

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2020

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

PRIME RIFLESSIONI A MARGINE DEL NUOVO DECRETO LEGGE IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI

di Wanda Nocerino

A seguito di una riunione fiume del 21 dicembre, il Consiglio dei Ministri corregge il dettato normativo della c.d. “riforma Orlando” in materia di intercettazioni, attraverso l’approvazione del decreto legge n. 161, con l’intento di raggiungere un nuovo equilibrio tra tutela della privacy ed esigenze investigative. Al di là delle scelte di politica normativa, nella riforma si intravedono rischi per la tenuta del sistema e per l’efficacia stessa dello strumento intercettivo. Il rinnovato ruolo delle procure, combinato con l’attenuazione del diritto di difesa delle parti private diverse dall’imputato, lascia spazio a numerosi dubbi. Inoltre, l’ampliamento del perimetro di operatività del captatore informatico e dei suoi risultati probatori acuisce le problematiche – già ben note nella prassi – della circolazione atipica di informazioni a fini investigativi.

SOMMARIO: 1. La tempistica, il decreto legge, gli obiettivi. – 2. La selezione del materiale “rilevante” e la trascrizione nei brogliacci di ascolto. Il monopolio della Procura. 3. Il deposito degli atti nell’archivio “digitale”. – 3.1. La contrazione dei diritti delle parti private. Scelta consapevole o svista legislativa? – 4. L’acquisizione e la trascrizione delle intercettazioni. – 5. L’espansione della portata applicativa del captatore informatico. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La tempistica, il decreto legge, gli obiettivi.

Non ha fatto in tempo a prender vita, il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante “*Disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all’art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103*”. Proprio il 31 dicembre 2019, nel giorno della sua entrata in vigore¹, il Consiglio dei Ministri, con una manovra repentina, modifica la disciplina *ivi* contenuta². Il che, sebbene inaspettato perché improvviso, non

¹ L’entrata in vigore della c.d. “riforma Orlando” era prevista per il 31 dicembre 2019, a seguito dell’ennesima proroga operata ex art. 9, comma 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, recante “*Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*”, in Gazz. uff., 14 giugno 2019, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 2019, n. 77, in Gazz. uff., 9 agosto 2019, n. 186 (c.d. “Decreto Sicurezza-bis”).

² Decreto legge, 30 dicembre 2019, n. 161, recante “*Disposizioni urgenti in materia di intercettazioni*”, in Gazz. uff., 31 dicembre 2019, n. 305. Per i primi commenti, si vedano FILIPPI, *D.l. intercettazioni: abrogata la riforma*

sorprende. La divergenza di vedute tra l'ex Ministro della Giustizia, Andrea Orlando, e quello attuale, Alfonso Bonafede, era nota ai più, avendo determinato, sin dall'approvazione del d.lgs. 216/2017, una serie di rimbalzi normativi che ne hanno ritardato l'entrata in vigore³, con ciò palesando il malcontento della nuova maggioranza governativa.

Da una prima lettura del decreto, si evince la volontà del legislatore di recepire gli ultimi orientamenti giurisprudenziali⁴ e le istanze dottrinali⁵ che animano, ormai da qualche tempo, il dibattito politico, giuridico e sociale. Non sempre, però, i suggerimenti degli "addetti ai lavori" hanno trovato terreno fertile in questo decreto e il risultato finisce per nascondere molte insidie per la tenuta del sistema e l'efficacia stessa dello strumento intercettivo.

I dubbi e le perplessità non derivano soltanto dal discutibile contenuto della modifica – e, dunque, dalle scelte di politica legislativa di cui si parlerà tra breve – ma anche dagli orientamenti di politica criminale sottesi alla riforma.

In relazione a questo secondo aspetto, si evidenzia che lo stravolgimento della disciplina in materia di intercettazioni interviene con modalità alquanto anomale: si procede alla modifica del d.lgs. 216/2017 ricorrendo all'impiego del duttile strumento del decreto legge. Una scelta discutibile e probabilmente al limite della costituzionalità, essendo difficile ravvisare il carattere della necessità ed urgenza.

Orlando, si torna all'antico, in *Il quotidiano giuridico*, 10 gennaio 2020; SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, 2020, f. 1.

³ Ad eccezione di alcune disposizioni dotate di efficacia immediata (art. 6, d.lgs. 216/2017), l'applicazione della normativa introdotta dal decreto 216/2017, prevista inizialmente per il 26 luglio 2018 (ex art. 9, comma 1 d.lgs. 216/2017), ha subito una serie di "rimbalzi" legislativi. La data prevista per il 31 marzo 2019 (art. 2, d.l. 25 luglio 2018, n.91), è stata prorogata al 31 luglio 2019 (art. 11, l. 30 dicembre 2018, n. 145) e poi rinviata al 31 dicembre 2019 (art. 9, comma 2, d.l. 14 giugno 2019, n. 53).

⁴ Solo a titolo esemplificativo, Cass., sez. un., 28 novembre 2019 (informazione provvisoria), sull'impiego dei risultati intercettivi in altri procedimenti o per la prova di reati diversi da quello per cui si procede; Cass., sez. I, 3 maggio 2019, n. 41632, in *CED Cass.*, n. 277139, in materia di trascrizione delle intercettazioni; Cass., sez. IV, 18 aprile 2019, n. 27877, *ivi*, n. 276791, in relazione al contenuto dei verbali di cui all'art. 267, comma 5. c.p.p.

⁵ Sui profili critici della normativa introdotta dal d.lgs. 216/2017, ex plurimis, AA. VV., *Dai decreti attuativi della "legge Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di GIARDA – GIUNTA – VARRASO, Milano-Padova, 2018; AA. VV., *I nuovi decreti*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2018; AA. VV., *Le nuove intercettazioni*, a cura di MAZZA, Torino, 2018; AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di GIOSTRA – ORLANDI, Torino, 2018; BENE, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di Bene, Bari, 2018, p. 15 ss.; ID., *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in AA. VV., *La riforma della giustizia penale*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, p. 279 ss.; FILIPPI, *La legge sulle intercettazioni*, in AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari – Bonzano – La Regina – Mancuso, Milano-Padova, 2017, p. 525 ss.; SPANGHER, *Critiche. Certezze. Perplessità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giust. pen. web*, 2018, p. 1 ss.; ZAMPAGLIONE, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in AA. VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, p. 111 ss.

