PROCURA DELLA REPUBBLICA
presso il Tribunale di Cagliari

Prot. n. 1046U/2020

Cagliari, 9 luglio 2020

Ai Procuratori Aggiunti - sede
Ai Sostituti Procuratori - sede
Ai Vice Procuratori Onorari - sede
Al Questore di Cagliari (con preghiera di diramazione a tutti gli Uffici dipendenti)
Al Comandante Provinciale dell'Arma Carabinieri di Cagliari (con preghiera di diramazione a tutti i Comandi dipendenti)
Al Comandante Provinciale della Guardia dì Finanza di Cagliari (con preghiera di diramazione a tutti i Comandi dipendenti)
Al Dirigente Amministrativo - sede
Ai Responsabili delle Aliquote di Polizia Giudiziaria - sede
e, per conoscenza:
Al Procuratore Generale presso la Corte di Appello - sede
Al Presidente del Tribunale - sede
Al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Cagliari
AI Presidente della Camera penale di Cagliari

Oggetto: Linee guida per l'applicazione delle disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni introdotte dal Decreto Legislativo 29.12.2017 n. 216, successivamente modificate con il Decreto Legge 30.12.2019 n° 161, convertito con modificazioni in legge n. 7 del 28 febbraio 2020.

1. **Premessa**

La presente direttiva viene adottata a seguito dell'emanazione del d.l. 30 dicembre 2019 n. 161, convertito con modificazioni con la legge n. 7 del 28 febbraio 2020, che ha introdotto numerose e significative modifiche alla disciplina delineata dal decreto legislativo 29 dicembre 2017 n. 216 in tema di intercettazioni, che a sua volta aveva profondamente innovato la normativa vigente.

Occorre pertanto ricostruire il quadro normativo che entrerà in vigore il 1° settembre 2020, con riferimento alle originarie previsioni del decreto legislativo n. 216/2017, così come parzialmente modificate dal decreto legge n. 161/2019 e poi con la legge di conversione n.7 del 28 febbraio 2020.

**2. Efficacia temporale della disciplina in materia di intercettazioni**

Come detto, il decreto legislativo 29.12.2017 n.216 emanato in attuazione della delega di cui all'art. 1 commi 82, 83 e 84 lett.a), b), c), d) ed e) della l.n.103 del 2017, aveva modificato alcuni aspetti essenziali della disciplina delle intercettazioni, con lo scopo di contemperare l'efficacia di tale mezzo fondamentale di ricerca della prova con la tutela delle riservatezza delle comunicazioni.

Sul piano dell'efficacia temporale il legislatore aveva introdotto un meccanismo di applicazione differenziata delle disposizioni della riforma, delineato nell'art. 9 del decreto legislativo 29 dicembre 2017 n.216 in sede di disciplina transitoria.

In particolare, era stata prevista la immediata applicabilità fin dalla data di entrata in vigore della riforma (26 gennaio 2018) delle sole disposizioni di cui agli artt. 1 e 6 del decreto legislativo, vale a dire quelle che introducono la nuova figura criminosa di cui all'art. 617 *septies* c.p. e quelle che modificano le modalità di impiego delle intercettazioni telefoniche e telematiche con riferimento ai più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la P.A. estendendo alle stesse la disciplina di cui all'art. 13 del D.L. 13 maggio 1991 n. 152.

Le restanti norme sub articoli 2 (*ad eccezione della disposizione di cui al comma 1 lettera b) in materia di divieto di pubblicazione degli atti di intercettazione)* 3, 4, 5 e 7 (in materia di deposito, trascrizione ed acquisizione delle comunicazioni e conversazioni oggetto di intercettazione nonché in materia di archivio informatico) avrebbero dovute essere applicate alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 180° giorno successivo alla data di entrata in vigore del d.lgvo n. 216/2017 e, quindi, alle intercettazioni autorizzate con provvedimenti emessi a decorrere dal 26 luglio 2018.

Tale termine è stato più volte prorogato con successivi provvedimenti legislativi, sino al 31 dicembre 2019.

Era stato da subito evidenziato che tale disciplina transitoria avrebbe determinato per i procedimenti più complessi, caratterizzati da attività di intercettazione iniziate prima del termine di efficacia della nuova normativa e che si protraeva oltre tale termine, una sovrapposizione e coesistenza all'interno dello stesso procedimento di attività di intercettazione regolate in parte dalla normativa previgente, in parte dalle disposizioni introdotte dalla riforma.

Ha posto rimedio a tale possibile criticità l'art. 1 del d.l. 30 dicembre 2019 n.161 che ha modificato il citato art. 9 commi 1 e 2 del d.lvo n. 216/2017 prorogando l'entrata in vigore della nuova disciplina delle intercettazioni e stabilendone la decorrenza dal 1.3.2020, e soprattutto prevedendo che la stessa si applichi ai procedimenti penali iscritti successivamente al 29 febbraio 2020.

L'entrata in vigore delle nuove disposizioni è stata ulteriormente differita dalla legge di conversione n.7/2020 al 1° maggio 2020, e da ultimo, per effetto del d.l. 30 aprile 2020 n. 28, al 1° settembre 2020.

In virtù del disposto dell'art. 1 comma 2 di tale decreto, la nuova disciplina si applica ai procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020.

Ne consegue che per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020 le intercettazioni sono regolate dalla normativa anteriore alle modifiche del 2017, anche per le richieste e proroghe di intercettazione formulate dopo tale data.

### 3. Elementi essenziali della nuova disciplina in materia di intercettazione di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche.

Prima di affrontare l'analitica disamina della disciplina introdotta dal d.lgvo n. 216/2017 e parzialmente modificata dal decreto legge 30 dicembre 2019 n. 161 e poi dalla legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, appare opportuno premettere che le novità normative riguardano i seguenti aspetti fondamentali:

- introduzione del divieto di trascrizione, anche sommaria, di intercettazioni non rilevanti e contenenti dati sensibili ovvero espressioni lesive della altrui reputazione;
- nuova disciplina su trasmissione e deposito dei verbali e delle registrazioni;
- introduzione di una nuova procedura di acquisizione al fascicolo delle indagini delle intercettazioni rilevanti;
- limiti alla riproduzione delle intercettazioni negli atti cautelari;
- istituzione dell'*archivio riservato* (oggi: *archivio delle intercettazioni*).

Nessuna modifica, invece, è stata apportata dal d.lgvo n. 216/2017 e dal decreto legge n.161/2019 all'art.266 c.p.p., che disciplina i casi in cui può essere effettuata attività di intercettazione.

Sul punto è però intervenuta la legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, introducendo nel comma 1 dell'art. 266 c.p. la lettera *f quinquies.*

In virtù di tale previsione, l'attività di intercettazione è altresì consentita in relazione ai "*delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo*".

Invariata è rimasta anche la disciplina in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni, regolata dall'art. 271 c.p.p.

Peraltro, il d.lvo n.216/2017, sul punto non modificato dal d.l.n.161/2019, ha introdotto nell'art. 271 c.p.p. il comma 1 bis che sancisce l'inutilizzabilità dei dati acquisiti nelle fasi preliminari alla installazione del captatore informatico su apparecchio elettronico portatile e di quelli acquisiti fuori dai limiti di tempo e luogo indicati nel decreto autorizzativo.

## 4. Il divieto di trascrizione: la disciplina introdotta con il d.l. n.161 del 2019; la nuova formulazione dell'art. 268 comma 2 bis c.p.

Al fine di limitare il rischio di diffusione del contenuto dei dialoghi registrati, garantendone la riservatezza, il d.lgvo n.216 del 2017 aveva introdotto l'art. 268 comma 2 bis c.p., che sanciva il divieto di trascrizione anche sommaria e in termini riassuntivi nei verbali delle operazioni (brogliacci) delle seguenti comunicazioni e conversazioni:

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

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

In relazione a tali colloqui, la Polizia Giudiziaria non poteva inserire nei brogliacci nessuna indicazione, neppure sommaria, per estratto o riassuntiva, del contenuto della conversazione, dovendo limitarsi a trascrivere nel verbale delle operazioni soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione era intervenuta.

Considerata la particolare delicatezza di tale valutazione di irrilevanza delle comunicazioni o conversazioni intercettate, il legislatore aveva previsto, con la modifica dell'art. 267 comma 4 c.p.p., che la polizia giudiziaria fornisse un'informazione preventiva al pubblico ministero sui contenuti di tali comunicazioni o conversazioni per le quali essa aveva operato una valutazione di non trascrivibilità.

Tale informazione doveva essere fornita in forma scritta, mediante un'annotazione di p.g. che doveva contenere non soltanto gli estremi delle comunicazioni e conversazioni, ma anche il contenuto delle stesse.

In base al disposto dell'art. 268 comma 2 ter c.p., anch'esso introdotto dal d.lgvo n.216/2017, il pubblico ministero, ove non avesse condiviso la valutazione della p.g., poteva con decreto motivato disporre la trascrizione della conversazione/comunicazione se la riteneva non irrilevante per i fatti oggetto di prova. Allo stesso modo poteva disporre la trascrizione nel verbale, se rilevanti a fini probatori, delle conversazioni/comunicazioni relative a dati personali definiti sensibili dalla legge.

Il d.l.n.161 del 2019 ha radicalmente modificato la disciplina sopra descritta:

- ha abrogato il divieto di trascrivere nei verbali le conversazioni irrilevanti ai fini di indagine per l'oggetto e/o per i soggetti coinvolti;
- ha soppresso l'ultimo periodo dell'art. 267 comma 4 c.p.;
- ha riformulato l'art. 268 comma 2 bis c.p., stabilendo che *il pubblico ministero dà indicazioni e vigila affinchè 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.* La legge di conversione n. 7/2020 ha modificato la disposizione in esame sostituendo alla locuzione *salvo che di tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini* l'altra "*salvo che* ***risultino*** *intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini"* ma si tratta di modifica testuale priva di rilievo sostanziale.
- ha abrogato l'art. 268 comma 2 ter c.p.

In altre parole, vengono soppressi sia il potere di selezione delle intercettazioni rilevanti da inserire nei brogliacci assegnato alla polizia giudiziaria dal legislatore del 2017, sia la comunicazione preventiva dalla polizia giudiziaria al pubblico ministero del contenuto delle conversazioni/comunicazioni da essa ritenute irrilevanti, sia il meccanismo di risoluzione dell'eventuale contrasto tra pubblico ministero e polizia giudiziaria in ordine alla rilevanza e trascrivibilità della conversazione/comunicazione.

Viene invece assegnato un ruolo centrale al pubblico ministero, cui è devoluto il compito di dare indicazioni alla polizia giudiziaria e a vigilare affinchè nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali

definiti sensibili dalla legge (art. 4 lett. d) D.lvo n.196/2003), salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini.

Tanto premesso, **si dispone fin dalla presente direttiva**, anche al fine di consentire al difensore, quando potrà accedere alle intercettazioni, di valutare se la conversazione non trascritta perché non rilevante e contenente dati sensibili rivesta una valenza difensivamente utile, che **le conversazioni/comunicazioni relative a dati sensibili, che non siano rilevanti a fini investigativi, NON siano trascritte nel verbale delle operazioni e che di esse siano riportati soltanto gli estremi identificativi del progressivo, la data, l'ora ed altresì l'indicazione "conversazione non rilevante relativa a dati personali sensibili"** .

