVELLO, *op. cit.*, 101 ss. e R. BRIGHI, *op. cit.*, 215 ss. Sulle potenzialità e i rischi derivanti dall'uso del *trojan* v. F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. de direito processual penal*, 2017, 3, 2, 483 ss.

<sup>81</sup> Così, efficacemente, O. CALAVITA, *op. cit.*, 49.

<sup>82</sup> Ancora O. CALAVITA, *op. cit.*, 58.

livelli inimmaginabili e la facilità di accesso per chiunque a mezzi informatici estremamente potenti e versatili. In tale frangente, la criminalità (non soltanto quella organizzata) è capace di sfruttare appieno gli strumenti tecnologici esistenti, soprattutto quelli che assicurano l'inaccessibilità delle comunicazioni e delle conversazioni<sup>83</sup>, essendosi ormai modificata «la fisionomia delle forme di manifestazione della delinquenza» mediante «una crescita esponenziale della frequenza con cui gli illeciti comuni sono compiuti attraverso lo strumento digitale»<sup>84</sup>.

In tale quadro, la legislazione repressiva degli illeciti penali dimostra tutto il ritardo con cui si appropria a regolare tale incandescente materia, rincorrendo di fatto il progresso delle nuove tecnologie e l'uso distorto che di esse ne fanno i centri di produzione criminale, tentando di compiere una sistematizzazione concettuale dei nuovi strumenti investigativi che il progresso tecnologico offre, la quale, tuttavia, si rivela del tutto insoddisfacente rispetto alle nuove esigenze (ed emergenze) investigative e repressive.

A fronte della molteplicità e poliedricità degli usi offerti dal captatore informatico, il legislatore del 2017 e quello del 2019 hanno infatti adottato entrambi un'impostazione fortemente restrittiva, «limitata sia dal punto di vista delle potenzialità intrusive del captatore informatico, sia da quello del dispositivo infettabile»<sup>85</sup>, avendo inteso invero espressamente regolamentare solo uno dei suoi possibili usi, quale mera modalità di esecuzione delle intercettazioni tra presenti, attraverso l'attivazione del microfono di dispositivi mobili portatili<sup>86</sup>, dando così continuità ideale a quel mezzo di "intercettazione ambientale itinerante" delineato dalle Sezioni Unite "Scurato".

Si tratta di un'impostazione minimalista e riduttiva, che il legislatore della controriforma non ha inteso tuttavia sovvertire né ampliare. E ciò nonostante non solo

<sup>83</sup> Cfr. P. TONINI, *I captatori informatici*, in *Jusonline*, 2017, 3, 373 ss. e, specialmente, 380, che rileva come, a fronte dello sgomento e dei sentimenti di repulsione che possono sorgere dinanzi alla capacità invasiva delle nuove tecniche di captazione, non si possa fare a meno di restare parimenti «turbati quando si tiene conto che la criminalità organizzata opera ormai con tecniche di elusione che mettono fuori gioco le intercettazioni legali di tipo passivo», sottolineando altresì come, in tale contesto, «deve essere configurabile una sorta di "legittima difesa" del processo penale contro le aggressioni alla sua finalità di accertare i fatti».

<sup>84</sup> P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 5, 2.

<sup>85</sup> Così O. CALAVITA, *op. cit.*, 57 che definisce la riforma del 2017 "lacunosa" ed "anacronistica". Critici sul punto anche D. CURTOTTI, *Il captatore informatico nella legislazione italiana*, in *Jusonline*, 2017, 3, 389; M. TORRE, *Il captatore informatico nella legge delega 23 giugno 2017, n. 103*, ivi, 437; e G. GIOSTRA, *op. cit.*, 524.