Non è possibile trarre giustificazione dall'imminente entrata in vigore della novella del 2017: solo tre giorni prima dell'approvazione di questo decreto legge in esame, lo stesso Governo decide di procrastinare nuovamente l'entrata in vigore del decreto legislativo al 30 giugno 2020⁶, cosicché il tempo necessario per procedere attraverso il tradizionale – e più regolare – *iter* legislativo di modifica non sarebbe affatto mancato.

La sola considerazione da fare è che l'impiego di un simile strumento normativo rappresenti l'espressione di una prassi deviata ormai tipica del nostro ordinamento. Come infatti sostenuto, «la cultura dell'emergenza è divenuta un dato strutturale della legislazione italiana in materia di giustizia penale, sempre caratterizzata da interventi disarticolati e disomogenei, frutto di decretazione d'urgenza o di iniziative parlamentari e governative avviate senza la dovuta ponderazione, a seguito del clamore suscitato da qualche fatto di cronaca»⁷.

Anomala appare anche la scelta di intervenire sui termini di entrata in vigore della nuova normativa che, *ex art. 1, comma 1, punto 1* del decreto, troverà applicazione in relazione «ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020», in netta contraddizione con la *ratio* che ha spinto le innumerevoli proroghe normative. Se finora gli slittamenti sono stati giustificati con l'esigenza di lasciare agli uffici il tempo necessario di adeguarsi alle novità, mentre, nell'assetto vigente, tale necessità sembra soppiantata dalla volontà di dare concretezza e attuazione alla riforma nel più breve tempo possibile.

Sul versante delle scelte di politica criminale, il provvedimento sembra il collettore di istanze e pulsioni caratterizzate da *input* molto diversi tra loro, che lo stesso non riesce però a comporre.

Il dato emerge dalla mancanza di organicità dell'impianto strutturale; dagli innesti poco coordinanti con l'assetto vigente, dalle scelte stilistiche alquanto ridondanti, contraddittorie e, talvolta, non perfettamente pertinenti al contesto di riferimento, tanto da confondere l'interprete.

Dal testo di legge si evince poi lo spirito contrastante – e, a tratti, ambiguo – che ispira la riforma: da un lato, emerge l'animo conservatore del legislatore, intenziato a ripristinare lo *status quo ante* attraverso la riproposizione della disciplina tradizionale dell'istituto; dall'altro, quello avanguardistico, atto a innestare elementi di novità ad una normativa che appare alquanto obsoleta.

Più nel dettaglio, il legislatore attuale sembra più cauto di quello del 2017, operando un "*restyling* conservativo"⁸, sebbene non privo di spunti di

⁶ Cfr. Schema di decreto legge, 19 dicembre 2019, recante "*Disposizioni organizzative urgenti e proroga di termini previsti da disposizioni legislative in scadenza*".

⁷ Si esprime così LORUSSO, *Il fascino discreto dell'emergenza*, in AA. VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. XXI.

⁸ In questo senso, l'art. 2, comma 1, lett. h) del decreto, per cui l'art. 291, comma 1 c.p.p., viene depurato

modernità⁹: pochi i cambiamenti radicali ma molteplici i ritocchi sintattici e semantici alle disposizioni originarie del 1988, operati attraverso interventi di microchirurgia normativa, in modo da sperimentare un sistema che, almeno da un punto di vista concettuale, si presenti agile e moderno.

Al di là di posizioni più o meno critiche nei confronti del provvedimento, l'interprete può ritenersi soddisfatto di alcune innovative riflessioni di metodo.

In primis, è lodevole la *voluntas legis* di potenziare la garanzia del diritto di difesa in vista di una partecipazione procedimentale maggiormente consapevole.

La normativa del 2017 viene infatti riformata nell'ottica di un ampliamento dei poteri dei difensori di tutte le parti private che, oltre alla facoltà di esaminare gli atti, ascoltare le registrazioni e prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, sono legittimati a ottenere copia delle registrazioni e degli atti, una volta acquisiti¹⁰.

Altrettanto pregevole è l'intento di adeguare il sistema normativo alle sfide proprie dell'era tecnologica, denotando una maggiore sensibilità del legislatore al dato tecnico-scientifico: si nota la volontà di rafforzare il ricorso allo strumento della consultazione telematica dell'archivio digitale, in cui vengono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni per tracciare il compimento delle operazioni e, di conseguenza, garantire la legittimità dell'operato degli organi inquirenti¹¹.

Inoltre, pare apprezzabile la scelta di introdurre *ex novo* la disciplina della catena di custodia dei dati e delle informazioni acquisite mediante l'impiego del captatore informatico¹², al fine di garantire l'integrità dei dati stessi e la loro perfetta corrispondenza rispetto a quanto registrato e trasmesso¹³.

dall'innesto del 2017, riproponendo la tradizionale fisionomia che la norma presentava già nell'88; l'art. 2, comma 1, lett. n) del decreto, con cui viene abrogato il comma 4 *bis* dell'art. 422 c.p.p.; nonché l'art. 2, comma 1, lett. p) del decreto, con lui viene soppresso l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 472 c.p.p.

⁹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), punto 3 del decreto per cui la disciplina tradizionale dell'art. 268 c.p.p., già presente nell'impianto codicistico dell'88, viene arricchito da elementi innovativi, quali, ad esempio, la consultazione «per via telematica», ovvero lo «stralcio delle registrazioni e dei verbali [...] che riguardano categorie particolari di dati personali».