Va rimarcato che la conversazione relativa a dati personali sensibili non è trascrivibile a condizione che sia non rilevante a fini investigativi. Pertanto, se il dato personale sensibile assume rilevanza ai fini dell'indagine la relativa conversazione/comunicazione dovrà essere trascritta nel brogliaccio (si pensi al riferimento allo stato di tossicodipendente di un terzo soggetto acquirente nell'ambito di un procedimento per art. 73 aggravato ex art. 80 comma 1 lett.f) DPR n. 309/1990).

Analogamente, le parti delle conversazioni/comunicazioni contenenti espressioni lesive della reputazione, che non siano rilevanti ai fini delle indagini, non dovranno essere riportate per questa parte nel brogliaccio. Se la comunicazione / comunicazione ha rilevanza nelle parti residue, verranno riportate tali parti, espungendo quelle lesive della altrui reputazione con l'indicazione per tali parti **"conversazione / parte di conversazione lesiva della reputazione delle persone"**.

Al pari di quelle relative a dati sensibili, le conversazioni lesive della reputazione dovranno essere trascritte se assumono un significato probatorio diretto ( si pensi alle espressioni ingiuriose rivolte dallo stalker alla vittima ) ovvero indiretto (per esempio sui rapporti tra indagati o tra questi e le persone offese).

Nei casi di **rilevanza parziale**, vale a dire quando la registrazione contenga in parte contenuti rilevanti per le indagini e in parte attinenti a dati personali sensibili o a espressioni lesive della reputazione, e non sia possibile separare gli uni dagli altri, la registrazione deve ritenersi rilevante e pertanto integralmente trascrivibile, in quanto dal complesso della riforma si ricava la preminenza delle esigenze delle indagini rispetto alla tutela della riservatezza.

Come si è visto, il d.l.31 dicembre 2019 n. 161 ha abolito il divieto, introdotto dal legislatore del 2017, di trascrivere le intercettazioni irrilevanti in relazione all'oggetto e ai soggetti coinvolti (art. 268 comma 1 c.p.p.).

Ciò non significa che debbano essere trascritte conversazioni e comunicazioni palesemente irrilevanti, che non hanno attinenza alcuna con l'indagine in corso, quali quelle concernenti argomenti attinenti a argomenti di vita familiare o sociale. **In questi casi il contenuto di tali dialoghi sarà sostituito – come già ora avviene – con le usuali locuzioni "dialogo irrilevante per le indagini", "conversazione familiare" e simili.**

Dal breve excursus fin qui riportato emerge la varietà e complessità delle situazioni che possono presentarsi in concreto.

Va pertanto rimarcata la necessità che la polizia giudiziaria delegata si raccordi frequentemente durante la attività di intercettazione con il p.m. per la corretta individuazione delle conversazioni e comunicazioni rilevanti e per l'individuazione nei casi dubbi delle conversazioni irrilevanti per contenuto, ovvero non riportabili nei brogliacci in quanto non rilevanti e relative a dati personali sensibili ovvero non rilevanti e contenenti espressioni lesive della reputazione delle persone.

**5. Intercettazioni delle conversazioni con i difensori**

Si tratta di un ulteriore caso di divieto di trascrizione, che continua ad essere regolato dall'art. 103 commi 5 e 7 c.p.p.

Il comma quinto sancisce che: "*non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e i loro ausiliari, né a quelle Ira i medesimi e le persone da loro assistite*".

Il comma settimo prevede che: "*Salvo quanto previsto dall'art. 271 c.p.p., i risultati delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati*".

Il d.lgvo n. 216/2017 ha aggiunto un ulteriore periodo al comma 7 dell'art. 103 in questione, stabilendo che "*fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta* ."

Questa disposizione è rimasta invariata. Pertanto, per le conversazioni fra il difensore ed il suo assistito, vige il divieto di inserire nelle informative i dialoghi fra l'indagato ed il suo legale quando attengano alla funzione difensiva.

## 6. I limiti di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposte.

Come noto, l'art.270 c.p.p. regola i limiti all'utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui esse sono state disposte.

Il comma l, sul quale non sono intervenuti né il d.lvo n. 216/2017 né il decreto legge n. 161/2019, prevedeva quanto segue:

*"I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio I 'arresto in flagranza".*

Il predetto comma 1 è stato tuttavia modificato dalla legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, il cui testo definitivo risulta essere il seguente:

*"I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l''arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266 comma 1".*

Come si vede, la legge di conversione ha allargato il campo di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state eseguite.

La nuova norma aggiunge al requisito dell'indispensabilità anche quello della rilevanza, ma tale aggiunta sembra essere solo un rafforzativo del requisito già previsto, senza alcuna modifica di sostanza.

Appare invece significativo che il catalogo dei reati cui non si applica il divieto di utilizzabilità in un procedimento diverso è aumentato.

Ed infatti, mentre il testo originario dell'art. 270 c.p.p. prevedeva che il divieto non trovasse applicazione solamente qualora le intercettazioni fossero indispensabili ai fini dell'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, la modifica introdotta con la legge di conversione prevede che tale divieto NON trovi applicazione altresì per i delitti previsti dall'art. 266, comma 1 c.p.p..

Tale estensione della utilizzabilità è probabilmente da collegarsi agli effetti scaturenti dalla pronuncia delle SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione assunta con sentenza del 28 novembre 2019 n. 51.

Secondo quanto statuito dalla Suprema Corte, gli elementi tratti dalla captazione sono utilizzabili per l'accertamento di un reato diverso solo allorché lo stesso sia connesso - ex art. 12 c.p.p. - con quello originariamente oggetto delle indagini, e sempre che per lo stesso siano ammissibili le intercettazioni ai sensi dell'art. 266 c.p.p. In tali casi non opera la preclusione della "diversità".

Fuori da tali casi, l'utilizzabilità delle intercettazioni nel procedimento diverso era limitata, in virtù del disposto dell'art. 270 c.p.p., ai casi in cui esse fossero "indispensabili per l 'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza" (con riferimento al catalogo dei reati di cui all'art. 380 C.P.P.).

Appare evidente che con la legge di conversione si è inteso contenere gli effetti riduttivi derivanti dalla pronuncia delle SS.UU. che, al di fuori dei casi dei reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, ha limitato l'utilizzazione delle intercettazioni disposte in un procedimento diverso ai soli casi di reato connesso ex art. 12 c.p.p. a quello per cui sono state disposte le intercettazioni e comunque compreso nell'elenco dell'art.266 c.p.p..

La nuova portata dell'art. 270 c.p.p. infatti consente di utilizzare le intercettazioni in un procedimento diverso quando siano rilevanti e indispensabili per accertare non solo delitti per cui sia obbligatorio l'arresto in flagranza, ma anche taluno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., e ciò a prescindere dalla sussistenza della connessione con quelli per i quali originariamente sono state disposte le intercettazioni.

## 7. La nuova disciplina sulla trasmissione dei verbali e delle registrazioni per la conservazione nell'archivio (le modifiche agli artt. 268, 269, l'abrogazione dell'art. 268 bis c.p.p.

La disciplina originaria del d.l.vo 216/2017.

Il decreto legislativo prevedeva che:

"*I verbali e le registrazioni sono trasmessi al pubblico ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga.* " (art. 268, comma 4 C.P.P.).

Peraltro, al momento della scadenza dei termini delle operazioni di intercettazione, il p.m. con decreto poteva differire la trasmissione degli atti da parte della polizia giudiziaria, qualora la

complessità delle indagini e le esigenze degli investigatori di valutare unitariamente il materiale raccolto lo rendesse necessario (art.268, comma 4 C.P.P.).

La norma rispondeva all'esigenza di permettere alla p.g., una volta completato il quadro dell'indagine, la rivalutazione relativa all'irrilevanza di alcune conversazioni captate (e pertanto, non trascritte in adesione al divieto normativo dell'epoca), al fine di sottoporle all'attenzione del p.m., per consentirgli, così, di disporne la trascrizione.

La disciplina prevista dal d.l. 161/2019.

La nuova disciplina introdotta con il decreto legge n. 161/2019 ha semplificato la procedura da seguire una volta ultimata l'attività di intercettazione.

E' stato riscritto il comma 4 dell'art. 268 c.p.p.; sono stati introdotti ex novo nello stesso art. 268 i commi 5, 6, 7 e 8; sono stati integralmente abrogati - come già detto – gli artt. 268 bis, 268 ter, 268 quater, introdotti dalla riforma del 2017.

L'art. 268, comma 4 c.p.p. prevede, analogamente a quanto statuito dal testo introdotto dal d.lvo 216/2017, che *"I verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero, per la conservazione nell' archivio di cui all'articolo 269, comma l. "*

Pertanto, i verbali delle operazioni e le registrazioni sono trasmessi dalla p.g. al p.m. immediatamente dopo la scadenza del termine originariamente preveduto per l'esecuzione delle intercettazioni (eventualmente poi prorogato con i decreti del G.i.p.), per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269 c.p.p. (rinominato *archivio delle intercettazioni* dall'art. 89 disp.att.c.p.p.).

Ne deriva che nel corso del procedimento potranno susseguirsi più trasmissioni, posto che alla scadenza di ogni singolo termine previsto per ogni utenza, in caso di intercettazione telefonica, ovvero luogo/bersaglio in caso di intercettazione tra presenti, dovranno essere inoltrati al p.m. i relativi verbali e registrazioni.

Non è più prevista la facoltà, originariamente contemplata dal comma 4 dell'art. 268 c.p.p. di autorizzare la p.g. ad un differimento.

Ricevuti dalla p.g. i verbali e le registrazioni, il p.m. ne cura la pronta conservazione nell'archivio.

La fase successiva è regolata dagli ultimi periodi dell'art. 268 comma 4 c.p.p.:

"*Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi (*verbali e registrazioni*) sono depositati presso l'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, 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 una proroga.*
*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*" (art.268, commi 4 e 5 C.P.P.).

Entro 5 giorni dalla conclusione delle operazioni, pertanto, il p.m. dovrà depositare i verbali, le registrazioni, nonché i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato, prorogato le intercettazioni, custoditi nell'archivio: ossia dovrà metterli a disposizione dei difensori per un tempo che prefisserà (*discovery*).

Tale termine non è prestabilito per legge ma è fissato di volta in volta dal p.m.

Qualora si trattasse di un termine troppo limitato per l'esercizio dei diritti della difesa, quest'ultima potrà chiedere una proroga al giudice per le indagini preliminari (art.268, comma 4, ultima parte, c.p.p.).

E' ancora prevista la possibilità, se dal deposito immediato possa derivare grave pregiudizio per le investigazioni, di ritardare il deposito ai difensori al termine delle indagini, dietro autorizzazione del giudice (art.268, comma 5 c.p.p.); è ragionevole prevedere che si tratterà della soluzione più praticata e che nella prassi questa eccezione si tradurrà nella regola ordinaria.

Infatti, soprattutto nei procedimenti connotati da una pluralità di intercettazioni su più utenze e bersagli, è necessario disporre di un tempo adeguato a completare la trascrizione dei verbali di operazioni delle intercettazioni rilevanti e analizzarne, raccordandole, le risultanze. Inoltre, solo la cognizione del quadro completo delle risultanze investigative, consentirà di rivalutare ex post un'iniziale irrilevanza delle conversazioni captate e sottoporle all'attenzione del p.m., per consentirgli, così, di disporne la trascrizione.