<sup>86</sup> Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017, 9. Peraltro con un intervento, dal punto di vista della tecnica normativa, ampiamente discutibile, dato che la novella è consistita semplicemente nella mera aggiunta, all'interno dell'art. 266 comma 2 c.p.p., disciplinante l'intercettazione tra presenti, del periodo «anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile», anziché procedersi alla collocazione di ben più articolate disposizioni all'interno della sede che le dovrebbe essere riconosciuta propria, vale a dire l'art. 266-bis c.p.p., relativo alle intercettazioni informatiche o telematiche, ovvero – più opportunamente e volendo – all'interno di una nuova disposizione normativa *ad hoc* (cfr. per vari spunti in tal senso D. CURTOTTI, *op. cit.*, 383; S. SIGNORATO, *op. cit.*, 242; F. CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016, 11, 4140 ss. e, specialmente, 4144; F. RUGGIERI, *L'impatto delle nuove tecnologie: il captatore informatico. L'art. 1 c. 84 lett. e del d.d.l. Orlando: attuazione e considerazioni di sistema*, in *Jusonline*, 2017, 3, 360 e 367).

le proposte di legge che, prima ancora del d.lgs. n. 216/2017, erano state presentate in sede parlamentare con lo scopo di introdurre una normativa *ad hoc* che disciplinasse specificamente l'utilizzo del captatore informatico nelle indagini preliminari<sup>87</sup>, ma altresì i numerosi rilievi critici e gli spunti di riflessione avanzati dalla dottrina più attenta, che aveva sollecitato un ripensamento delle timide soluzioni adottate dalla riforma del 2017<sup>88</sup>.

In tale contesto, tenuto conto degli orientamenti pretori che hanno già riconosciuto la legittimità dell'utilizzo del captatore informatico anche per usi diversi da quelli di intercettazione ambientale<sup>89</sup>, si potrebbe allora pensare di ampliare – disciplinandola con norme *ad hoc* – la platea dei potenziali utilizzi del *trojan* secondo quanto offerto dalla tecnologia e auspicato dalle predette proposte di riforma e dalla parte più avveduta della dottrina, nel modo più ampio possibile, con estensione delle tipologie di attività di indagine effettuabili (perquisizioni e sequestri c.d. da remoto) e degli oggetti delle loro acquisizioni (documenti, files, dati di localizzazione, video, immagini, ecc.)<sup>90</sup>, si trovino essi in locale oppure siano accessibili in remoto (attraverso sistemi di *cloud*)<sup>91</sup>.

Si potrebbe altresì pensare di estendere, come pure auspicato, l'inoculazione del captatore anche ai dispositivi informatici *fissi* non limitandola solo a quelli *mobili*, giacché

<sup>87</sup> Di cui vi è traccia anche nel testo della sentenza “Scurato”: si tratta della proposta di riforma emersa in sede di conversione del d.l. 18 febbraio 2015 n. 7, poi abbandonata, e della proposta di legge C. 3470 del 2 dicembre 2015, che si proponevano di inserire un nuovo periodo all'interno dell'art. 266-*bis* c.p.p. («anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico»), nonché della proposta di legge C. 3762 del 20 aprile 2016 che, anche se solo per i delitti di criminalità organizzata o di matrice terroristica nonché per i delitti di danneggiamento di dati e sistemi informatici pubblici o di pubblica utilità, si proponeva di introdurre nel codice di procedura penale la possibilità di procedere, tramite captatori informatici, al «controllo dei dispositivi e l'acquisizione da remoto dei dati contenuti in un sistema informatico o telematico diversi da quelli relativi al traffico telefonico o telematico» nonché all'«acquisizione della posizione geografica mediante strumenti o programmi informatici».

<sup>88</sup> Osserva invero criticamente F. RUGGIERI, *op. cit.*, 360 ss. come il legislatore del 2017 si sia appiattito sulle scelte giurisprudenziali, riconducendo l'uso del *trojan* a quanto già previsto per l'intercettazione tra presenti, senza compiere alcun particolare sforzo di riflessione, limitandosi a disciplinare, tra le molteplici funzioni del captatore informatico, quella meno “eversiva”.