¹⁰ Ai sensi del comma 4, art. 89 *bis* disp. att. c.p.p., così come riformato dall'art. 2, comma 2, lett. b) del decreto.

¹¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), punto 3 del decreto, per cui i difensori per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. Nello stesso senso anche l'art. 2, comma 1, lett. m) e o) del decreto.

¹² La catena di custodia può essere definita come «quell'insieme di passaggi, formalizzati con un sistema di tracciamento, attraverso cui [il dato] transita (correttamente) [...] al giudizio». Così, GENNARI – SARAVO, *Le tracce*, in AA. VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine. Norme, tecniche e scienza*, a cura di Curtotti – Saravo, Torino, 2019, p. 446 ss.

¹³ Sul punto, il novellato art. 89 disp. att. c.p.p., prevede che, nel caso di intercettazioni condotte a mezzo di captatore informatico, i dati appresi sono trasferiti «dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente nell'archivio digitale di cui all'articolo 269, comma 1, del codice. Durante il trasferimento dei dati sono

Volendo tentare una schematizzazione delle novità apportate al d.lgs. 216/2017, può dirsi che la “riforma della riforma” incide su un triplice fronte: *in primis*, il legislatore accentra nella sfera di competenza del p.m. l’opera di selezione del materiale raccolto rilevante ai fini delle indagini¹⁴, nell’ottica di una maggiore efficacia dell’accertato; in secondo luogo, raffina le modalità di deposito dei verbali redatti, nell’ottica di una maggiore garanzia di trasparenza delle attività condotte, rafforzando, da un lato, il contraddittorio con il difensore dell’indagato¹⁵ e, dall’altro, le esigenze di segretezza e riservatezze delle informazioni apprese durante l’esecuzione delle operazioni¹⁶; infine, modificando la procedura di acquisizione e di trascrizione, tenta di velocizzare le tempistiche procedurali, garantendo la speditezza degli adempimenti burocratici¹⁷.

Discorso a parte merita la *quaestio* legata all’uso del captatore informatico, in relazione alla quale l’esigenza di riservatezza sembra aver ceduto il passo all’efficientamento delle indagini: l’impiego del bulimico strumento¹⁸, infatti, viene esteso anche ai provvedimenti relativi a categorie delittuose ulteriori¹⁹ e l’utilizzo dei risultati da esso scaturenti viene consentito anche per la prova di reati diversi da quelli per cui è stato emesso il decreto autorizzativo²⁰.

operati controlli costanti di integrità che assicurino l’integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso». Cfr. art. 2, comma 2, lett. a) del decreto.

¹⁴ L’art. 2, comma 1, lett. f), punto 3 del decreto, abroga l’ultimo periodo del comma 4 dell’art. 267 c.p.p., introdotto nel 2017, per cui il p.m. procede alla selezione personalmente ovvero avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria. La medesima *ratio* è sottesa al comma 1, lett. e), punti 1-3, prima parte dell’art. 2 del decreto che, riformando l’art. 268 c.p.p., attribuiscono al p.m. un ruolo centrale nella fase esecutiva prodromica all’acquisizione.

¹⁵ Cfr. art. 2, comma 1, lett. e), punti 3-6 del decreto.

¹⁶ A tutela della riservatezza del captato, l’art. 2, comma 1, lett. a) del decreto, introduce un nuovo comma 2 *bis* all’art. 114 c.p.p., sancendo che «[è] sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268 e 415 *bis*» c.p.p. Nello stesso senso, l’art. 2, lett. f), punto 2 del decreto, per cui, attraverso l’abrogazione del comma 1 *bis* dell’art. 269 c.p.p., viene esteso l’onere di segretezza anche ai verbali e delle registrazioni delle conversazioni e delle comunicazioni acquisite al fascicolo delle indagini, *ex art.* 373, comma 5 c.p.p., nonché il complesso di disposizioni che implementano e regolarizzano il funzionamento dell’archivio segreto (art. 2, comma 1, lett. f), punto 1 del decreto).

¹⁷ Art. 2, comma 1, lett. e), punto 7 del decreto, che consente al giudice di procedere alla trascrizione anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell’articolo 431 c.p.p.

¹⁸ Sulle potenzialità del *virus*, esaustivamente, BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazione. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., 212 ss. Si consenta un rinvio a CURTOTTI – NOCERINO, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in AA. VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., p. 558 ss.

¹⁹ Ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. c), d), punti 1 e 2 del decreto, l’impiego del captatore senza limiti spazio-temporali si estende anche ai reati commessi dagli incaricati di pubblico servizio (oltre i pubblici ufficiali) contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

²⁰ *Ex art.* 2, comma 1, lett. g), punto 1 del decreto che riforma integralmente il comma 1 *bis* dell’art. 270 c.p.p.

2. La selezione del materiale “rilevante” e la trascrizione nei brogliacci di ascolto. Il monopolio della Procura.

Nell’ottica di tutelare la riservatezza delle informazioni apprese durante le operazioni di intercettazione, la novella interviene sulle tecniche di selezione delle conversazioni e delle comunicazioni captate che costituiranno oggetto di trascrizione nei c.d. brogliacci di ascolto.

Ripristinando la fisionomia originaria, il comma 4 dell’art. 267 c.p.p., viene depurato dagli innesti del 2017²¹, conferendo al p.m. il potere di individuazione e selezione del materiale pertinente alle indagini, il quale solo eventualmente può avvalersi dell’ausilio dell’ufficiale di p.g.

Si tratta di una modifica che trae spunto da un nobile intento: semplificando la procedura di selezione del materiale rilevante attraverso l’eliminazione del colloquio preliminare informale tra p.m. e p.g.²², si velocizza la successiva fase di deposito e di trascrizione e, al contempo, si attribuisce la responsabilità dell’operato esclusivamente alla pubblica accusa che «è il collettore di plurimi accertamenti, [...] i quali trovano proprio nella saldatura operata dal magistrato il loro momento di sintesi e di complessiva valutazione [...]»²³.

