

Parere sul Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto Legge n. 161/2019 recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (GU Serie generale n. 305 del 31.12.2019).

(delibera 13 febbraio 2020)

«Il Consiglio,

visto il Disegno di Legge n. 1659 AS di conversione del Decreto legge n. 161 del 30 dicembre 2019 recante “*Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 305 del 31.12.2019

osserva:

I. Premessa.

Il D.L. n. 161/19 in esame ha introdotto modifiche alle norme del codice di procedura penale e alle relative disposizioni di attuazione e di coordinamento, già oggetto dell’intervento effettuato con il D.Lgs. n. 216/17 (c.d. riforma Orlando), che ha significativamente riformato la disciplina delle intercettazioni e di alcuni istituti connessi.

Le modifiche hanno, in particolare, riguardato gli artt. 114, 242, 266, 267, 268, 269, 270, 291, 293, 295, 415 *bis*, 422, 454, 472 c.p.p., nonché gli artt. 89, 89 *bis*, 92, delle disposizioni di attuazione al codice di procedura penale. Gli artt. 268 *bis*, 268 *ter*, 268 *quater* e l’art. 493 *bis* c.p.p. sono stati integralmente abrogati. Infine, sono stati modificati gli artt. 6 e 9 del D.Lgs. n. 216/17.

Le novità introdotte rispetto alle modifiche apportate all’impianto codicistico dalla cd. riforma Orlando riguardano principalmente:

- l’ampliamento della categoria di delitti per cui è consentito procedere alle intercettazioni tra presenti, con captatore elettronico o mezzi tradizionali, secondo il regime meno restrittivo di cui, rispettivamente, all’art. 266, co. 2 *bis* c.p.p. e all’art. 13 del D.L. n. 152 del 1991, convertito nella Legge n. 203 del 1991, con l’inclusione dei delitti commessi dagli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni;

- l’attribuzione al P.M. del potere di disporre, in caso di urgenza, le intercettazioni con l’uso del captatore elettronico anche per i delitti, puniti con pena non inferiore nel massimo a cinque anni, commessi contro la pubblica amministrazione dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio;

- l’estensione alla suindicata tipologia di delitti della regola, già prevista per i delitti di cui all’art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, secondo cui, nel decreto autorizzativo delle intercettazioni tra presenti con l’uso del captatore non è necessario indicare i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l’attivazione del microfono;

- l’introduzione di un più ampio regime di utilizzabilità, ai fini della prova dei delitti di cui agli artt. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, nonché di quelli commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, dei risultati delle intercettazioni disposte con riferimento a delitti diversi (art. 270, co. 1 *bis* c.p.);

- le modalità per assicurare che, nel corso della esecuzione delle operazioni di intercettazione, nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge e che sia garantita la segretezza di tali dati successivamente al loro trasferimento all’archivio;

- una tempistica e modalità nuove per la trasmissione dei verbali e delle registrazioni da parte della P.G. al P.M., nonché per il successivo trasferimento di detto materiale all’archivio;

- lo snellimento della procedura per l'acquisizione delle intercettazioni rilevanti (non più propedeutica all'inserimento del materiale intercettivo nel fascicolo del P.M.), con l'eliminazione delle previsioni che attribuivano carattere di segretezza agli atti e ai verbali delle conversazioni e delle comunicazioni sino all'adozione, da parte del giudice, dell'ordinanza di acquisizione delle conversazioni e comunicazioni rilevanti;

- l'introduzione agli artt. 415 *bis* e 454 c.p.p. di nuove previsioni volte a individuare, nel caso in cui sia mancata l'udienza stralcio, le intercettazioni rilevanti e a garantire il diritto della difesa ad ottenerne copia;

- la rimodulazione dei tempi per effettuare la perizia trascrittiva, consentendola anche al termine dell'udienza preliminare e, precisamente, nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento;

- la riconfigurazione del diritto delle parti di ottenere copia del materiale intercettivo nella fase delle indagini e in quella seguente all'esecuzione di una misura cautelare.