<sup>89</sup> Cfr. Cass., Sez. 5, 14.10.2009, n. 16556, Virruso e altri, rv. 246954 (che ha ritenuto legittimo il decreto del P.M. di acquisizione in copia, attraverso l'installazione di un captatore informatico, della documentazione informatica memorizzata nel personal computer in uso all'indagato installato presso un ufficio pubblico, con cui si è provveduto all'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, già formati e contenuti nella memoria del personal computer o che in futuro sarebbero stati memorizzati) e Cass., Sez. 5, 30.05.2017, n. 48370, Occhionero, rv. 271412 (relativa ad intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche di cui all'art. 266-*bis* c.p.p. effettuate mediante l'installazione di un captatore informatico all'interno di un computer collocato in un luogo di privata dimora).

<sup>90</sup> Cfr. P. FELICIONI, *op. cit.*, 123 ss.; M. TORRE, *op. cit.*, 442; O. CALAVITA, *op. cit.*, 52; L. PALMIERI, *op. cit.*, 64 ss. Sul tema si vedano altresì le acute e ampie osservazioni di E.M. MANCUSO, *La perquisizione on-line*, in *Jusonline*, 2017, 3, 414 ss. e di L. PARLATO, *Problemi insoluti: le perquisizioni on-line*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche* (a cura di G. Giostra e R. Orlandi), cit., 289 ss.

<sup>91</sup> Per un'approfondita analisi delle potenzialità del *trojan* v. F. CAJANI, *op. cit.*, 4140 ss.

essa in nulla si distinguerebbe da una ordinaria e tradizionale intercettazione ambientale<sup>92</sup>.

Si potrebbe inoltre pensare di estendere l'applicazione del *trojan* anche alle videoriprese di comportamenti, comunicativi e non<sup>93</sup>, a seconda del luogo ove essi vengano a compiersi, domiciliare o meno<sup>94</sup>, giacché pare francamente incomprensibile la ragione per cui, una volta ammesso tale penetrante mezzo di indagine, lo si limiti solo alla captazione sonora e non lo si estenda al contrario anche alla videoripresa, e ciò anche qualora essa si svolga all'interno di un luogo di privata dimora (con il limite ovviamente dei "comportamenti comunicativi" e secondo le diverse cadenze impresse al regime delle intercettazioni a seconda che si tratti di "reati comuni" ovvero di "reati speciali"), tenuto conto del rafforzato onere motivazionale e delle forti limitazioni che, quantomeno con riferimento alla generalità delle fattispecie criminose per cui è consentita l'intercettazione ambientale, il legislatore stesso ha ritenuto necessario accompagnino il decreto autorizzativo delle operazioni di captazione (dovendo esso infatti indicare «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono»: v. art. 267 comma 1 c.p.p.)<sup>95</sup>, nonché tenuto conto della

<sup>92</sup> Cfr. O. CALAVITA, *op. cit.*, 67 ss., il quale osserva invero – condivisibilmente – come sia «irragionevole ritenere che se è possibile installare una microspia in un determinato luogo, al fine di captare tutte le comunicazioni che avvengono all'interno del "raggio di portata" della cimice (che peraltro rimane accesa tutto il giorno), al medesimo risultato non si possa giungere tramite un'agevole inoculazione di un virus informatico da remoto in un dispositivo elettronico fisso, stante la facile indicazione nel decreto autorizzativo del luogo in cui si trova l'apparecchio da sottoporre a monitoraggio virale. Inoltre, stante la natura fissa del dispositivo, non vi sarebbe il rischio che questo venga trasportato in altro posto e compiere di conseguenza una intercettazione itinerante: si rimarrebbe, in altre parole, nel solco tracciato da una intercettazione ambientale "tradizionale", solamente effettuata con l'ausilio di un mezzo tecnico avanguardistico». Concorde sul punto anche D. PRETTI, *op. cit.*, 217.

<sup>93</sup> Sulla distinzione v., da ultimo, Cass., Sez. 6, 04.11.2016, n. 52595, Fornaro, rv. 268936, secondo cui, per comportamenti comunicativi, devono intendersi tutti «quelli finalizzati a trasmettere il contenuto di un pensiero mediante la parola, i gesti, le espressioni fisiognomiche o altri atteggiamenti idonei a manifestarlo»; per esclusione, tutte le altre condotte, prive di qualsiasi elemento idoneo a caratterizzarle nel senso sopra descritto, rientrano invece nei comportamenti non comunicativi (come ad es. il compimento di atti sessuali v. Cass., Sez. 3, 07.07.2010, n. 37197, P.M. in proc. L. e altro, rv. 248563; ovvero la mera consegna di oggetti tra due individui v. Cass., Sez. 5, 17.11.2015, n. 11419, Davanzo, rv. 266373).