Tuttavia, seppur coerente sul piano dogmatico, la scelta ripristinatoria determina l’insorgere di tutte quelle criticità di ordine pratico che il legislatore del 2017 aveva tentato di superare, acuendo il rischio di lasciare agli uffici delegati il potere di ascolto e di selezione del materiale rilevante senza più interloquire con il *dominus* delle indagini²⁴.

In sostanza, il p.m. si avvarrebbe dell’ufficiale di p.g. che, in assenza di norme di coordinamento con gli organi inquirenti, si troverebbe – ancora – nella posizione di individuare autonomamente le conversazioni pertinenti da inserire nei verbali di intercettazione. Di qui, il correttivo introdotto dal lungimirante legislatore. Ai sensi del novellato comma 2 *bis* dell’art. 268 c.p.p., i brogliacci d’ascolto redatti dalla p.g. possono essere rettificati dal p.m., il quale «dà indicazioni e vigila affinché [negli stessi] non siano riportate espressioni lesive

²¹ Cfr. art. 2, comma 1, lett. d), punto 3, cit.

²² Una forma di coordinamento tra gli organi inquirenti era prevista dall’art. 268, commi 2 *bis* e 2 *ter* c.p.p., come introdotti ex d.lgs. 216/2017, per cui sulla p.g. gravava un obbligo di informazione preventiva al p.m. mediante annotazione scritta, con un connesso potere di integrazione da parte di quest’ultimo.

²³ L’espressione appartiene a CONTI, [La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 3, p. 83.

²⁴ Sul punto, *amplius*, APRILE – SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004, p. 99 ss.; BARGI – FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di GAITO, Torino, 2008, p. 113 ss.; FILIPPI, *Intercettazione*, in AA. VV., *La prova penale*, a cura di Ferrua – Marzaduri – Spangher, Torino, 2013, p. 837; C. MARINELLI, *Intercettazioni processualie nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, p. 117 ss.

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»²⁵.

Anche la scelta *de qua*, tuttavia, appare discutibile sotto il profilo della riservatezza che solo apparentemente rappresenta l'oggetto di tutela della norma. A ben guardare, infatti, la norma non dispone l'eliminazione del materiale non pertinente o poco rilevante per le indagini ma solo di quello "sensibile"; conseguentemente, il rischio di acquisizione delle informazioni *ultra vis* appare assolutamente concreto, dal momento che la selezione non opera in ragione della possibile estraneità del captato all'investigazione intesa ma in relazione a quei dati afferenti alla sfera personale del soggetto che, astrattamente, potrebbero anche essere significativi per le attività di indagine.

3. Il deposito degli atti nell'archivio "digitale".

Con il duplice scopo di garantire la riservatezza dei dati appresi e, contestualmente, la trasparenza delle operazioni di intercettazione, il legislatore si preoccupa di perfezionare la procedura di deposito e il funzionamento dell'archivio "digitale".

Ai sensi del novellato comma 4 dell'art. 268 c.p.p., «[i] verbali e le registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1» c.p.p.²⁶.

Sotto il profilo temporale, occorre evidenziare che il legislatore intende anticipare i termini di trasmissione dei brogliacci di ascolto e delle relative registrazioni rispetto a quelli fissati dalla novella del 2017²⁷, anche impedendo il differimento del trasferimento²⁸.

Sull'avverbio «immediatamente» si acquisiscono delle riserve circa la corretta determinazione dei tempi di trasmissione, ritenendo di dover far coincidere gli stessi con il momento di cessazione delle operazioni di trascrizione e non, invece,

²⁵ Ex art. 2, comma 1, lett. e), punto 1, cit.

²⁶ Art. 2, comma 1, lett. e), punto 3, cit.

²⁷ Per cui, ex art. 268, comma 4 c.p.p., così come modificato dal d.lgs. 216/2017, «[i] verbali e le registrazioni sono tramessi al p.m. per la conserazione nell'archivio di cui all'art. 269, comma 1 c.p.p., immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga».

²⁸ Secondo la modifica del 2017, «[i]l p.m. dispone con decreto il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di p.g. delegato all'ascolto consulti le risultanze acquisite».

con la chiusura dell'attività di intercettazione, dal momento che le captazioni dovrebbero essere già terminate²⁹.

Una volta che i verbali e le registrazioni vengono consegnati al p.m., la disposizione prevede che «[e]ntro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, essi [siano] 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 necessaria una proroga»; tuttavia, «[s]e 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»³⁰.

Riprendendo fedelmente il dato letterale del vecchio art. 268 c.p.p., il *dictum* normativo ripropone le stesse problematiche evidenziate nel (recente) passato circa i tempi di custodia³¹; di conseguenza, il rischio assai concreto è quello di un deposito ritardato che, nella prassi, tende spesso a coincidere con la trasmissione dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 415 *bis* c.p.p.)³².

Circa il funzionamento dell'archivio "digitale"³³, dal combinato disposto dei novellati artt. 269 c.p.p. e 89 *bis* disp. att. c.p.p., si evince che lo stesso debba essere tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le operazioni di intercettazione e gestito con modalità tali da assicurare la segretezza della documentazione custodita e garantire il monitoraggio degli accessi.

Come anticipato, nell'archivio sono custoditi i verbali, le annotazioni, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni cui afferiscono, che vi permangono fino a sentenza irrevocabile³⁴, fatta salva la possibilità per gli interessati «quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, [di] chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione».

²⁹ Questa tesi è prospettata già da PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2018, p. 188 ss., in relazione alla procedura introdotta con la riforma del 2017.

³⁰ Si noti che la formulazione *de qua* non è assai diversa da quella introdotta dal d.lgs. 216/2017 con la previsione dell'art. 268 *bis* c.p.p., abrogato dal d.l. in esame.

³¹ Sul punto, esaustivamente, PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, cit., p. 177 ss.