Dal combinato disposto degli artt. 268, 269 c.p.p. e 89 bis disp. att. c.p.p. (a sua volta modificato dal DL n. 161/2019 rispetto all'originario testo della riforma) discende, pertanto, che:

- i verbali della p.g. e le registrazioni, sono custoditi dal p.m. in un apposito archivio dopo che, concluse le relative operazioni, la polizia giudiziaria li ha immediatamente trasmessi;
- nell'archivio deve essere altresì custodito "ogni altro atto" relativo alle intercettazioni (art. 269 comma I come riformulato dal d.l.n. 161/2019);
- salva l'autorizzazione del giudice a ritardare l'adempimento al termine delle indagini preliminari (eseguendolo unitamente all'invio dell'avviso di cui all'art.415 bis c.p.p.), il p.m. deve depositare ai difensori delle parti (così rettificato il comma 6 dell'art. 268 dalla legge di conversione, laddove il decreto legge n. 161/2019 si limitava ad indicare i difensori

dell'imputato) i verbali, le registrazioni e i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato, prorogato le intercettazioni, entro 5 giorni dal termine delle operazioni di intercettazione, mettendoli a loro disposizione nell'archivio.

## 8. Il deposito degli atti - La procedura di acquisizione e di stralcio

Come già detto, gli atti inerenti alle intercettazioni e il materiale fonico, concluse le operazioni, sono direttamente trasmessi dalla p.g. al p.m. e da quest'ultimo custoditi nell'archivio, nei termini ordinari o differiti di cui rispettivamente ai commi 4 e 5 dell'art. 268 c.p.p., in attesa del venir meno della segretezza.

La conservazione nell'archivio è prodromica alla successiva procedura di acquisizione e di stralcio, che consiste nel deposito degli atti, nella possibilità per la difesa di prenderne conoscenza (ma non di averne copia), nella successiva fase di selezione, sotto il controllo del giudice, di quelle intercettazioni che successivamente costituiranno il materiale probatorio e di quelle che resteranno conservate nell'archivio (in quanto non rilevanti a fini probatori ovvero contenenti espressioni lesive della reputazione delle persone o dati personali sensibili e sempreché non necessarie alle indagini).

Come si è visto, il p.m. è tenuto entro cinque giorni dalla trasmissione, a depositare ai difensori delle parti atti e materiale, dando contestuale avviso che, entro un termine dallo stesso fissato, ma prorogabile dal G.i.p., previa richiesta delle parti, i difensori avranno facoltà di accedere all'archivio e di prendere cognizione "per via telematica" di quanto lì custodito; pertanto, la modalità di consultazione è informatica (art.268, comma 6 c.p.p.).

L'art.268, comma 6 c.p.p. non prevede espressamente che il p.m. debba, con l'avviso di deposito, indicare le registrazioni ritenute rilevanti.

Tuttavia, la circostanza che tale indicazione sia prevista dall'art.415 bis comma 2 bis, per il caso di ritardato deposito (*"..l'avviso contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà...di estrarre copia delle registrazioni... indicati come rilevanti dal pubblico ministero"*), porta a ritenere che anche il deposito immediato debba essere accompagnato dalla indicazione in esame.

Del resto, è proprio l'art.268, comma 6 c.p.p. a stabilire che il giudice, scaduto il termine del deposito, *dispone l'acquisizione delle intercettazioni o dei flussi delle comunicazioni informatiche e telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo, anche d'ufficio, allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza* (art.268, comma 6 c.p.p.).

In conclusione, sia il p.m. (all'atto del deposito) che il difensore (prendendo visione degli atti e dell'elenco del p.m. e nei termini, stabiliti o prorogati, di cui all'art.268, comma 4), saranno tenuti a indicare le intercettazioni che intendono acquisire.

L'art. 268 comma 6 c.p.p. non stabilisce come le parti debbano procedere alla indicazione delle intercettazioni ritenute rilevanti da parte del p.m. all'atto del deposito e da parte delle difese a seguito del deposito stesso. Può ritenersi sufficiente la trasmissione al Gip di un atto contenente l'indicazione delle conversazioni/comunicazioni ritenute rilevanti, con riferimenti all'utenza, al numero di RIT, al progressivo e/o agli estremi delle conversazioni/comunicazioni (in sostanza, un elenco delle registrazioni rilevanti).

La norma non prevede forme di reciproca comunicazione tra le parti dei rispettivi elenchi. Deve ritenersi tuttavia che essi dovranno essere consultabili presso l'Ufficio Gip prima della successiva fase, in modo che le difese possano indicare intercettazioni ritenute rilevanti non indicate dal p.m. e questi possa interloquire su queste ultime indicazioni.

In questa prima fase, i difensori delle parti hanno solo diritto di esaminare e prendere visione degli atti, di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche intercettate, ma non quello di estrarre copia degli atti, né di ottenere la trasposizione su supporto delle comunicazioni captate (artt. 268, comma 6 c.p.p. e 89 bis, comma 4 disp. att. c.p.p.).

Proprio in considerazione del divieto di estrarre copia degli atti e delle registrazioni, il difensore ha la possibilità, come già evidenziato, di ottenere una proroga dal gip del termine fissato dal p.m. per la consultazione del materiale (art. 268, comma 4 c.p.p.). La norma non prevede termini di durata di tale proroga.

La difesa dovrà esaminare gli atti accedendo nell'archivio e potrà ascoltare le intercettazioni solo "con apparecchio a disposizione dell'archivio" (art. 89 bis, comma 4 disp. att.).

Naturalmente, non si può escludere che in sede di applicazione delle norme in parola prevalga una interpretazione diversa, in base alla quale l'indicazione delle conversazioni/ comunicazioni rilevanti venga effettuata dalle parti per la prima volta dinanzi al Giudice.

Si tratta comunque di questione che non rivestirà prevedibilmente rilievo pratico, posto che il deposito verrà quasi sempre differito, come accade anche ora.

**9. L'acquisizione e lo stralcio. L'intervento del g.i.p. - La riproponibilità della procedura.**

Scaduti i termini di cui all'art.268, comma 4 c.p.p., il gip decide senza formalità, acquisendo agli atti soltanto le intercettazioni e i flussi comunicativi informatici/telematici indicati dalle parti che

"non appaiono irrilevanti", eventualmente dopo aver esercitato il diritto di accedere all'archivio per prendere visione degli atti e ascoltare le registrazioni (cfr. art.89 bis, comma 3 disp. att. c.p.p.).
Non è stabilito un termine entro il quale il gip debba assumere la decisione (termine che invece era previsto, nella misura di 5 giorni, dall'abrogato art. 268 quater c.p.p.).

Per evitare che l'attesa della decisione del gip possa cagionare rallentamenti all'attività del p.m., con eventuali conseguenze negative (ad esempio: necessità di promuovere l'azione penale per evitare la scadenza dei termini cautelari), si deve ritenere che tali eventuali ritardi non possano precludere l'esercizio dell'azione penale, sempre possibile, pertanto, sebbene la procedura di acquisizione/stralcio non si sia conclusa.

In casi simili, malgrado l'esercizio dell'azione penale, il gip resterà funzionalmente competente a concludere la procedura di acquisizione/stralcio, ed anche a conferire la perizia di trascrizione delle registrazioni (e quella di stampa dei flussi comunicativi), anche se il procedimento sia passato ad altra, successiva fase.

Adottata la decisione, con l'ordinanza del gip le intercettazioni e i flussi acquisiti entreranno a far parte del fascicolo del p.m. e, pertanto, ne verrà meno il segreto.

Neanche a seguito dell'acquisizione disposta dal gip, ai difensori è consentito estrarre copia del relativo materiale, potendo essi esercitare questo diritto solo all'esito della perizia di trascrizione delle intercettazioni acquisite (art.268, comma 8 c.p.p.); perizia alla quale, però, non è obbligatorio procedere immediatamente dopo l'acquisizione.

Acquisite le registrazioni non irrilevanti indicate dalle parti, il gip anche d'ufficio – ma dando avviso almeno 24 ore prima a p.m. e difensori, che hanno diritto di partecipare – provvede allo stralcio delle altre intercettazioni (quelle di cui è vietata l'utilizzazione e quelle non rilevanti afferenti a dati personali sensibili o contenenti espressioni lesive della reputazione delle persone), che saranno restituite all'archivio, unitamente ai verbali.

Queste ultime "registrazioni" resteranno conservate nell'archivio fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione" (art.269, comma 2 c.p.p.).

L'art. 269, comma 2 c.p.p. prevede che: ".. *gli interessati quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato, o convalidato l'intercettazione. Il giudice decide in camera di consiglio a norma dell'articolo 127"* (art.269, comma 2 c.p.p., nuovo testo).

Pertanto, tutte le intercettazioni che non siano state acquisite dal gip in quanto irrilevanti, resteranno custodite nell'archivio almeno fino alla sentenza irrevocabile e, dietro motivata richiesta a tutela della riservatezza, potranno essere distrutte, purché non siano più necessarie per il procedimento, con provvedimento del gip che le ha autorizzate o convalidate.

Devono essere invece senz'altro distrutte con provvedimento assunto dal giudice in qualunque stato e grado del procedimento, le intercettazioni inutilizzabili (art. 271 c.p.p.).

Come si dirà meglio oltre, la nuova disciplina pone la regola generale secondo cui la selezione delle intercettazioni deve avvenire nel corso delle indagini preliminari ed in modo che, davanti al giudice del dibattimento, non si debba procedere all'acquisizione e alla conseguente perizia di trascrizione.

Tuttavia, è possibile addivenire, anche dopo la fase delle indagini preliminari, alla rivalutazione e al recupero delle intercettazioni trasmesse dal gip nell'archivio, perché a suo tempo ritenute irrilevanti.

Lo si ricava proprio dall'art.269, comma 2 c.p.p., che prevede di non distruggere le intercettazioni conservate nell'archivio fino alla sentenza irrevocabile e subordina la richiesta di distruzione avanzata dalla parte a tutela della riservatezza, alla condizione che si tratti di intercettazioni non necessarie per il procedimento (termine da intendersi in senso lato, comprensivo sia della fase delle indagini che delle successive fasi del processo).

D'altronde, non consentire di riproporre l'istanza di acquisizione a seguito della rinnovata valutazione del materiale contrasterebbe con i principi generali in tema di diritto alla prova.

Riteniamo quindi che si debba ammettere la possibilità di rinnovare la richiesta di acquisizione respinta dal gip, e soprattutto, consentire l'acquisizione di intercettazioni qualora, a seguito di quanto emerso nel corso del dibattimento, sia rilevante ai fini del decidere acquisire nuove intercettazioni, ossia intercettazioni mai prima oggetto di richiesta (si tratterebbe di un caso di prova nuova, ammessa ex art.493, comma 2 c.p.p.).

## 10. La possibilità dell'acquisizione delle intercettazioni senza ricorrere al g.i.p.: le ipotesi di cui agli artt.415 bis, comma 2 bis e 454, comma 2 bis c.p.p.; la perizia di trascrizione delle registrazioni e di stampa dei flussi di comunicazioni.

La disciplina attualmente in vigore prevede che il giudice, in contradditorio, proceda già nella fase delle indagini ad acquisire le intercettazioni indicate dalle parti e non manifestamente irrilevanti, disponendo altresì l'espletamento di una perizia di trascrizione integrale delle registrazioni, poi inserita nel fascicolo per il dibattimento (art. 268 comma 7 c.p.p.).