<sup>94</sup> Anche perché i timori preconizzati dalle Sezioni Unite "Scurato" di effettuare captazioni non consentite all'interno di luoghi di privata dimora, in assenza della dimostrazione che essi siano sede di attività criminosa in atto, appaiono a ben vedere fugati proprio dalla possibilità di escludere la registrazione e l'acquisizione di dati allorché il dispositivo faccia ingresso all'interno di uno di tali luoghi, avuto riguardo alla geolocalizzazione del dispositivo portatile inoculato effettuata dallo stesso *trojan* tramite captazione del suo segnale GPS ovvero mediante il ricorso al c.d. *positioning* del dispositivo da parte della p.g. delegata all'esecuzione delle operazioni di captazione e ascolto in tempo reale, oltretutto tramite le classiche attività di pedinamento dell'utilizzatore del dispositivo portatile (come osservato acutamente da F. CAJANI, *op. cit.*, 4150).

<sup>95</sup> Secondo peraltro una certa dose di elasticità, necessariamente imposta dalle dinamiche operative entro cui il captatore sarà chiamato a funzionare, giacché – come puntualizzato sempre dalla *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017 – «la formula – secondo la quale nel decreto autorizzativo i luoghi e il tempo, in cui il dispositivo può essere attivato da remoto, possono essere "anche indirettamente determinati" – si spiega, dunque, nell'impossibilità di prevedere specificamente tutti gli spostamenti dell'apparecchio controllato; da qui la necessità logica di delimitare gli ambiti ai verosimili spostamenti del soggetto, in base alle emergenze

espressa comminatoria di inutilizzabilità dei risultati intercettivi del captatore informatico qualora i dati siano «acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo» (art. 271 comma 1-*bis* c.p.p.), parendo anzi e al contrario ormai ampiamente maturi i tempi perché proprio il legislatore si decida finalmente ad affrontare *funditus* il problema delle videoriprese quale strumento di indagine, ad oggi ancora lasciato, come noto, alla regolazione pretoria secondo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale e dal celeberrimo arresto delle Sezioni Unite “Prisco”<sup>96</sup>.

Da rimeditare pare anche la (ancora) troppo ristretta tipologia di casi in cui è possibile procedere *in via d’urgenza* ad intercettazione ambientale mediante captatore informatico attraverso provvedimento del P.M., giacché sarebbe al contrario opportuna una sua estensione alla generalità dei reati indicati nell’art. 266 c.p.p..

Opportuno sarebbe peraltro anche un ripensamento della collocazione sistematica della disciplina del captatore informatico, unitamente magari anche ad una sua più analitica regolamentazione, all’interno dell’art. 266-*bis* c.p.p. o in una nuova disposizione normativa *ad hoc*, al fine di fornire copertura formale a tutte quelle attività di intercettazione informatica e telematica che comunemente si applicano ai sistemi di comunicazione c.d. VoIP (*voice over internet protocol*) e di *instant messaging* basati su protocolli di comunicazione crittografati con tecnologia c.d. *end-to-end*<sup>97</sup>.

---

investigative», apparendo invero idonee, a titolo esemplificativo, anche formule del tipo «*ovunque incontri il soggetto x*» ovvero «*ogni volta che si rechi nel locale y*».