³² Su cui si rimanda a § 3.1.

³³ Ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. c) del decreto, l'archivio non è più definibile come "riservato".

³⁴ Secondo quanto previsto dal novellato comma 5 dell'art. 267 c.p.p., «[i]n apposito registro riservato gestito, anche con modalità informatiche, e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni» (art. 2, comma 1, lett. f), punto 4) del decreto).

Secondo espressa previsione normativa, al g.i.p. e ai difensori dell'imputato è consentito l'accesso per l'ascolto delle conversazioni e comunicazioni registrate³⁵; mentre, a seguito della procedura di acquisizione *ex artt. 268 e 415 bis c.p.p.*, i difensori di tutte le parti sono legittimate anche alla copia delle registrazioni e degli atti *ivi* contenuti³⁶, attribuendo concretezza al diritto di difesa che, fino a quel momento, non trova effettiva realizzazione.

3.1. La contrazione dei diritti delle parti private. Scelta consapevole o svista legislativa?

Una volta depositati gli atti, si apre la fase preliminare all'udienza di straccio, nella quale le parti vengono messe in condizione di intervenire in maniera consapevole al successivo *step* deputato all'acquisizione dei verbali e delle registrazioni del captato.

Occorre preliminarmente evidenziare che il diritto di partecipazione delle parti alla procedura *de qua* rappresenta uno degli aspetti più problematici della novella, dal momento che gli innesti normativi non risultano perfettamente coordinati sia con le altre disposizioni introdotte sia con l'impianto normativo vigente.

Più precisamente, ai sensi del comma 6 dell'art. 268 c.p.p., «[a]i difensori dell'imputato è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, per via telematica hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche».

Già da una prima lettura, si rilevano diversi aspetti critici.

Intanto, il diritto di difesa delle altre parti private sembra traumaticamente e inspiegabilmente compresso. Se *ante* riforma 2017 la facoltà di intervento spettava a tutti i difensori delle parti private, allo stato essa è accordata solo al rappresentante dell'imputato, unico legittimato ad operare un controllo sulla rilevanza e sull'utilizzabilità delle intercettazioni.

Si denota, dunque, una contrazione del diritto delle parti di accedere agli atti e, di conseguenza, una menomazione del contraddittorio in fase di acquisizione che non pare coerente con la recente tendenza legislativa a irrobustire le prerogative procedimentali della persona offesa dal reato³⁷.

³⁵ Ai sensi del riformulato comma 1 dell'art. 269 c.p.p.

³⁶ Art. 89 *bis*, comma 4 disp. att. c.p.p.

³⁷ Per una disamina nella vittima nel sistema processuale, esautivamente, AA. VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato*, Padova, 2015; ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in AA. VV., *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di Luparia, Padova, 2015, p. 5 ss.; CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1789 ss.; MASARONE, *L'attuale posizione della*

Viene da pensare che si tratti, però, più che di una scelta del legislatore di un *deficit* di coordinamento normativo.

In effetti, l'*incipit* della novella è quanto mai anomalo: il legislatore inerisce inspiegabilmente ai "difensori" dell'imputato, utilizzando un plurare mai impiegato per designare il rappresentante dello stesso. Nel codice di rito non si ravvisa, infatti, nessuna disposizione che impieghi una simile espressione linguistica, con ciò facendo presupporre che il legislatore non sia riuscito a coordinare correttamente l'innesto normativo all'impianto previgente che, nella sostanza, appare immutato.

Inoltre, in ragione della più o meno fedele conservazione del tradizionale assetto del comma 6 dell'art. 268 c.p.p. 1988, la norma non conferisce al difensore dell'imputato la possibilità di estrarre copia degli atti, se non dopo la trascrizione³⁸ o l'acquisizione³⁹, con ciò contribuendo ad acutizzare le criticità ben note nella prassi.

Sul punto non si possono allora che richiamare i moniti autorevolmente espressi dalla Corte costituzionale la quale, già nel 1997, osservò che «se si riflette sulla *ratio* dell'istituto, il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione»⁴⁰.

Il *vulnus* è solo in parte colmato attraverso inediti correttivi alla *discovery* degli atti investigativi. In primo luogo, come già anticipato, si attribuisce la legittimazione alla copia delle registrazioni e degli atti una volta acquisiti a

vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima", in Arch. pen., 2017, n. 3, 18 ottobre 2017; PROCACCINO, *I diritti delle vittime nel d.lgs. n. 212 del 2015: le (parziali) novità, le compiute tutele dei vulnerabili, i timori di appesantimento della macchina processuale*, in Studium iuris, 2016, nn. 6-7-8, p. 686 ss.

³⁸ Ai sensi del comma 8 dell'art. 268, «[i] difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto. In caso di intercettazione di flussi di comunicazioni informatiche o telematiche i difensori possono richiedere copia su idoneo supporto dei flussi intercettati, ovvero copia della stampa prevista dal comma 7».

³⁹ Ai sensi del comma 4, art. 89 bis disp. att. c.p.p.

⁴⁰ Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, n. 3, p. 1015 ss., con nota di GIARDA, *Un'altra tessera di garantismo per la libertà personale dell'imputato*. Sul punto, anche DI CHIARA, *Deposito degli atti e "diritto alla copia": prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, in Giur. cost., 1997, p. 1890 ss.

norma degli artt. 268 e 415 *bis* c.p.p., a tutti i difensori delle parti, quale rimedio alla compressione del contraddittorio in fase di selezione e deposito⁴¹.

In secondo luogo, un nuovo comma 2 *bis* all'art. 415 *bis* c.p.p., prevede che «[q]ualora non si sia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, l'avviso contiene inoltre l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche e che hanno la facoltà di estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6» c.p.p.

Il dettato normativo – che tiene conto delle prassi correnti⁴²– impone una *discovery* allargata che finisce per estendersi anche agli atti inerenti alle intercettazioni allorquando la procedura garantita di cui all'art. 268 c.p.p. non ha potuto trovare impiego.