II. Il regime transitorio

Art. 1 del D.L. n. 161/19: modifiche all'art. 9 del D.Lgs. n. 216/17

Art. 2, co. 8 del D.L. n. 161/19

La complessiva riforma delle intercettazioni attuata con il D.Lgs. n. 216/17, con esclusione di poche previsioni (artt. 1 e 6), non ha mai acquisito efficacia poiché, all'art. 9, era stata prevista l'applicabilità delle nuove disposizioni ai provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, termine poi più volte prorogato, da ultimo, per le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 del D.Lgs. n. 216/17, al 31 dicembre 2019 e, per quella di cui all'art. 2, co. 1, lett. b) del citato D.Lgs. n. 216/17, al 1° gennaio 2020 (v. D.L. n. 53/19, convertito nella L. n. 77/19).

In questo quadro, l'art. 1 del D.L. n. 161/19 ha modificato l'art. 9 del D.Lgs. n. 216/17, disponendo un ulteriore differimento del termine di efficacia delle disposizioni in esso richiamate e sostituendo il criterio della emissione dei provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni con quello della data di iscrizione dei procedimenti penali.

Pertanto, con esclusione delle modifiche apportate all'art. 114 c.p.p., la cui efficacia è stata differita alla data del 1° marzo 2020, tutte le altre disposizioni del D.Lgs. n. 216/17 che hanno modificato il codice di procedura penale e le disposizioni di attuazione si applicheranno ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020.

Il D.L. in commento contiene poi un autonomo regime transitorio per le disposizioni da esso introdotte, tutte compendiate all'art. 2: al comma 8 è stato, infatti, stabilito che *“Le disposizioni del presente articolo si applicano ai procedimenti penali iscritti successivamente al 29 febbraio 2020”*.

La scelta di aver riguardo, ai fini dell'applicabilità delle modifiche, alla data di iscrizione del procedimento, piuttosto che alla data di emissione del decreto autorizzativo, appare molto più razionale poiché quest'ultimo criterio avrebbe determinato una commistione di disciplina applicabile alle operazioni di captazione già in corso nello stesso procedimento alla data di efficacia delle nuove disposizioni, con effetti di disordine e di incertezza.

Nondimeno, è prevedibile che il nuovo criterio non sarà risolutivo di tutte le problematiche di diritto intertemporale che si porranno quando due o più procedimenti, con una diversa data di iscrizione, per alcuni antecedente e per altri successiva al 29 febbraio, siano riuniti o, all'opposto, quando da un procedimento iscritto prima del 29 febbraio ne scaturisca, per stralcio, un altro dopo tale data.

Le medesime problematiche potrebbero palesarsi con riferimento al caso in cui all'iscrizione di alcuni reati, avvenuta prima del 29 febbraio 2020, ne facciano seguito in epoca successiva altre, aventi ad oggetto nuovi titoli di reato, deponendo nel senso dell'autonomia di ogni iscrizione la regola secondo cui occorre aver riguardo a questa per il computo del termine di durata delle indagini preliminari.

In assenza di norme di dettaglio, la soluzione delle questioni di diritto intertemporale che si porranno con riferimento all'applicazione del criterio previsto dall'art. 9 del D.Lgs. n. 216/17, come novellato dall'art. 1, e dall'art. 2, co. 8, del D.L. n. 161 cit., sarà inevitabilmente rimessa all'elaborazione giurisprudenziale che, soprattutto nella prima fase applicativa, sarà prevedibilmente caratterizzata da oscillazioni, fisiologiche quando, come nel caso che interessa, le disposizioni di nuovo conio presentano margini interpretativi ampi.

Sotto il diverso profilo delle finalità che hanno motivato l'efficacia differita delle nuove disposizioni, deve osservarsi che, per quanto è dato desumere dalla relazione tecnica di accompagnamento al disegno di legge riguardante la conversione del D.L., essa ha lo scopo di consentire il completamento "*delle complesse misure organizzative in atto, anche relative alla predisposizione di apparati elettronici e digitali*", delle attività di collaudo dei sistemi presso i singoli uffici delle Procure della Repubblica e di adeguamento dei locali, di predisposizione più efficiente del sistema informatico prescelto, di innalzamento del livello di sicurezza di quest'ultimo.