Si tratta di un’impostazione che già le Sezioni Unite “Scurato” avevano fatto propria, osservando come «la giurisprudenza considera legittime le intercettazioni tra presenti, nei casi in cui, nel corso dell’esecuzione delle operazioni, intervenga una variazione dei luoghi in cui l’attività di captazione deve svolgersi: in tali ipotesi l’utilizzabilità delle conversazioni captate viene giustificata purché il luogo “diverso” rientri nella specificità dell’ambiente oggetto dell’intercettazione autorizzata». Dunque – osservano ancora le Sezioni Unite – «per costante giurisprudenza, quando risultano indicati il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti (diversi dai luoghi di privata dimora) in cui eseguirla, l’intercettazione deve ritenersi utilizzabile anche qualora venga effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria, riconoscendosi la “dinamicità” delle intercettazioni (in quanto eseguibili in ambienti diversi frequentati dal soggetto sottoposto a controllo)».

<sup>96</sup> Cfr. Cass., S.U., 28.03.2006, n. 26795, Prisco, rv. 234267, 234269 e 234270 e, ancor prima, le indicazioni fornite da Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135 e poi da Corte cost., 7 maggio 2008, n. 149 (secondo cui, come noto, le videoriprese di comportamenti “non comunicativi” non possono essere eseguite all’interno del domicilio, in quanto lesive dell’art. 14 Cost., mentre le stesse, se eseguite in luoghi “riservati”, in luoghi pubblici ovvero aperti o esposti al pubblico, vanno invece incluse nella categoria delle prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall’art. 189 c.p.p.; le videoriprese al contrario di “comportamenti comunicativi” debbono intendersi come una forma di intercettazione di comunicazioni tra presenti ed alle stesse è dunque applicabile, in via interpretativa, la disciplina legislativa delle intercettazioni ambientali, da cui ripetono presupposti e limiti applicativi). Sul punto v. ancora O. CALAVITA, *op. cit.*, 70 s.

<sup>97</sup> Si tratta dei sistemi di comunicazione come *Skype* e *Whatsapp*, in relazione ai quali il *trojan*, una volta violate le difese del sistema informatico del dispositivo bersaglio su cui viene inoculato ed installato, permette invero di aprire, attraverso la creazione di apposite “*backdoor*”, una o più porte di comunicazione del dispositivo verso il server d’ascolto e così, per quanto riguarda i sistemi di *instant messaging*, di «prendere visione delle conversazioni criptate, dal momento che all’interno dello stesso esse risultano in chiaro» (cfr. O. CALAVITA, *op. cit.*, 51), ovvero, analogamente, per quanto riguarda le conversazioni VoIP, «di intercettare la voce dell’utente prima che il segnale audio venga codificato dal protocollo di comunicazione criptato»

Anche il delicato ambito delle intercettazioni preventive di cui all'art. 226 disp. att. c.p.p. meriterebbe di essere affrontato dal legislatore della riforma, giacché esse, secondo una certa lettura, nella misura in cui consentono l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni «anche per via telematica» nonché l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni tra presenti anche se queste avvengono nei luoghi di privata dimora, consentirebbero già adesso, a legislazione invariata, l'utilizzo del captatore informatico per tali finalità, fermo ovviamente restando il divieto legislativo di utilizzazione degli elementi acquisiti attraverso le attività preventive nel procedimento penale e fatti salvi in ogni caso i fini investigativi. Per esse sarebbe dunque quanto mai opportuno un intervento regolatore del legislatore, che adattasse anche tale normativa alle modalità investigative qui considerate<sup>98</sup>.

Complessivamente si tratta quindi, come indicato nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017, «di un complesso di operazioni (alcune delle quali già praticate ove consentite dalla legislazione vigente) che la tecnologia consente di effettuare» ma che il legislatore tuttavia, nell'ambito delle proprie scelte di politica criminale, «non ha inteso regolare, limitando l'ambito dell'intervento normativo alla disciplina degli aspetti attinenti all'intercettazione audio, eseguita mediante inoculazione di dispositivo portatile (*smartphone, tablet* ecc.)»<sup>99</sup>, opzione che a nostro parere varrebbe la pena rimeditare attraverso una più analitica e puntuale disciplina normativa, sia a beneficio delle sempre più incalzanti necessità investigative, sia a tutela della sfera di inviolabilità dei diritti dei singoli, secondo un adeguato bilanciamento di interessi<sup>100</sup>, proprio allo scopo – volendo mutuare le parole delle stesse Sezioni Unite “Scurato” – di «adeguare

(cfr. F. CAJANI, *op. cit.*, 4147).