Inoltre, la novella attribuisce all'indagato e al suo difensore non solo un diritto di esame dei brogliacci di ascolto ma anche un diritto di copia delle registrazioni o dei flussi comunicativi selezionati dal p.m., al fine di avviare un contraddittorio cartolare tra gli interessati.

Sempre nell'ottica di una *restitutio in integrum* del diritto di difesa compresso, per garantire una piena consapevolezza processuale all'imputato, il legislatore introduce un nuovo comma 2 *bis* all'art. 454 c.p.p., per cui «[q]ualora non abbia proceduto ai sensi dell'articolo 268, commi 4, 5 e 6, con la richiesta il pubblico ministero deposita l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova. Entro quindici giorni dalla notifica prevista dall'articolo 456, comma 4, il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza o di contestazioni sulle

⁴¹ Cfr. comma 4, art. 89 *bis* disp. att. c.p.p.

⁴² La giurisprudenza di legittimità reputa corretto che il deposito dei verbali e delle registrazioni avvenga contestualmente a tutti gli altri atti di indagini. *Ex multis*. Cass., sez. VI, 12 gennaio 2018, n. 8880, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 11, p. 3778, con commento di POTETTI, *La procedura acquisitiva ordinaria nella riforma delle intercettazioni* (D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216): *lettura critica di una riforma in divenire*; Cass., sez. VI, 1 marzo 2017, n. 14248, in *CED Cass.*, n. 270025. Ma già Cass., sez. V, 11 aprile 2003, n. 22957, in *Cass. pen.*, 2004, fasc. 10, p. 2921 ss.

indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti il difensore può avanzare al giudice istanza affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6» c.p.p.

Sebbene sia apprezzabile la *ratio*, sul punto si registrano numerosi dubbi e riserve sia in relazione ai soggetti legittimati all'avviso che alle facoltà concesse ai partecipanti.

Intanto, la norma si riferisce genericamente al difensore, generando perplessità circa i soggetti interpellabili. In un'ottica di coordinamento con le altre disposizioni introdotte, dovrebbe ritenersi che l'avviso in funzione partecipativa spetti solo al rappresentante dell'imputato ma l'espressione usata suggerisce una soluzione differente: ai sensi del comma 4 dell'art. 456 c.p.p., il decreto di giudizio immediato, unitamente alla richiesta del p.m., deve essere notificato sia all'imputato che alla persona offesa; di qui, a fronte del richiamo operato alla norma, le facoltà partecipative devono ritenersi estese anche a quest'ultima.

In relazione ai poteri ad essi attribuibili, la norma prevede, sulla scia del *dictum* del comma 2 *bis* dell'art. 415 *bis* c.p.p., che i difensori possano integrare l'elenco delle intercettazioni presentato dal p.m. qualora le stesse appaiano rilevanti in ottica difensiva, ma nulla viene indicato circa le facoltà che le parti possono esercitare in funzione di tale intervento correttivo della selezione: in chiave sistematica, deve ritenersi che ai difensori sia concesso procedere sia all'esame degli atti che alla copia delle registrazioni o dei flussi comunicativi ritenuti rilevanti dal p.m.

4. L'acquisizione e la trascrizione delle intercettazioni.

In relazione all'acquisizione delle intercettazioni rilevanti al fascicolo delle indagini, il legislatore ripudia il sistema del contraddittorio cartolare introdotto dalle disposizioni del 2017⁴³, ripristinando il tradizionale *iter* dell'udienza di stralcio camerale.

Più precisamente, il giudice, una volta decorso il termine di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 268 c.p.p., «dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza»⁴⁴.

⁴³ Cfr. artt. 268 *ter* e *quater* c.p.p., abrogati per effetto del decreto in questione.

⁴⁴ Art. 268, comma 6 c.p.p.

Sulla regolamentazione del funzionamento dell'udienza di stralcio, il legislatore non altera l'impostazione tradizionale, facendo gravare sul p.m. e sulle parti l'onere di chiedere l'acquisizione in un'udienza in contraddittorio, cui non si applicano le regole della camera di consiglio.

Come di consuetudine, il giudice, oltre a disporre l'acquisizione degli atti richiesti dalle parti, ha un limitato potere di filtro che, tuttavia, appare più ampio rispetto a quello previsto nel testo del codice. Questi ha, infatti, il potere di stralciare non solo i verbali e le registazioni di cui sia vietata l'utilizzazione, ma anche quelli che contengono dati "sensibili" irrilevanti per le indagini.

Sorge, tuttavia, una perplessità in ordine ai legittimati alla partecipazione: come previsto dall'ultimo periodo del comma 6 dell'art. 268 c.p.p., «[i]l pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima».

In ossequio a quanto sancito nella prima parte del disposto dell'art. 266, comma 6 c.p.p., si deve ritenere che la presenza sia limitata ai soli difensori dell'imputato e al p.m., risultando poco coerente prevedere un'intervento "allargato" anche alle altre parti private che di fatto risultano estromesse dall'esame preliminare.

Conclusa la fase dell'acquisizione, il giudice dispone la trascrizione delle registazioni ammesse, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie: in tal modo – obliterando la previsione introdotta nel 2017, secondo cui la trascrizione risultava subordinata alle attività di richiesta di prova da compiersi in fase dibattimentale – viene ripristinato il regime originario⁴⁵.

Nulla quaestio circa la formulazione della disposizione che ricalca fedelmente quella del Codice '88. Tuttavia il legislatore, con il precipuo intento di regolamentare una consuetudine propria del diritto vivente, prevede un termine ordinatorio per il giudice che può disporre la trascrizione «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431» c.p.p.⁴⁶.