Sennonchè, a causa della possibilità di rinviare la procedura al dibattimento, nella fase di richiesta di ammissione di prove, l'istituto ha finito per essere applicato solo di rado; la regola è che la perizia venga disposta a dibattimento.

La riforma prevede, invece, che si dia corso alla **procedura di acquisizione delle intercettazioni "non manifestamente irrilevanti" e alla perizia di trascrizione entro la fase delle indagini preliminari**.

Nel testo del d.l.n.161 del 2019, l'art.268 c.p.p. stabilisce al comma 6 c.p.p. che "il giudice **dispone** l'acquisizione... procedendo anche d'ufficio allo stralcio..." e al comma 7 che "...il giudice **anche** nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 c.p.p. ...**dispone** la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire...".

L'uso della locuzione DISPONE nei due commi citati porta a ritenere che la acquisizione delle intercettazioni rilevanti, come pure la trascrizione peritale DEBBANO avere luogo durante le indagini.

L'uso della locuzione ANCHE nel comma 7 induce a ritenere che il provvedimento che dispone la perizia trascrittiva possa essere adottato anche prima degli adempimenti ex art. 431 c.p.p., nel corso dell'udienza preliminare ed eventualmente anche prima, nella fase di stralcio avanti al Gip alla quale abbiano partecipato le parti.

D'altro canto, come già osservato, l'uso della locuzione DISPONE nello stesso comma 7 non consente dubbi in ordine al fatto che la trascrizione peritale delle conversazioni e comunicazioni in fase di indagini preliminari a seguito del deposito delle intercettazioni, o al più tardi in sede di udienza preliminare e/o in sede di formazione del fascicolo per il dibattimento **sia prevista** dal legislatore **quale attività da disporre obbligatoriamente e non quale attività eventuale, da rimandare alla fase dibattimentale successiva** (ancorchè non sia prevista alcuna sanzione).

L'obbligatorietà della procedura dell'acquisizione/stralcio/perizia davanti al gip, è determinata dalla finalità di evitare la diffusione e la pubblicità di tutte le intercettazioni (anche di quelle irrilevanti o contenenti espressioni lesive della reputazione o dati personali sensibili e ininfluenti ai fini delle indagini) nonché da quella di non gravare e appesantire inutilmente la fase dibattimentale con questi adempimenti, che ne ritardano la definizione.

Si tratta di una scelta opposta a quella adottata dal legislatore del 2017 mediante l'abrogazione dell'art. 268 comma 7 c.p.p. (che attribuiva al gip la competenza a disporre la trascrizione integrale e la stampa delle comunicazioni informatiche e telematiche nelle forme della perizia) e l'introduzione dell'art. 493 bis c.p.p., che prevedeva che fosse il giudice dibattimentale a disporre su richiesta delle parti la perizia di trascrizione.

In correlazione alle modifiche introdotte dal d.l.n.161 del 2019 in ordine alla fase procedimentale in cui inserire la trascrizione delle conversazioni e comunicazioni rilevanti ed alla

relativa competenza del gip ad assumere il provvedimento che dispone la trascrizione nelle forme peritali anche in fase di formazione del fascicolo per il dibattimento, all'art. 242 c.p.p. le parole *"a norma dell'art. 493 bis c.p.p."* sono sostituite dalle parole *"a norma dell'art. 268 comma 7"*.

A seguito dello svolgimento della perizia trascrittiva, i difensori hanno facoltà di estrarre copia delle trascrizioni peritali e di avere copia delle registrazioni foniche mediante trasposizione su idoneo supporto e di avere inoltre la copia dei flussi telematici o la copia della stampa degli stessi.

=====

La regola generale secondo la quale la procedura di acquisizione e di stralcio delle intercettazioni appartiene di regola al gip soffre due eccezioni, previste dai nuovi artt.415 *bis,* comma 2 *bis* e 454, comma 2 *bis* c.p.p.

**11. La procedura in caso di emissione dell'avviso di cui all'art. 415 bis, comma 2 bis c.p.p.**

Si è visto che l'art.268, comma 5 c.p.p. consente che il p.m., valutato il grave pregiudizio per le attività investigative in corso, con l'autorizzazione del g.i.p possa differire alla chiusura delle indagini il deposito ai difensori degli atti, dei verbali e delle registrazioni inerenti a operazioni ormai concluse.

La procedura di acquisizione è regolata in questo caso dal nuovo art.415 bis, comma 2 bis c.p.p..

Prevede tale disposizione che qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6 (vale a dire provvedendo al deposito degli atti di intercettazione nel corso delle indagini preliminari), il p.m., con l'avviso ex art. 415 bis c.p.p. avverta la difesa dell'avvenuto deposito delle intercettazioni, ed informi l'indagato e il difensore che hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni, di ascoltare le registrazioni, di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche ed infine di estrarre copia delle registrazioni e dei flussi indicati come rilevanti dal p.m.

Pertanto la difesa, nel termine di venti giorni, potrà non solo consultare gli atti e ascoltare le conversazioni intercettate, ma anche estrarre copia delle registrazioni e dei flussi indicati dal p.m. come rilevanti (non delle altre intercettazioni).

Nel medesimo termine il difensore, a sua volta, potrà presentare al p.m. la richiesta di acquisire le intercettazioni che ritenga rilevanti, non comprese tra quelle indicate dal p.m. e di cui potrà chiedere copia (art.415 bis, comma 2 bis c.p.p.).

Sull' istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto ovvero di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può avanzare

al giudice istanza affinchè si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6, pervenendosi pertanto solo in tal caso ad un provvedimento formale di acquisizione da parte del giudice.

La norma non prevede la formazione da parte del p.m. di uno specifico e separato elenco delle intercettazioni ritenute rilevanti, ma la semplice indicazione, senza specificarne le modalità.

La soluzione più opportuna sarà quella di inserire tale indicazione nel corpo dell'avviso ex art 415 bis c.p.p. se le intercettazioni sono numericamente contenute o in alternativa, specie nel caso di intercettazioni rilevanti numerose, in un atto a parte allegato all'avviso ex art 415 bis c.p.p. e richiamato come parte integrante dello stesso.

**12. La procedura di cui all'art. 454, comma 2 bis c.p.p.**

Il d.l.n.161/2019 detta una disciplina specifica sul deposito ed acquisizione delle intercettazioni in caso di esercizio dell'azione penale da parte del p.m. con richiesta di giudizio immediato ordinario o cautelare, analoga a quella sopra esaminata.

All'articolo 454, dopo il comma 2, viene aggiunto il comma 2 bis, che prevede che qualora non abbia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, e quindi mediante deposito delle intercettazioni in fase di indagine, il pubblico ministero con la richiesta di giudizio immediato deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni / conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova.

Entro quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato e della relativa richiesta prevista dall'articolo 456 comma 4 c.p.p,, il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia.

Si tratta di termine piuttosto contenuto, specialmente con riguardo a procedimenti di particolare complessità, con pluralità di imputazione ed imputati. Va tuttavia rilevato che, in caso di immediato cautelare, la discovery di molte intercettazioni, se non tutte, è già avvenuta mediante il deposito delle stesse insieme con l'ordinanza cautelare.

In ogni caso, la legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 a conclusione del comma 2 bis ha aggiunto il seguente periodo ha previsto che esso possa essere prorogato:
*"Il termine di cui al presente comma può essere prorogato di ulteriori 10 giorni su richiesta del difensore".*

**13. La perizia di trascrizione delle registrazioni e di stampa dei flussi comunicativi informatici.**

Quanto alla perizia di trascrizione delle registrazioni (e di stampa dei flussi comunicativi) nella procedura ordinaria di cui all'art.268 c.p.p., si è visto che si tratta di adempimento obbligatorio del gip.

Tuttavia, qualora sia prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, non sarà necessario procedervi immediatamente dopo la fase dell'acquisizione, potendo essere differita al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, ossia all'esito dell'udienza preliminare (art.268, commi 6 e 7 c.p.p.).

L'avere il legislatore previsto che la perizia delle intercettazioni acquisite venga disposta entro il momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, qualora sia prevista l'udienza preliminare, significa che si è gravato di quest'obbligo il gip/gup ma che, nel contempo, gli è stato concesso di adempierlo nel momento in cui sarà ormai certo che si celebrerà il giudizio ordinario, essendo quest' ultimo il naturale destinatario della perizia di trascrizione delle intercettazioni.

Ciò equivale a dire che si dovrà procedere obbligatoriamente alla perizia di trascrizione quando essa diventerà realmente necessaria.

Ed infatti, se all'udienza preliminare l'imputato sceglierà riti alternativi, la perizia di trascrizione perderà di significato, come di norma attualmente avviene, con evidente risparmio di tempo e risorse.

Assume rilievo, in proposito, il fatto che l'art.415 bis, comma 2 bis c.p.p., nel descrivere la procedura da seguire per l'acquisizione delle intercettazioni e dei flussi comunicativi informatici, richiama espressamente l'art. 268, commi 4, 5, e 6, mentre non indica il comma 7 c.p.p. (che prevede la trascrizione con perizia)

Se ne deve inferire che in questi casi, conclusa la fase di cui all'art.415 bis c.p.p. e richiesto il rinvio a giudizio, la perizia di trascrizione potrà essere conferita al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, essendo ormai certo che l'imputato non ha scelto riti alternativi.

Qualora, dopo la fase dell'art.415 bis c.p.p., il reato per cui si procede non preveda l'udienza preliminare, resta da stabilire se il p.m. dovrà chiedere la trascrizione delle intercettazioni al gip o al giudice del dibattimento.

Appare preferibile questa seconda ipotesi, in quanto fino al momento degli atti preliminari al dibattimento, l'imputato potrà ancora scegliere di chiedere riti alternativi, i quali renderebbero inutile e solo dispendiosa la perizia di trascrizione.

Allo stesso modo, in caso di decreto di giudizio immediato e di avvio della procedura di cui all'art.452, comma 2 bis c.p.p., appare utile attendere lo spirare del termine concesso all'imputato per richiedere riti alternativi; se quest'ultimo preferisse il rito ordinario, la perizia trascrittiva dovrà essere disposta dal gip al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento (art.457 c.p.p.).

La scelta perseguita dal legislatore della riforma è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze di natura probatoria, ossia "successivamente" alla procedura di selezione del materiale utile, senza imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza, ma comunque nella fase delle indagini preliminari.

D'altronde, la trascrizione nelle forme della perizia è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, e come tale trova collocazione successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova. Coerentemente con l'esigenza di semplificazione e di risparmio di attività che vengono rese superflue dall'accordo delle parti, in sede di conversione la legge n. 7 del 28 febbraio 2020 ha previsto che in conclusione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. fossero aggiunti i seguenti periodi:

*"Il giudice con il consenso delle parti, può disporre l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla Polizia Giudiziaria nel corso delle indagini. In caso di contestazioni si applicano le disposizioni di cui al primo periodo del presente comma".*

Qualora, invece, vi siano contestazioni si procede nelle forme ordinarie con l'espletamento della perizia trascrittiva.