<sup>98</sup> Cfr. R. ORLANDI, *op. cit.*, 551 ss.; S. SIGNORATO, *op. cit.*, 299.

<sup>99</sup> Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 216/2017, 9.

<sup>100</sup> Sul punto si vedano gli autorevoli insegnamenti di Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, ricordata da P. TONINI, *op. cit.*, 380, secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. La Costituzione italiana (...) richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato (sia) dal legislatore nella statuizione delle norme (sia) dal giudice delle leggi in sede di controllo (...) secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

Anche la giurisprudenza di legittimità è, ormai, del resto da tempo ferma nel ritenere necessario il rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza nell'acquisizione della prova, per cui se si è ritenuto consentito disporre, in talune particolari situazioni, finanche il sequestro di contenuti informatici molto estesi, al fine di esaminare un'ampia massa di dati i cui contenuti siano potenzialmente rilevanti per le indagini (cfr. Cass., Sez. 6, 11.11.2016, n. 53168, Amores, rv. 268489, relativa al sequestro di interi archivi informatici), si è tuttavia precisato che è illegittimo, per violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza, il sequestro a fini probatori di un sistema informatico, quale è un personal computer, che conduca, in difetto di specifiche ragioni, ad una indiscriminata apprensione di tutte le informazioni ivi contenute (cfr. Cass., Sez. 6, 24.02.2015, n. 24617, Rizzo, rv. 264092, relativa alla perquisizione di un personal computer e in cui la Corte ha ritenuto corretta la procedura di esame ed estrazione, mediante stampa fisica e duplicazione, dei soli dati di interesse presenti nell'archivio del sistema).

l'efficacia investigativa all'evoluzione tecnologica dei mezzi adoperati dai criminali»<sup>101</sup>.

Coglie dunque nel segno, a nostro parere, quanto osservato da autorevole dottrina, per cui «soltanto attraverso il captatore informatico e le perquisizioni *on line* è possibile un recupero di efficacia accertativa in favore del processo penale. La situazione attuale pone una alternativa secca e non eludibile (...) O riconduciamo le nuove tecnologie ad un uso processuale ragionevole ed equilibrato previsto dalla legge al fine di utilizzare i risultati delle indagini nel processo, o dobbiamo rinunciare ad accertare proprio i reati più gravi»<sup>102</sup>.

D'altra parte, anche il rischio di abusi o di impieghi non autorizzati dello strumento di captazione può essere efficacemente contrastato proprio grazie ad una puntuale disciplina dei vari usi possibili da parte del legislatore, secondo stringenti presupposti applicativi e specifici disciplinari tecnici, nonché attraverso divieti probatori e finanche l'introduzione, se necessario, di illeciti disciplinari e penali, tenuto peraltro conto del fatto che – come non si è mancato di osservare anche sul piano tecnico – «si tratta di funzioni che possono essere calibrate alle esigenze del caso specifico con opportuni accorgimenti tecnici (ad esempio, inibendo *a priori* taluni utilizzi del *malware*, oppure attivandolo da remoto solo in determinate circostanze)»<sup>103</sup>.

Una conferma indiretta, peraltro, del fatto che sia già possibile procedere attualmente in tal senso, non soltanto sotto il profilo formale, ma anche dal punto di vista tecnico, la si ricava sia dallo stesso testo dell'art. 1 comma 84 lett. e) della legge delega n. 103/2017, allorché il legislatore delegante, nello stabilire i criteri direttivi della delega, disponeva espressamente che l'attivazione del microfono e della funzione di registrazione del captatore informatico dovesse invero avvenire «solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto», con ciò confermando la possibilità di procedere ad una sua «attivazione selettiva»; sia ora dallo stesso d.l. n. 161/2019, che al suo art. 2 commi 3 e 4, dispone che con decreto del Ministro della Giustizia siano stabiliti i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile e che tali requisiti tecnici siano stabiliti «secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limit[i]no all'esecuzione delle operazioni autorizzate».