Più in particolare, in ragione della prassi per cui l'udienza di stralcio si svolge nel corso del dibattimento e solo eccezionalmente durante le indagini preliminari⁴⁷, il legislatore introduce un *escamotage* attraverso cui il gup viene legittimato a procedere alla nomina del perito anche alla conclusione dell'udienza preliminare, anticipando il procedimento di trascrizione prima ancora dell'inizio del giudizio.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 268 *quater*, comma 4 c.p.p.

⁴⁶ *Ex art.* 268, comma 7 c.p.p.

⁴⁷ Come sapientemente evidenziato da APRILE, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 655 ss.

5. L'espansione della portata applicativa del captatore informatico.

Per quanto concerne l'impiego del captatore informatico ai fini di intercettazione⁴⁸, il legislatore ne estende il perimetro di operatività agendo su un duplice fronte.

In primis, attraverso una modifica del neointrodotta comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p.⁴⁹, prevede che lo strumento possa essere impiegato senza limiti spazio-temporali, oltre che per i reati di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p., anche «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'articolo 4» c.p.p.

Rispetto alla formulazione previgente, la novella estende l'impiego del *malware* anche per i delitti commessi dagli incaricati di pubblico servizio⁵⁰, esclusi

⁴⁸ La disciplina dell'impiego del captatore informatico nel processo penale viene introdotta ad opera degli artt. 4 e 5 del d.lgs. 216/2017. In relazione all'ambito di operatività del disposto, ai sensi del novellato art. 266, comma 2, «[n]egli stessi casi [di cui al comma 1] 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» (art. 4, comma 1, lett. a), punto 1 d.lgs. 216/2017). Inoltre, il novello comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p. prevede che «[l]'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'inserimento di captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*». (art. 4, comma 1, lett. a), punto 2 d.lgs. 216/2017). Per i primi commenti, ATERNO, *Il punto di vista degli operatori*, in AA. VV., *Nuove norme in tema di intercettazione*, cit., p. 325 ss.; BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, *ivi*, cit., p. 235 ss.; DI PAOLO, *Le intercettazioni mediante l'uso di captatore informatico*, in AA. VV., *Dai decreti attuativi della "legge Orlando" alle novelle di fine legislatura*, cit., p. 165 ss.; GIORDANO, *La disciplina del "captatore informatico"*, in AA. VV., *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 247 ss. La stessa, poi, prima ancora di trovare concreta attuazione, viene modificata ex l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge spazza-corrotti), recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici", in *Gazz. uff.*, 16 gennaio 2019, n. 13. L'art. 1, commi 3 e 4, lett. a), l. 3/2019, attraverso un'interpolazione del comma 2 *bis* dell'art. 266 c.p.p., sancisce che la deroga al tradizionale regime delle intercettazioni ambientali domiciliari sia estesa anche «ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4». Sul punto, CAMALDO, [Le innovazioni previste dalla legge anticorruzione in tema di intercettazioni con captatore informatico](#), in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2019; TORRE, *Il captatore informatico dopo la legge spazzacorrotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 5, p. 648 ss.

⁴⁹ Il decreto incide, conseguentemente, anche sull'art. 267 c.p.p., al fine di coordinarlo con la modifica del comma 2 *bis* dell'art. 266. Cfr. art. 2, comma 1, lett. f), punti 1 e 2 del decreto.

⁵⁰ Come noto, ex art. 357 c.p., sono considerati pubblici ufficiali «coloro che esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi»; sono, invece, incaricati di pubblico servizio ex art. 358 c.p., «coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente

dalla formulazione legislativa del 2019. A ben guardare, si tratta di una modifica più di forma che di sostanza, nel senso che, implementando le categorie di soggetti per cui il captatore informatico può trovare legittimamente impiego, il legislatore ne amplia indirettamente la portata anche ai reati acrivibili in capo agli incaricati di pubblico servizio⁵¹.

Assi più preoccupante appare la modifica del comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. che rappresenta il "nocciolo duro" della disciplina del captatore informatico. Estremizzando gli orientamenti più recenti della giurisprudenza di legittimità⁵², il legislatore sopprime il divieto di utilizzazione che la novella del 2017 aveva - non inopportuno - introdotto in ragione della maggiore "lesività" dell'intrusione, connessa al suo carattere itinerante rispetto agli strumenti di intercettazione tradizionali.

Ai sensi della nuova normativa, fermo restando il divieto di impiego del prodotto delle captazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali le stesse sono state disposte⁵³, «[...] 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*» c.p.p.

Pertanto mentre secondo la precedente disposizione, il divieto di utilizzo dei dati appresi trovava una deroga nel solo caso in cui essi risultassero indispensabili per l'accertamento di reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 380 c.p.p.); allo stato, è possibile utilizzare queste risultanze per la prova di reati diversi da quelli contemplati dal decreto autorizzativo, purchè ricompresi tra i gravi crimini di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e quelli commessi dai pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione.

materiale». Dunque, a titolo esemplificativo, è considerato pubblico ufficiale, l'insegnante, l'ufficiale giudiziario, l'ufficiale sanitario; è, invece, incaricato di pubblico servizio, una guardia giurata, un idraulico o un operaio del comune, il controllore dell'autobus o del treno.

⁵¹ Nel diritto penale le qualifiche di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio rilevano per la configurabilità di determinati reati commessi da o contro tali soggetti. In sostanza, la differente qualifica rileva affinché un reato possa dirsi integrato. Si pensi, ad esempio, al reato di "Concussione" (art. 317 c.p.) o al delitto di "Corruzione per l'esercizio della funzione" (art. 318 c.p.), ovvero al reato di "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio" (art. 319 c.p.) che si qualificano come reati commessi esclusivamente dal pubblico ufficiale e al reato di "Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio" (art. 320 c.p.), commesso, invece, solo dall'incaricato di pubblico servizio.

⁵² Cass., sez. un., 28 novembre 2019, cit., per cui «il divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate non opera in relazione ai risultati relativi ai reati connessi, ex art. 12 c.p.p., a quelli per i quali l'autorizzazione è stata originariamente disposta, se rientrano nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge».