**14. Conclusioni sulla procedura di acquisizione, stralcio e di esecuzione della perizia.**

Concludendo e sintetizzando i punti salienti della procedura:

^ la p.g., concluse le operazioni di intercettazione, trasmette immediatamente i verbali e le registrazioni al p.m., il quale li invia, contestualmente, nell'archivio;

^ entro 5 giorni dalla trasmissione effettuata dalla P.G., il P.M. deposita gli atti e il materiale, dando avviso ai difensori ovvero, se autorizzato dal G.i.p. provvedendo ai sensi dell'art. 415 bis. comma 2 bis c.p.p.;

^ col deposito ordinario, il PM indicherà, preferibilmente in apposito elenco, le intercettazioni e i flussi informativi ritenuti non irrilevanti e da acquisire;

^ il difensore avrà diritto di accedere all'archivio nel termine stabilito dal PM o entro quello prorogato dal gip, di prendere cognizione degli atti e di ascoltare le intercettazioni con gli strumenti informatici messi a disposizione del procuratore, magari con l'assistenza di un interprete;

^ non avrà il diritto di estrarre copia degli atti e registrazioni e potrà, a sua volta, presentare l'elenco delle intercettazioni e flussi comunicativi ritenuti di rilievo, nonché chiedere l'eventuale esclusione di quelli contenuti nell'elenco del PM;

^ potrà svolgersi un contraddittorio cartolare tra le parti sulle rispettive intercettazioni da acquisire e da "stralciare";

^ scaduti i termini, il gip deciderà senza formalità di udienza, indicando le intercettazioni da acquisire "che non appaiano irrilevanti" e quelle da non allegare al procedimento in quanto d'uso vietato o irrilevanti o attinenti a dati personali sensibili e non necessarie a fini di prova, disponendo che restino custodite nell'archivio;

^ la perizia di trascrizione delle registrazioni potrà essere disposta immediatamente o al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento, all'esito dell'udienza preliminare se prevista;

^ qualora l'udienza non sia prevista in quanto si procede con citazione diretta, la perizia potrà essere disposta in fase dibattimentale qualora l'imputato, ai sensi dell'art. 555, comma 2 c.p.p., non abbia formulato richiesta di riti alternativi, essendo da privilegiare questa opzione rispetto al ricorso al gip per il conferimento delta perizia di trascrizione, che potrebbe risolversi in un'attività dispendiosa e inutile, qualora l'imputato chieda, ex art. 555, comma 2 c.p.p., di avvalersi di riti alternativi;

^ qualora vi sia accordo fra le parti circa l'utilizzazione delle trascrizioni delle registrazioni ovvero delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, si rende superflua la trascrizione;

^ se il p.m. sarà autorizzato a depositare gli atti al termine delle indagini preliminari, l'avviso di cui all'art.415 bis c.p.p. conterrà l'elenco delle intercettazioni e dei flussi comunicativi di cui il p.m. intende chiedere l'acquisizione con avviso al difensore della facoltà, nel termine di 20 giorni, di prendere cognizione degli atti e materiali e poter aver copia delle registrazioni (e dei flussi comunicativi informatici/telematici) di cui all'elenco del PM;

^ il difensore potrà, a sua volta, depositare l'elenco delle intercettazioni di cui chiede l'acquisizione, chiedendone copia;

^ qualora il p.m. accolga l'istanza, non vi è necessità di instaurare la procedura avanti al gip; le restanti intercettazioni saranno, conseguentemente, stralciate e resteranno custodite nell'archivio;

^ qualora il p.m. rigetti l'istanza, il difensore potrà attivare la procedura di cui all'art.268, comma 6 c.p.p., ossia quella relativa all'acquisizione delle intercettazioni; quindi il gip deciderà quali materiali acquisire e quali mantenere nell'archivio; se il reato prevede l'udienza preliminare, la perizia di trascrizione potrà essere disposta durante la formazione del fascicolo per il dibattimento, quando ormai è certo che l'imputato non scelto il giudizio ordinario; se il reato preveda la citazione diretta, potrà essere disposta subito dopo gli atti preliminari al dibattimento, qualora l'imputato non abbia aderito a riti alternativi, per quanto sopra esposto;

^ qualora il p.m. chieda il rito immediato senza prima attivare la procedura di cui all'art. 268, commi 4, 5 e 6 c.p.p., con la richiesta dovrà depositare l'elenco delle intercettazioni e dei flussi comunicativi informatici/telematici ritenuti rilevanti; la difesa, ricevuta la notifica del decreto che dispone il rito

immediato, potrà, entro 15 giorni, presentare l'elenco delle intercettazioni e dei flussi di cui ha interesse all'acquisizione e chiederne copia; anche in questo caso, se il p.m. accoglie la richiesta non vi è più necessità di ricorrere al gip; qualora il p.m. rigetti l'istanza il difensore potrà attivare la procedura di cui all'art. 268, comma 6 c.p.p., con le conseguenze già esaminate; la perizia di trascrizione delle registrazioni potrà essere disposta dal g.i.p. quando, trascorsi i termini di cui all'art.458, comma 1 senza che l'imputato abbia fatto richieste di riti alternativi, dovrà formare il fascicolo per il dibattimento (art.457, comma I c.p.p.).

### 15. La procedura in caso di richiesta di misura cautelare personale.

Il decreto legislativo n. 216/2017, tenuto conto del rilievo delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni anche ai fini dell'adozione di misure limitative della libertà personale, era intervenuto sul comma 1 dell'articolo 291, prevedendo espressamente tra gli elementi contenuti nella domanda cautelare presentata dal p.m. anche "i verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti ", vale a dire il contenuto anche sommario delle intercettazioni effettuate.

Il decreto-legge n. 161 del 2019 ha soppresso quest'ultima previsione, così esonerando il p.m. dall'obbligo di una preventiva selezione sulla base del criterio della rilevanza del materiale da trasmettere al Gip, ed ha ripristinato l'originaria formulazione del comma l: "*Le misure sono disposte su richiesta del P.M. che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, nonché gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate*".

La modifica risponde ad esigenze di coordinamento con l'intervenuta abrogazione, ad opera del d.l.n.161/2019, dell'art. 268 ter c.p.p. che, introdotto dalla riforma del 2017, attribuiva al p.m., per il caso di richiesta cautelare, il potere di acquisire al proprio fascicolo le intercettazioni, in deroga alta ordinaria procedura acquisitiva di competenza del giudice.

E' rimasto invece inalterato nel d.l.161/2019 l'art. 291 comma 1 ter, già introdotto dal d.lgvo n. 216/2017, il quale prevede che "*Quando è necessario, nella richiesta, sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate*".

Ciò significa che il p.m. potrà riportare nella richiesta "soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate" e il gip, a sua volta, annoterà nell'ordinanza applicativa, "quando necessario". "soltanto i brani essenziali" delle predette intercettazioni (art. 292 comma 2 quater C.P.P.).

A questo canone operativo dovrà attenersi anche la polizia giudiziaria, che, anche al fine di facilitare il compito del P.M., dovrà trascrivere nelle annotazioni finali, ovviamente se possibile, soltanto i brani essenziali, magari evidenziandone la rilevanza.

Da segnalare che, mentre il PM dovrà selezionare le intercettazioni rilevanti per ottenere la misura cautelare, al contrario dovrà includere fra queste qualsiasi registrazione che possa dimostrarsi astrattamente favorevole all'indagato, secondo il disposto di cui all'art. 291, comma l, ultima parte c.p.p.

E' ragionevole prevedere che l'elaborazione di una richiesta cautelare avrà sempre quale logico presupposto l'istanza di ritardare il deposito ai difensori dei verbali e delle registrazioni (art.268, comma 5 c.p.p.)

E' altrettanto ragionevole prevedere che, mentre è in corso la redazione della richiesta cautelare, alcune intercettazioni saranno probabilmente già concluse, altre ancora in essere.

Poiché la disciplina prevede che il materiale delle intercettazioni e gli atti relativi siano conservati nell'archivio dedicato una volta concluse le operazioni, il p.m. "recupererà" dall'archivio gli atti e i verbali delle operazioni ormai concluse che intenderà allegare alla richiesta cautelare; diversamente per quelle ancora in corso e di cui vorrà avvalersi, dovrà attenderne la trasmissione.

Emessa la misura cautelare, il difensore ne viene a conoscenza attraverso l'avviso di deposito di cui all'art. 293 comma 3, secondo periodo c.p.p.

Il testo originario della riforma prevedeva che, ricevuto l'avviso di deposito del provvedimento cautelare e degli atti a supporto, il difensore aveva diritto di esaminare ed estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate e di trasposizione su supporto idoneo delle relative registrazioni (art. 293, comma 3, ultima parte c.p.p.).

Il d.l. n. 161/2019 ha abrogato questa disposizione, essendo escluso il diritto di esaminare i verbali e averne copia, nonché di poter trasporre su supporto le registrazioni.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha ripristinato la disciplina anteriore, introducendo nell'art. 293, comma 3, il seguente periodo:
*"Il difensore ha diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate di cui all'art. 291, comma 1".*

In sostanza, è prevalsa l'esigenza difensiva rispetto a quella di evitare il rischio di divulgazione delle intercettazioni.

Va segnalato che la norma prevede il diritto del difensore di esaminare ed estrarre copia delle intercettazioni di cui all'art. 291 c.p.p., vale a dire quelle poste alla base della misura; non è previsto invece il diritto di ascolto delle stesse nei locali dell'archivio, né il diritto di attivare una procedura analoga a quella dell'art. 268 comma 6 finalizzata alla acquisizione di intercettazioni diverse da

quelle poste dal p.m. a fondamento della misura. In questa fae, in cui le indagini sono in corso, il p.m. è il dominus della discovery.

Rimane invariato l'obbligo per il giudice delle indagini preliminari di restituire al P.M., contestualmente alla trasmissione dell'ordinanza da eseguire, le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute non rilevanti o inutilizzabili, da conservare a cura del p.m. nell'archivio delle intercettazioni.

A fini di coordinamento della norma in discorso con il disposto dell'art. 89 disp.att.c.p.p., che nel definire l'archivio ha soppresso la parola *riservato,* è stato eliminato dal testo dell'art. 92 comma 1 bis, dopo le parole "*conservazione nell'archivio*", il predetto aggettivo.

**16. Verbale di vane ricerche.**

Il decreto legge n. 161/2019 apporta modifiche di coordinamento (conseguenti alle modifiche e alle abrogazioni previste dal medesimo decreto-legge) all'articolo 295, in materia di verbale di vane ricerche, ripristinando anche in questo caso la formulazione antecedente al decreto legislativo n. 216/2017.

Come noto, il verbale di vane ricerche costituisce il presupposto della dichiarazione di latitanza del soggetto sottrattosi all'esecuzione della misura cautelare.

Al fine di corroborare le ricerche del potenziale latitante, il comma 3 dell'articolo 295 c.p.p. prevede un'autonoma ipotesi di intercettazione che consente al giudice e al p.m.

- ove ne ricorrano i presupposti - di disporre l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazioni.

Il decreto legislativo n. 216/2017 aveva integrato il comma 3 dell'articolo 295 estendendo a tale ipotesi l'applicazione, ove possibile, delle disposizioni contenute negli articoli 268-bis, 268-ter e 268-quater c.p.p., al fine di ridurre il divario fra la disciplina in tema di intercettazioni volte alla agevolazione delle ricerche del latitante e quella generale della materia.

A seguito della soppressione con la riforma del 2019 degli articoli 268 bis, ter e quater, si è reso necessario rimuovere dal testo della disposizione i riferimenti alle norme abrogate, ripristinando il previgente richiamo agli artt. 268, 269 e 270 c.p.p..