Come non si è mancato di rilevare, allora, in sintesi, essendo un dato incontestabile che in tutti i settori della criminalità, non soltanto organizzata, si faccia ormai ampio uso degli strumenti informatici, grazie alla loro sempre più elevata capacità tecnologica, risulta «incomprensibile che l'autorità inquirente non [possa] avvalersi di mezzi parimenti sofisticati e [debba] basarsi solo sulle intercettazioni «tradizionali», in

<sup>101</sup> Cfr. Cass., S.U., 28.04.2016, n. 26889, Scurato, cit., in motivazione.

<sup>102</sup> Così, efficacemente, P. TONINI, *op. cit.*, 380.

<sup>103</sup> F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 485 e 501, il quale, seppur contrario a un'estensione dei margini applicativi del *trojan*, per le derive illiberali che il nuovo strumento investigativo rischierebbe di produrre a causa delle sue potenzialità intrusive non determinabili a priori, osserva tuttavia come, nel regolare la materia, si potrebbe «garantire il rispetto delle condizioni poste dal giudice con adeguati accorgimenti tecnici, che rendano smascherabili a posteriori gli eventuali impieghi non autorizzati dello strumento di captazione» (ivi, 499 in nota). In senso analogo invece a quanto indicato nel testo v. P. RIVELLO, *op. cit.*, 113.

un momento in cui l'uso del telefono, da parte di chi ipotizza di poter essere sottoposto a controllo, viene abbandonato a favore del ricorso a strumenti la cui sempre maggiore diffusione è favorita proprio dall'asserita impossibilità di una loro "intercettazione" nelle forme tradizionali, in quanto permettono di comunicare con modalità "criptate", mediante l'adozione della cifratura *end-to-end*. (...) In altri termini, pur dovendosi sottolineare come il captatore informatico, proprio in considerazione delle sue straordinarie potenzialità acquisitive di dati, debba essere gestito nell'osservanza di rigidi criteri, volti a permettere di non ledere le garanzie fondamentali dell'individuo, va al contempo rilevato che solo in tal modo è possibile pervenire all'individuazione di determinati elementi conoscitivi, "penetrando" in canali comunicativi altrimenti immuni dalla possibilità di essere captati avvalendosi delle tecniche tradizionali di intercettazione. Il mondo del diritto non può rinunciare agli apporti del progresso scientifico»<sup>104</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive.

In conclusione, quindi, non possiamo che ritenere complessivamente deludente la controriforma delle intercettazioni, sovente annunciata con proclami trionfalistici, ma che in realtà costituisce l'ennesima occasione persa per semplificare e snellire la normativa in materia di intercettazioni, garantire i diritti di difesa degli indagati, tutelare la riservatezza delle persone estranee alle indagini e dotare veramente il nostro ordinamento penale di potenti strumenti repressivi, al passo coi tempi e con l'evoluzione delle tecnologia e delle forme di manifestazione della criminalità<sup>105</sup>.

L'auspicio – *Spes ultima dea* – è che almeno in sede di conversione del decreto legge o anche successivamente possano essere apportati i giusti correttivi e le auspiccate integrazioni mediante la presentazione di emendamenti al testo di legge o attraverso successivi interventi normativi, che valgano a modificare la disciplina normativa in esso contenuta rispetto agli stessi oggetti e in vista delle medesime finalità perseguite dal legislatore della decretazione d'urgenza nel senso sopra indicato, correggendo le palesi storture logico-sistematiche e soprattutto i gravi vizi di incostituzionalità da cui risulta affetto, nonché munendo così finalmente il nostro codice di procedura penale dei più avanzati strumenti di contrasto alla criminalità, secondo un adeguato bilanciamento di interessi tra esigenze di prevenzione e repressione dei reati, da un lato, e tutela dei diritti inviolabili dell'individuo, dall'altro<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> Così, testualmente, P. RIVELLO, *op. cit.*, 113 s.