⁵³ Ex art. 270, comma 1 c.p.p.

La novella apre la strada “libera” circolazione probatoria delle risultanze della captazione digitale determinando una sostanziale violazione della garanzia della riserva di giurisdizione prevista dall’art. 15 Cost.⁵⁴, con riferimento all’intercettazione confluita nel “procedimento diverso”, in assenza di qualsivoglia controllo da parte del giudice procedente.

In sostanza, il rischio è che una volta ottenuta l’autorizzazione all’impiego del *virus* informatico in riferimento ad un certo reato all’interno di un determinato procedimento – e quindi anche sulla base di motivi concernenti la posizione dell’indagato in quel procedimento per quella specifica fattispecie delittuosa – le informazioni ottenute possano essere utilizzate anche in indagini diverse per la prova di reati differenti, benché, in questi non sussistano o comunque non siano stati verificati i presupposti per l’emissione di un analogo provvedimento autorizzativo⁵⁵.

Da ultimo, si denotano criticità in ordine alla messa in opera e al funzionamento del captatore. Ai sensi del novellato art. 89 disp. att. c.p.p., «[c]on decreto del Ministro della giustizia sono stabiliti i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all’esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile» (comma 3), prevedendo che «[i] requisiti tecnici sono stabiliti secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limitano all’esecuzione delle operazioni autorizzate». Questa previsione è certamente apprezzabile nella misura in cui denota la volontà del legislatore di predisporre una griglia di requisiti che il programma spia deve soddisfare per essere definito “legale”; il “tipo” di captatore da utilizzare per le innovative forme di intercettazione, infatti, dovrebbe essere conforme alle prescrizioni contenute in apposito decreto. E tuttavia un decreto ministeriale in materia di funzionamento del captatore informatico è già stato emanato⁵⁶ ed esiste il rischio e – assai concreto – di «precoce obsolescenza del decreto ministeriale “tecnico”, con la conseguenza che si mostra necessario un tempestivo e continuo aggiornamento delle regole, onde evitare uno

⁵⁴ Sul punto, esaustivamente, CAMON, *Le intercettazioni telefoniche nel processo penale*, Milano, 1996, p. 44. Più di recente e con riferimento alla normativa modificata nel 2017, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., p. 255 ss.

⁵⁵ In questo senso, BRONZO, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, cit., p. 262.; ID., *L’impiego del trojan horse informatico nelle indagini penali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, n. 8, p. 329 ss.

⁵⁶ D.m. 20 aprile 2018, recante “*Disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l’accesso all’archivio informatico a norma dell’art. 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*”, Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia, 31 maggio 2018, n. 10.

svuotamento di tutela»⁵⁷. Di qui, sarebbe urgente una modifica del decreto ministeriale che, nell’ottica di un coordinamento con la disciplina modificata, determini con la massima chiarezza i requisiti tecnici e le coordinate spazio-temporali dell’intercettazione tramite captatore.

6. Considerazioni conclusive.

Come anticipato in esordio, in questo provvedimento sono state canalizzate le istanze dei diversi protagonisti del settore giustizia che reclamano – ognuno dalla propria peculiare prospettiva - interventi correttivi funzionali a un ammodernamento della disciplina delle intercettazioni.

Come ribadito a più riprese dall’attuale Ministro della Giustizia, la riforma nasce dall’intento di salvaguardare le istanze sia degli organi inquirenti, attraverso il potenziamento dei poteri delle procure nella gestione delle investigazioni e dell’ampliamento della sfera di operatività dei “nuovi” strumenti captativi; sia dell’avvocatura, attraverso il rafforzamento delle garanzie partecipative in punto di accesso e copia del materiale captato.

L’equilibrio realizzato, tuttavia, sembra solo apparente. La riforma pare alquanto sbilanciata in favore degli interessi di cui è portatrice la Magistratura. In questo senso depone tutto quel complesso di modifiche che tende ad adeguare il diritto vigente a quello vivente, a lenire le conflittualità legalizzando prassi deviate che, spesso, nel segno della prevalenza della sostanza rispetto alla forma, attentano i diritti fondamentali dei protagonisti del processo.

Si pensi alle disposizioni che concentrano nella sfera di competenza della procura l’intera opera di selezione del materiale rilevante ai fini procedurali, finendo per determinare l’apprensione di tutto il captato senza opere di “filtro” preliminari; alle norme in tema di acquisizione dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni, per cui si assiste ad una contrazione ingiustificata del contrattorio tra le parti processuali; a quelle disposizioni che consentono la trasmigrazione delle risultanze informative ottenute mediante l’impiego del captatore informatico per la prova di reati diversi da quelli per cui si procede, in ottica di semplificazione, velocizzazione e completezza delle investigazioni.

Si assiste a una ulteriore manifestazione del fenomeno per cui è il legislatore a recepire consuetudini e costumi processuali anzichè il contrario: diventano legge giurisprudenza, prassi, *soft law*. In questo momento sociale

⁵⁷ Così, TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, p. 147.

economico, la giustizia penale non riesce a superare la contingenza, risultando in perenne affanno e in permanente stato di precarietà.

Come sapientemente sostenuto, «manca un respiro comune e un orizzonte condiviso; restano troppo diversi gli approcci nel pianeta della giustizia penale»⁵⁸.

Non resta che riporre fiducia nelle modifiche in sede di conversione. Al Parlamento si chiede una rivalutazione della precipitosa manovra e un ripensamento costituzionalmente orientato, nell'ottica del necessario ripristino del diritto di difesa e del principio di contraddittorio, già troppe volte silenziosamente erosi dalla tirannia del diritto vivente⁵⁹.

⁵⁸ Si esprime così SPANGHER, [La riforma orlando della giustizia penale: prime riflessioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 1, p. 101.

⁵⁹ In questo senso, FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in AA.VV., *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Negri – Orlandi, Torino, 2017, p. 3 ss.