**17. Fase dibattimentale ex art 493 bis c.p.p.**

Il legislatore del 2017, recependo una prassi consolidata, aveva previsto, mediante l'introduzione dell'art. 493 bis c.p.p., la possibilità di disporre perizia di trascrizione nel corso degli atti introduttivi del dibattimento, nella fase di ammissione delle prove.

Con la modifica del comma 7 dell'art. 268 c.p.p., la riforma ha disposto una radicale revisione del sistema di trascrizione delle intercettazioni, che ha comportato l'abrogazione dell'art. 493 bis c.p.p..

Il nuovo testo del comma 7 dell'art. 268 c.p.p., anticipa, come regola generale, la perizia trascrittiva, stabilendo che il giudice, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'articolo 431 c.p.p., disponga 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. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento. E' questa la loro naturale destinazione.

La scelta di attribuire al gip/gup in occasione della formazione del fascicolo per il dibattimento la competenza a disporre la perizia trascrittiva deve essere accolta con favore sia perché evita l'appesantimento del dibattimento e la sua dilatazione nel tempo, sia perché formalizza una competenza del gup che appariva dubbia alla luce della giurisprudenza di legittimità sul presupposto che con la definizione dell'udienza preliminare e l'emissione del decreto che dispone il giudizio, cessasse la competenza funzionale del gup.

A ciò va aggiunto che, come si è già osservato, la anticipazione della perizia trascrittiva al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento consente di effettuarla nei casi in cui risulti effettivamente necessaria, vale a dire in vista del giudizio ordinario ormai certo, non potendo più essere attivati riti alternativi, e quando, per effetto del rinvio a giudizio, sono meglio definiti accusa e *thema probandum*, 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.

### 18. Verbali e registrazioni delle intercettazioni.

La disciplina relativa alle modalità di redazione del verbale descrittivo delle operazioni previste dall'art. 268, comma 1 c.p.p., è contenuta nell'art. 89 disp. att. c.p.p.

Si tratta di disposizione sulla quale è intervenuto dapprima il d.lgvo n. 216/2017, che ha introdotto il comma 2 bis, con specifico riferimento alle operazioni compiute tramite captatore informatico, nonché i commi successivi che hanno disciplinato il trasferimento delle comunicazioni intercettate in impianti in dotazione alla Procura della Repubblica.

La disposizione è stata ulteriormente modificata dal d.l.n.161/2019 e altresì dalla legge di conversione.

Il testo finale è il seguente:

*"Il verbale delle operazioni previsto dall'articolo 268 comma 1 del codice contiene l'indicazione degli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, la descrizione delle modalità' di registrazione, l'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché i nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni.*

*Quando si procede ad intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il verbale indica il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni.*

*Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili devono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia.*

*Nei casi previsti dal comma 2 le comunicazioni intercettate sono conferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente negli impianti della Procura della Repubblica. Durante il trasferimenti dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso.*

*Quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice dà atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate.*

*AI termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee di cui all'articolo 348 del codice, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi.*

*Dell'operazione si dà atto nel verbale'.*

L'art. 89, comma 1 disp. att. c.p.p. prescrive che il verbale di ascolto e registrazione deve indicare **il tipo di programma impiegato ed i luoghi in cui si svolgono le conversazioni e le comunicazioni** (al fine di evitare l'utilizzo in luoghi non consentiti).

L'art. 89 comma 2 bis disp att. c.p.p., nella sua formulazione finale, prevede **l'utilizzo solo di programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della Giustizia**.

L'art. 89 comma 2 ter disp. att. c.p.p. prevede che le comunicazioni intercettate siano **trasferite esclusivamente presso gli impianti installati presso la Procura della Repubblica**.

L'art. 89 comma 2 quater prevede che se ciò non è possibile, nel verbale si dia atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate.

Tale ultima previsione, relativa all'utilizzo del sistema di ascolto in remotizzazione, non pare porsi in contrasto con la prescrizione del co. 2 ter dell'art. 89 disp. att., in quanto il flusso di conversazioni viene reindirizzato alla postazione di ascolto presso la P.G. direttamente dal server dell'impianto installato all'interno della Procura che contiene il dato originale e non modificabile.

In particolare, essa non esclude la possibilità di continuare ad utilizzare, nei casi eccezionali previsti dall'art. 268 co. 3 c.p.p., gli impianti di pubblico servizio o in dotazione alla P.G., sia per le intercettazioni "ordinarie" sia per quelle eseguite con captatore informatico.

L'art. 268 co. 3 c.p.p., invero, non è stato modificato.

Ciò premesso, deve ritenersi che la questione affrontata nel nuovo art. 89 disp att. co. 2 quater c.p.p. attenga esclusivamente ad un onere di completezza della verbalizzazione in caso di imprevisti tecnici che abbiano temporaneamente interrotto il flusso di comunicazioni verso gli impianti di ascolto installati all'interno della Procura della Repubblica.

## 19. L'archivio delle intercettazioni.

Si è visto nel precedente paragrafo 7 che la trasmissione al p.m. da parte della p.g. dei verbali e del materiale fonico inerente alle intercettazioni deve avvenire immediatamente dopo la scadenza del termine per l'esecuzione delle intercettazioni e che il p.m. provvede al successivo deposito ai difensori ai difensori delle parti entro 5 giorni dalla conclusione delle intercettazioni, ovvero nel termine differito stabilito dal gip su richiesta del p.m. e coincidente con la chiusura delle indagini preliminari (art. 268, commi 4 e 5 c.p.p.)

La trasmissione dei verbali e delle registrazioni (e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche) comporta un preciso obbligo di custodia a carico del p.m. che dovrà conservarli nell'archivio delle intercettazioni, dove resteranno, coperti dal segreto d'indagine, fino al momento del deposito ai difensori.

L'istituzione di un archivio dedicato alle intercettazioni (regolamentato nel dettaglio dall'art. 89 bis disp. att. c.p.), denominato "*archivio riservato*" è stata prevista dalla riforma del 2017 mediante la integrazione del testo del 1° comma dell'art. 269 c.p.p.

Il decreto legge n. 161/2019 ha modificato tale denominazione sostituendola con quella di *"archivio delle intercettazioni"*, ma è rimasto fermo lo stesso intento di custodire il materiale e gli atti relativi alle intercettazioni in un luogo dedicato, al fine di garantirne la segretezza.

Con il termine *archivio* si fa riferimento sia a un luogo fisico, sia a uno strumento informatico sito in quel luogo, entrambi dedicati alla gestione delle intercettazioni.

L'archivio delle intercettazioni è destinato a custodire non solo i verbali e le registrazioni, ma tutti gli atti relativi, ossia i decreti del p.m. e quelli del giudice, nonchè le richieste del PM.

Va precisato che il comma 1 dell'art. 269 c.p.p. è stato oggetto di più interventi.

Comew già detto, il decreto legislativo n.216 del 2017 ha previsto l'istituzione dell'archivio; il decreto legge n.161 del 2019 è intervenuto in materia prevedendo la diretta responsabilità del Procuratore della Repubblica e modificando la regolamentazione.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, ha ulteriormente interpolato la disposizione, aggiungendo un inciso dopo le parole: "eseguito le intercettazioni" e modificando l'ultimo periodo del 1° comma dell'art. 269 c.p.p..

Il testo finale del comma 1 dell'alt. 269, in virtù di tutte le interpolazioni susseguitesi nel tempo, è il seguente:

*"I verbali e le registrazioni, e ogni altro atto ad esse relativo, sono conservati integralmente in apposito archivio gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni, e sono coperti da segreto. Non sono coperti da segreto solo i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, o comunque utilizzati nel corso delle indagini preliminari. Al Giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti, successivamente al deposito effettuato ai sensi degli artt. 268 e 415 bis o nel caso previsto dall'art. 454, comma 2-bis, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è consentito l 'accesso all'archivio e l 'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate".*

L'art. 89 bis disp. att. c.p.p., come modificato dal d.l.n. 161/2019, disciplina le modalità operative dell'archivio, prevedendo quanto segue:

1. ***Nell 'archivio digitale istituito dall'art. 269 del codice, tenuto sotto la direzione e la vigilanza del Procuratore della Repubblica****, sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono.*

2. *L 'archivio è gestito con modalità tali da* ***assicurare la segretezza della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia****. Il Procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.*
3. *All'archivio possono accedere, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete. Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche: in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati.*
4. *I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e* ***possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268 e 415 bis del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia.****„*

In conclusione:

- al Procuratore della Repubblica è demandato di vigilare sulle modalità di accesso al luogo e all'archivio digitale, affinché solo le persone autorizzate abbiano accesso al luogo e agli atti depositati e consultabili;

  quanto al luogo, esso - dotato delle necessarie apparecchiature per l'ascolto delle registrazioni - viene organizzato dal Procuratore (con separato provvedimento) nel rispetto delle misure di sicurezza e di segretezza, in esso prevedendosi che il locale archivio sia presidiato da strumenti di video sorveglianza e di monitoraggio degli ingressi, che sia dotato di personale incaricato di accompagnarvi le persone legittimate ad accedervi (giudici, difensori, se del caso interpreti, personale di p.g.), nonchè di un registro informatico sul quale annotare: a) i nominativi delle persone autorizzate, per legge o per disposizione del Procuratore, all'accesso; b) il giorno e l'ora di ciascun ingresso; c) il numero del procedimento per il quale l'accesso è stato consentito;

  Tali disposizioni dovranno garantire che l'archivio sia gestito con modalità tali da assicurare **"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"** ossia garantire il segreto su quelle intercettazioni che non saranno acquisite al

procedimento e che dovranno restare custodite nell'archivio. Per tutte queste finalità, è previsto che, con decreto ministeriale, da adottare dopo aver sentito il Garante per la protezione dei dati personali, siano fissati "*i criteri per regolare le modalità di accesso all'archivio... nonché di consultazione e richiesta di copie, a tutela della riservatezza degli atti ivi custoditi*" (art.2, comma 5 d.l. n. 161/2019).

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha ridotto tali possibilità eliminando la facoltà di consultazione e richieste copie e, pertanto, riformulando il comma 5 del d.l.n.161/2109 nei seguenti termini:

*"i criteri per regolare le modalità di accesso all'archivio a tutela della riservatezza degli atti ivi custoditi".*

Nell'archivio fisico sarà installato l'archivio digitale delle intercettazioni;

1) nell' archivio digitale dovrà trovare spazio il registro di cui all'art. 267, comma 5 ( "*In apposito registro riservato ...sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni*');
2) nell'archivio digitale dovranno essere custoditi, in forma digitale, relativamente ad ogni singolo procedimento, i verbali (vale a dire i brogliacci), le registrazioni e ogni altro atto inerente all'intercettazione (i decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato, prorogato le operazioni).

E, inoltre, previsto che, con decreto ministeriale "*sono stabilite le modalità e i termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni è eseguito esclusivamente in forma telematica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici*" (art. 2, comma 5 D.L. n. 161/2019).

L'art. 89 bis disp. att. c.p.p., nl testo introdotto dal d.lvo n.216/2017, stabiliva espressamente che anche le annotazioni della polizia giudiziaria dovessero essere ricomprese tra il materiale da conservare nell'archivio disponendo: *"presso l'ufficio del Pubblico Ministero è costituito l'archivio....nel quale sono custoditi le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono".*

Il nuovo testo dell'articolo, come sostituito dal d.l.n.161/2019 e non modificato dalla legge di conversione, si limita a disporre che nell'archivio "*sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono*".