<sup>105</sup> Cfr. sul punto E.M. MANCUSO, *op. cit.*, 413, che nel nutrire già ampie riserve con riferimento alla riforma del 2017, osservava come, forse, l'interesse del legislatore potesse essere, al contrario, quello di «non avere una disciplina scritta e vincolante, che imponga vincoli stringenti all'operato dell'autorità giudiziaria». A noi pare che la mancanza di disciplina e di chiarezza costituisca al contrario un *vulnus* alla certezza del diritto, per il possibile proliferare di prassi distorte, disancorate da criteri predeterminati e vincolanti, che non contribuiscono ad accrescere il tasso di civiltà giuridica di un ordinamento.

<sup>106</sup> Come già ebbe ad osservare invero la Corte costituzionale quasi trent'anni fa, l'esigenza di repressione dei reati corrisponde «a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento

È noto, infatti, che il Parlamento, nell'approvare la legge di conversione di un decreto legge, può esercitare la propria potestà legislativa anche introducendo, con disposizioni aggiuntive, contenuti normativi ulteriori rispetto a quelli previsti dal decreto legge, salvo il limite dell'omogeneità complessiva dell'atto normativo rispetto all'oggetto o allo scopo del decreto legge: come precisato invero recentemente dalla Corte costituzionale, "un difetto di omogeneità, in violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., si determina solo quando le disposizioni aggiunte in sede di conversione siano totalmente «estrane» o addirittura «intruse», cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione (sentenza n. 251 del 2014). Si è, inoltre, affermato che solo la palese «estraneità delle norme impugnate rispetto all'oggetto e alle finalità del decreto-legge» (sentenza n. 22 del 2012) oppure la «evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni incorporate nella legge di conversione e quelle dell'originario decreto-legge» (sentenza n. 154 del 2015) possono inficiare di per sé la legittimità costituzionale della norma introdotta con la legge di conversione (sentenza n. 181 del 2019). Ancora, si è chiarito che la coerenza delle disposizioni aggiunte in sede di conversione con la disciplina originaria può essere valutata sia dal punto di vista oggettivo o materiale, sia dal punto di vista funzionale e finalistico (sentenza n. 32 del 2014)<sup>107</sup>.

E d'altra parte, neppure potrebbe costituire un ostacolo a tali modifiche in sede di conversione l'eventuale mancanza dei requisiti previsti per la decretazione d'urgenza, giacché come parimenti noto il legame esistente fra quest'ultima e il potere di conversione non subisce interferenze per quanto riguarda i requisiti di necessità e urgenza, atteso che questi attengono solo alle disposizioni del decreto legge e non ai relativi emendamenti apportati in sede di conversione<sup>108</sup>.

In base a tali ormai consolidati criteri di valutazione e forti delle suddette coordinate giurisprudenziali, ci sentiamo quindi ragionevolmente sicuri nel ritenere che, laddove il legislatore lo ritenesse, potrebbe agevolmente introdurre le correzioni auspiccate in sede di conversione del decreto legge in commento, non sussistendo invero elementi concreti per sostenere la palese estraneità o addirittura il carattere intrusivo delle disposizioni di cui si propone l'inserimento e/o la modifica rispetto all'originario decreto legge e nemmeno per ritenere che in esse manchi qualsiasi nesso di interrelazione con il suo contenuto.

In alternativa, ci sembra che un assetto definitivo e soddisfacente della normativa in materia di intercettazioni sia ben lungi dall'essere raggiunto e che un ulteriore intervento normativo si renderà comunque necessario in futuro, al fine di correggere il

---

è assolutamente inderogabile», interesse che giustifica «anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica»; d'altra parte, «le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose, commisurate alla natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni» (cfr. Corte cost., 11 luglio 1991, n. 366).

<sup>107</sup> Così Corte cost., 25 settembre 2019, n. 226.

<sup>108</sup> Cfr. Corte cost., 24 giugno 2015, n. 186; Corte cost., 3 luglio 2013, n. 237; Corte cost., 13 febbraio 2012, n. 22.

tiro rispetto a norme che rischiano di generare storture applicative e contrasti interpretativi nonché, soprattutto, di cadere pressoché certamente sotto i colpi di scure della Corte costituzionale.