E' stato eliminato l'espresso riferimento alle annotazioni della polizia giudiziaria, circostanza che potrebbe far ritenere che esse non vadano comprese negli atti da custodire nell'archivio, anche alla luce dell'art. 268, comma 4 c.p.p., che prevede la trasmissione al p.m. per il deposito nell'archivio di cui all'art.269 comma 1 c.p.p., solamente dei verbali, delle registrazioni e dei decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione.

In base al tenore dell'art. 268, comma 4, 5 e 6 c.p.p., entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione i verbali, le registrazioni e gli atti relativi nei termini appena espressi, devono essere depositati nell'archivio, con avviso ai difensori della facoltà di consultazione, salva autorizzazione del g.i.p. a ritardare il deposito non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Da ciò si deduce che non incombe sul p.m. un immediato obbligo di trasmettere all'archivio gli atti redatti in costanza di intercettazioni.

E' in effetti sarebbe irragionevole che qualora il P.M. debba, sulla base degli atti trasmessi dalla p.g., richiedere al gip provvedimenti quali la proroga delle intercettazioni o l'estensione delle captazioni ad altri soggetti/utenze o una misura cautelare, sia gravato, in costanza delle operazioni di intercettazione, dall'obbligo di trasmettere gli atti nell'archivio anziché trattenerli nel proprio fascicolo per poi destinarli al gip.

Sulla regolamentazione dell'archivio, è intervenuto altresì il decreto ministeriale 20 aprile 2018, dal titolo *"Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento del captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'art. 7, commi I e 3, del d.lgvo n. 216/2017".*

Tale decreto ha previsto all'art. 1 (funzioni dell'archivio riservato) che nell'archivio riservato siano custoditi e conservati, sino al termine indicato dell'articolo 269, comma 2, primo periodo, del codice di procedura penale, **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**.

Come si vede, il decreto ministeriale, anteriore alla riforma del 2019, oltre ad utilizzare la denominazione "archivio riservato", fa riferimento alle annotazioni, di cui non vi è traccia nel nuovo testo dell'art. 89 bis disp.att.c.p.p. e dell'art. 268 comma 4 c.p.p.

Il decreto ministeriale prevede che, fino all'attuazione del processo penale telematico presso gli uffici interessati, il pubblico ministero provvederà a formare copia informatica della documentazione analogica di cui al comma l, al fine di consentire la conservazione e la consultazione in formato digitale, attraverso gli applicativi messi a disposizione dal Ministero della giustizia.

Con l'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.

Fino a quella data, occorre procedere alla formazione di copia informatica della documentazione suindicata, ai fini del suo inserimento in archivio.

La riforma non ha disciplinato l'ipotesi della trasmissione del procedimento ad Autorità Giudiziaria diversa da quella che ha disposto le intercettazioni.

Sul punto, benché la norma di cui all'art. 291 primo comma c.p.p. preveda che: "*le misure sono disposte su richiesta del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali di cui all'articolo 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti, nonché tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate*", potrebbe ritenersi in base ai principi generali che tutti gli atti contenuti nell'archivio vadano trasmessi, con le idonee cautele, all'archivio intercettazioni della Procura destinataria del procedimento.

Resta da capire se ciò sia tecnicamente possibile sin d'ora, perché allo stato - per quanto è dato sapere- ogni archivio digitale rappresenta un'entità a sé e non dialoga con entità esterne.

## 20. Il divieto di pubblicazione delle intercettazioni non rilevanti - La modifica dell'art. 114 c.p.p..

L'art. 114 c.p.p., avente ad oggetto il divieto di pubblicazione di atti o immagini, è stato oggetto di più interventi modificativi, ad opera del d.lvo n. 216/2017 nonché del decreto legge n. 161/2019.

In particolare, il comma 2 dell'art. 114 c.p.p. prevede che "*è vietata la pubblicazione, anche parziale, degli atti non più coperti dal segreto fino a che non siano concluse le indagini preliminari*".

A tale testo il d.lvo n.216/2017 ha aggiunto il seguente inciso: "*fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'art. 292 c.p.p.*".

Tale modifica normativa ha acquisito efficacia differita una volta decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo e, quindi, alla data del 26 gennaio 2019.

Ciò significa che dopo la sua esecuzione l'ordinanza di custodia cautelare è pubblicabile, anche nella parte in cui riporta o commenta brani di conversazioni o comunicazioni intercettate.

Il D.L. n. 161/2019, all'articolo 114 c.p.p., ha inoltre aggiunto il comma 2 bis, che prevede che sia sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415-bis c.p.p.

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 ha esteso tale previsione anche all'ipotesi disciplinata dall'art. 454 c.p.p..

Pertanto, l'attuale previsione del comma 2 bis è la seguente:

"E' sempre vietata la pubblicazione anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415 bis e 454 c.p.p.".

Ne deriva che le intercettazioni valutate come non rilevanti, e come tali non acquisite su iniziativa o indicazione del p.m. e delle difese con le modalità precedentemente esaminate, rimangono soggette al divieto di pubblicazione in qualsiasi fase processuale.

### 21. La disciplina sull'uso del captatore informatico - Premessa

L'uso del captatore informatico non era normativamente disciplinato prima dell'entrata in vigore del d.lvo n. 216/2017 e la giurisprudenza lo aveva per lo più assimilato alle intercettazioni ambientali, con alterne pronunzie anche in ordine ai limiti di ammissibilità.

In realtà, il captatore informatico si caratterizza per una molteplicità di funzioni che ne rendono problematico l'inquadramento nelle tipologie canoniche dei mezzi di ricerca della prova, sia tipici che atipici (facendosi perciò riferimento agli istituti delle ispezioni, delle perquisizioni, delle intercettazioni e delle cc.dd.prove atipiche di cui all'art. 189 c.p.p.).

Il captatore, infatti, non è altro che uno strumento informatico (*software*) fondato sull'invio da remoto di un virus capace di installarsi autonomamente su qualsiasi apparecchio (*smartphone, tablet, computer, smart tv*) e consente:

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

In considerazione della multifunzionalità del captatore che, come detto, ne rende difficile l'inquadramento giuridico, e della sua invasività, si era da più parti sollecitato un intervento legislativo che disciplinasse casi e limiti del ricorso a tale strumento tecnologico, al fine di contemperare le esigenze investigative con la tutela del diritto alla riservatezza.

A tali sollecitazioni ha dato risposta il d.lvo n. 216/2017, che ha inteso regolare questa modalità di intercettazione, con una disciplina differente da quella generale relativa alle intercettazioni ambientali.

In primo luogo, il d.lvo n.216/2017 ha previsto, intervenendo sul secondo comma dell'art. 266 c.p.p., laddove si parla di intercettazioni tra presenti, la possibilità che tali intercettazioni siano eseguite anche mediante inserimento in un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile.

Ha inoltre introdotto nell'art. 266 c.p.p. il comma 2 bis stabilendo, in relazione alla applicabilità dell'intercettazione mediante captatore, che essa è sempre consentita nei procedimenti di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p..

Su tale norma è poi intervenuta la legge n. 3/2019 (c.d. "legge spazzacorrotti"), che ne ha allargato la portata consentendo l'uso del captatore altresì in relazione ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo ad anni 5, così come determinata ai sensi dell'art. 4.

Di seguito, il d.l.n.161/2019 ha previsto, intervenendo sul citato comma 2 bis, la possibilità di utilizzo del captatore informatico anche nei procedimenti relativi a delitti contro la pubblica amministrazione commessi dagli incaricati di pubblico servizio, se puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art.4.

Il predetto comma 2-bis è stato oggetto di ulteriore modifica da parte della legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020, in quanto le parole: "*e per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art.4*" sono state sostituite con le seguenti: "*previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale, per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4*".

## 21. La disciplina prevista dal d.lvo n.216/2017

Con il d.lvo n. 216/2107 il legislatore ha inteso regolare espressamente il caso del ricorso all'uso del captatore informatico per registrare i dialoghi tra presenti.

Il nuovo testo dell'art. 266, comma 2, prima parte c.p.p. stabilisce che:
"*Negli stessi casi è consentita l 'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile*".

La norma disciplina esclusivamente le intercettazioni tramite captatore informatico di conversazioni tra presenti su dispositivi mobili, le quali, tuttavia, come sopra evidenziato, sono solo uno dei possibili utilizzi di tale strumento.

Il decreto legislativo, pertanto, non disciplina la altre potenzialità del captatore, quali l'acquisizione di dati preesistenti sugli apparecchi portatili.

Inoltre, non contiene alcuna disposizione specifica in relazione alle attività di intercettazione su apparecchi non portatili, quali, ad esempio il computer fisso o la *smart tv*, che possono essere eseguite anche mediante l'uso del captatore.

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

Tenuto conto che le intercettazioni mediante captatore informatico devono considerarsi intercettazioni tra presenti, troverà applicazione la relativa disciplina, ossia:

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

Una disciplina specifica è stata introdotta con riguardo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, ai quali si applicano le disposizioni derogatorie di cui all'art. 13 d.l.n.152/1991.

Infatti, l'art. 6 comma 1 del d.lvo n.216/2017 stabilisce che "*Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991,n. 203*".

Pertanto, nei procedimenti relativi ai delitti in questione, l'intercettazione avrà durata pari a 40 giorni e sarà prorogabile per periodi di 20 giorni; inoltre per l'ammissibilità dell'attività tecnica non si esige l'esistenza di gravi indizi di reato (art.267, comma 1 c.p.p), bastando *sufficienti indizi* (art. 13 D.L. n. 152/1991).

Dall'altro lato, però, con l'art.6, comma 2 d.l.gvo n.2 16/201 7, si precisava, sempre con riguardo ai delitti dei pp.uu. contro la p.a. puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, che:

*"L 'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicali dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa".*

Ne era risultato, in sostanza, un regime di terzo tipo, intermedio tra quello generale (art. 266 comma 2 c.p.p.) e quello previsto dall'art. 13 d.l.n.152/1991, in forza del quale, nei procedimenti per i più gravi delitti dei pp.uu. contro la p.a. si manteneva, ai fini dell'intercettazione tra presenti in luogo di privata dimora, anche con captatore informatico, la condizione generale della sussistenza di attività criminosa in corso, non richiesta per i reati di criminalità organizzata.

Da notare l'utilizzo nella riforma del 2017 di una formula diversa da quella dell'art.266 comma 2 c.p.p.

Nel dettare la disciplina generale in tema di intercettazione ambientale anche con captatore informatico in luoghi di privata dimora l'art. 266 comma 2 c.p.p. richiede la sussistenza del *fondato motivo* di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Invece, la riforma del 2017 prevedeva che per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A. fosse sufficiente, per l'utilizzo del captatore informatico in luoghi di privata dimora, soltanto il "motivo", e non il "fondato motivo", di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa.

### 22. Le novità introdotte dalla legge n. 3/2019

La legge n. 3/2019, avente ad oggetto il contrasto al fenomeno della corruzione, ha ulteriormente modificato la disciplina sull'utilizzo del captatore informatico nei procedimenti per reati contro la pubblica amministrazione.

Da un lato, dal 31 gennaio 2019 si è resa operativa la disciplina del captatore informatico sui dispositivi mobili già prevista nel decreto legislativo n. 216/2017 (ma con efficacia sospesa) per i reati di cui agli articoli 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p.; dall'altro lato, si è estesa tale disciplina ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, derogando alla precedente normativa che consentiva, per tali ultimi reati, l'utilizzo del captatore informatico nei luoghi privati solo quando si avesse motivo di ritenere che ivi si stesse svolgendo l'attività criminosa.

Abrogando l'art.6, comma 2 decreto legislativo n. 216/2017, intervenendo sugli artt. 266, comma 2 bis e 267, comma l, terzo periodo, c.p.p, il legislatore ha esteso anche ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, la disciplina derogatoria prevista per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p.

Dunque, per i summenzionati delitti contro la p.a. è "sempre" consentito l'inserimento del captatore informatico su dispositivo portatile (articolo 266, comma 2 bis, c.p.p.), anche senza la previa predeterminazione da parte del giudice, in sede di autorizzazione, dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono (articolo 267, comma l, terzo periodo, c.p.p.)

In altri termini, il sistema normativo delineato dalla legge n. 3/2019 in materia di intercettazioni tra presenti, anche con captatore informatico, nei procedimenti relativi a delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni è così articolato:

l) le intercettazioni possono essere disposte anche soltanto in presenza di sufficienti indizi di reato;

2) hanno durata di 40 gg. (con proroghe di 20);

3) l'intercettazione tra presenti nei luoghi di cui all'art.614 c.p. è ammessa anche senza la necessità del fondato motivo di ritenere che ivi sia in essere l'attività criminosa;

4) l'uso del captatore informatico da inserire nei dispositivi mobili non richiede che il decreto autorizzativo indichi "i luoghi ed il tempo" in relazione ai quali è consentita l' attivazione del microfono.

**23. L'estensione della disciplina agli incaricati di pubblico servizio**

Il D.L.n.161/2019 ha esteso agli incaricati di pubblico servizio le previsioni già adottate nei confronti dei pubblici ufficiali dalla legge n. 3/2019 di riforma dei reati contro la P.A.

Infatti l'art. 4 del d.l. 161/2019 modifica l'art. 6 del d.lvo n.216/2017 stabilendo: *«Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nei massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 dei codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge n. 152/1991convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991 n.203».*

La legge di conversione n.7/2020 ha aggiunto il seguente inciso: *"previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale, per i*

*delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'art. 4".*

E' stato correlativamente interpolato il testo dell'art. 266, comma 2 bis c.p.p. nei seguenti termini: *«L 'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater, e per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nei massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4».*

Parimenti, si integra in questi termini l'art. 267 c.p.p.: *«Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51 comma 3 bis e 3 quater e dai delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricali di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nei massimo a cinque anni, determinata a norma dell 'articolo 4, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali é consentita I 'attivazione dei microfono».*

Poiché nell'art. 267 c.p.p. il comma 2 bis richiama il comma 2, appare fondato ritenere che, nei casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre l'intercettazione tra presenti mediante trojan non soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p., ma anche nei casi dei delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

In conclusione, le intercettazioni mediante captatore informatico:

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

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

La riforma di cui al d.lvo n. 216/2017 ed il d.l. n. 161/2019 hanno modificato l'art. 267 c.p.p. quanto ai decreti di autorizzazione delle intercettazioni mediante uso del captatore informatico su dispositivi portatili, disponendo una serie di condizioni ulteriori rispetto a quelle normalmente richieste per le normali intercettazioni tra presenti.

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

1 "*.. le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini. . .*";

2. *...nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3 bis e 3 quater e dai delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita I 'attivazione del microfono".*

Per tutti i reati (anche quelli di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p. e quelli dei PP.UU. e degli incaricati di pubblico servizio contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione), è richiesto che il decreto autorizzativo indichi le specifiche ragioni che rendano necessario per lo svolgimento dell'indagine, il ricorso all'inoculazione del trojan nell'apparecchio portatile.

Tuttavia, in sede di conversione del d.l.n.161/2019 il legislatore ha stabilito che nei procedimenti relativi ai suindicati delitti contro la pubblica amministrazione il gip debba assolvere ad un ulteriore onere motivazionale, rappresentato dall'indicazione delle ragioni che giustificano l'utilizzo del trojan anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

Quando si procede per reati diversi da quelli di cui agli artt. 51 comma 3 bis e 3 quater e dai delitti contro la p.a. commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di un pubblico servizio punibili con la reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, il decreto autorizzativo deve altresì indicare "i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono".

Dunque, fatta eccezione per i delitti ex art. 51 commi 3 bis e 3 quater c.p.p. e per quelli dei pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio contro la p.a. puniti con pena non inferiore a cinque anni di reclusione, per i quali l'intercettazione mediante captatore è sempre ammessa su dispositivi mobili in qualunque luogo ed in qualunque tempo senza limitazioni (salvi gli adempimenti

motivazionali sopra menzionati) e non è necessaria la specificazione nel decreto dei luoghi e del tempo in cui è ammessa l'attivazione del microfono, l'intercettazione tramite captatore per i restanti reati, a pena di inutilizzabilità ai sensi dell'art. 271, comma c.p.p., presuppone che nel decreto autorizzativo si indichino i luoghi ed il tempo in cui è possibile "accendere" ed utilizzare il captatore informatico.

Si tratta di norma di non semplice applicazione sia per la mancanza di parametri oggettivi sia per le difficoltà di poter indicare preventivamente dove e quando l'attività tecnica sarà eseguita, ancorchè il legislatore, consapevole di tali difficoltà, abbia preveduto che l'indicazione "dei luoghi e del tempo" possa avvenire "anche indirettamente".

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

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

Il d.lvo n.216/2017 limitava l'adozione del decreto di urgenza, in caso di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico su dispositivo portatile, ai delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater c.p.p..

Il d.l.n161/2019 è intervenuto sul comma 2 bis dell'art.267 c.p.p., estendendo la possibilità del decreto d'urgenza anche ai delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la p.a., puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a anni 5.

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

Tale requisito sembra più gravoso rispetto alla condizione per procedere con decreto d'urgenza negli altri casi d'intercettazione (e di cui all'art. 267, comma 2 C.P.P.). Infatti, nel caso d' intercettazioni diverse da quelle con captatore informatico su dispositivo portatile, il decreto d'urgenza richiede che vi sia il "fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini" mentre, nel caso di intercettazione con captatore per il p.m. dovranno sussistere ragioni d'urgenza tali da rendere "impossibile attendere il provvedimento del giudice".

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

Come noto, le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale in cui è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle conversazioni (art.268, comma 1 c.p.p.).

Si è già detto che il d.l. n. 161/2019 ha riformulato integralmente il testo dell'art.268, comma 2 bis c.p.p. introdotto dalla riforma del 2017, sopprimendo il divieto di trascrivere, anche sommariamente, le comunicazioni e conversazioni irrilevanti e, se non rilevanti, quelle che riguardano dati personali e sensibili.

Il nuovo testo dell'art. 268 comma 2 bis prevede esclusivamente che il p.m. "*dà indicazioni e vigila affinchè 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*" (inciso modificato in sede di conversione in: " salvo che risultino intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini").

Egualmente, il d.l. n. 161/2019 ha abrogato il comma 2 ter e ha riformulato i commi 4,5,6,7, e 8 dell'art.268 c.p.p. nei termini già visti, così come ha abrogato gli artt. 268 bis, 268 ter e 268 quater.

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

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

Di seguito, in sintesi, i presupposti e i limiti per lo svolgimento di attività di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico sia su dispositivi mobili che fissi.

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

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

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

**Luogo di privata dimora e captatore informatico su dispositivi fissi**

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

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

b) L'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per:

- i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la Pubblica Amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni:
- i delitti di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p.

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

Occorre tuttavia specificare le ragioni che giustificano l'utilizzo del captatore anche nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p..

**Luogo di privata dimora e captatore informatico su dispositivi portatili.**

a) L'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per i delitti cd. comuni (ovvero tutti i delitti per cui sono possibili le intercettazioni ma NON rientranti in quelli dei pp.uu. e degli incaricati di pubblico servizio contro la Pubblica Amministrazione, puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni, né in quelli di cui all'art. 51, commi 3 bis e 3 quater, C.P.P.):

- può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile ' ...solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa " (art. 266 c. 2 ultima parte C.P.P.).

b) l'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per i delitti di cui all'art. 51 commi 3 bis e 3 quater, c.p.p. e per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la p.a. se puniti con pena nel massimo non inferiore a 5 anni di reclusione:

- può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile nei luoghi di privata dimora, anche se non vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

## 27. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni attraverso captatore informatico su dispositivi mobili per i reati non compresi nel decreto di autorizzazione (art. 270 comma 1 bis c.p.p.).

Si è già precedentemente esaminata la disciplina generale relativa ai limiti di utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per cui sono state disposte e la modifica del testo dell'art. 270, comma l c.p.p. ad opera della legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020.

Va ricordato che il d.lvo n.216/2017 aveva ha previsto un ulteriore limite all'utilizzo delle intercettazioni tra presenti effettuate tramite captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile.

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

Si trattava, pertanto, di un limite che non solo riguardava diversi procedimenti, ma operava anche all'interno dello stesso procedimento nel quale erano state autorizzate le intercettazioni mediante captatore su dispositivi mobili: se in quel procedimento, a seguito delle intercettazioni, emergevano altri reati, diversi da quelli per accertare i quali le registrazioni erano state autorizzate, i risultati non avrebbero potuto essere utilizzate ai fini di accertamento e prova di tali diversi reati, tranne che si trattasse di reati per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza e che i risultati delle intercettazioni fossero indispensabili per provarli.

Il nuovo comma 1 bis dell'art.270 c.p.p., introdotto dal decreto legge n. 161/2019, stabilisce che "*i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'articolo 266 comma 2 bis.* ".

La legge di conversione n. 7 del 28 febbraio 2020 è ulteriormente intervenuta sul comma 1 bis inserendo il seguente:

*"Fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l 'accertamento dei delitti indicati dall'art. 266, comma 2 bis".*

Come si vede, la legge di conversione, lasciando inalterato il novero dei reati per i quali i risultati intercettativi ottenuti mediante utilizzo del captatore sono utilizzabili anche in procedimenti diversi per i quali esse sono state disposte, innalza tuttavia la soglia probatoria.

Infatti, mentre il legislatore del 2019 chiedeva solo che i reati diversi fossero compresi nel novero di quelli indicati nell'art. 266 comma 2 bis (vale a dire quelli di cui agli artt. 51 bis commi 3 bis e 3 quater c.p. e i delitti contro la Pubblica Amministrazione dei pp.uu. e degli incaricati di pubblico servizio punibili con la reclusione nel massimo non inferiore a 5 anni), attualmente, per effetto della modifica apportata dalla legge di conversione, in relazione a tali reati, è richiesto che i risultati delle intercettazioni risultino indispensabili per il loro accertamento.

======

Tutto ciò premesso, si rinvia ad un successivo provvedimento di dettaglio per la regolamentazione per l'accesso e consultazione degli atti presso l'archivio digitale.

Si invitano i Magistrati dell'Ufficio e la Polizia Giudiziaria in indirizzo ad attenersi scrupolosamente alle suindicate direttive impartite in tema di intercettazioni telefoniche ed ambientali, per i procedimenti iscritti posteriormente alla data del 31 agosto 2020.

Il Procuratore della Repubblica
Maria Alessandra Pelagatti