Se questa è la *ratio* dell'efficacia differita, non può non rilevarsi come il breve termine previsto – pari a due mesi – appaia assolutamente inadeguato, in considerazione della complessità delle misure organizzative e tecniche da adottare, anche a tutela della sicurezza dei dati, e del numero di Uffici di Procura, di piccole, medie e grandi dimensioni, che dovranno dotarsi di strumenti nuovi e articolati, anche sotto il profilo tecnico e logistico.

In ragione di questo sarebbe, quindi, auspicabile che, in sede di conversione del D.L., fosse previsto un differimento dell'efficacia delle nuove disposizioni di almeno tre mesi.

III. Le modifiche in tema di intercettazioni con il *trojan horse* per i delitti contro la pubblica amministrazione. Lo speciale regime di utilizzabilità di cui all'art. 270 co. 1 bis c.p.p.

Art. 2, co. 1, lett. c): modifiche all'art. 266, co. 2 bis c.p.p.

Art. 2, co. 1, lett. d): modifiche all'art. 267 c.p.p.

Art. 2, co. 1, lett. g), n. 1: modifiche all'art. 270, co. 1 bis c.p.p.

Giova premettere che con il D.Lgs. n. 216/17 è stato per la prima volta disciplinato, in via normativa, l'uso del *trojan horse*, un mezzo investigativo straordinariamente invasivo e sempre più frequentemente utilizzato nelle indagini penali.

Prima che intervenisse la riforma c.d. Orlando, i limiti di utilizzabilità del captatore informatico applicato a dispositivi elettronici portatili per effettuare intercettazioni tra presenti sono stati individuati dalla sentenza delle Sezioni Unite del 28 aprile 2016, n. 26889 (sentenza "Scurato"), i cui principi continuano a trovare applicazione, non avendo la riforma c.d. Orlando mai acquistato efficacia in quanto più volte differita.

Con l'art. 2, co. 1, lett. c) e d) del D.L. n. 161/19 sono stati modificati gli artt. 266 e 267 c.p.p., rispettivamente in tema di "*limiti di ammissibilità*" delle intercettazioni e "*presupposti e forme del provvedimento*".

Intervenendo sull'art. 266, comma 2 bis, nonché sull'art. 6 del D.Lgs. 116/2017, l'articolo 2, comma 1, lett. c), e comma 7, del D.L. ha esteso la disciplina in materia di intercettazioni con mezzi tradizionali o captatore valevole per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione anche a quelli commessi da incaricati di pubblico servizio. Con la modifica ad opera dell'art. 2, comma 1, lett. d), dell'art. 267, comma 2 bis, è stato previsto che, per tutti i reati di cui all'art. 266, comma 2 bis, il giudice con il decreto autorizzativo delle intercettazioni con captatore non deve indicare i luoghi e il tempo nei quali è consentita l'attivazione del microfono.

L'intervento normativo complessivo ha, dunque, delineato un regime in base al quale, nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, co. 3 bis e 3 quater c.p.p., e per i delitti commessi dai pubblici ufficiali o dagli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, le intercettazioni tra presenti sono "sempre" consentite, sia col captatore, sia con strumenti tradizionali, anche nei luoghi di privata dimora (art. 614 c.p.), pur in assenza di fondati motivi per ritenere che ivi sia in

atto l'attività criminosa, senza necessità – nel caso di intercettazioni con captatore - di indicare i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Intervenendo sul comma 2 *bis* dell'art. 267 c.p.p., in tema di intercettazioni disposte in caso di urgenza dal pubblico ministero con l'uso del captatore, è stata eliminata l'aporia derivante dal mancato coordinamento con la L. n. 3/19, prevedendosi che il P.M., in caso d'urgenza, può disporre, con decreto motivato, le intercettazioni tra presenti mediante captatore, oltre che per i reati di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater*, anche per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, indicando le ragioni che rendono indispensabile il ricorso all'uso di tale strumento e le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice.

Profili problematici si ravvisano con riferimento al nuovo regime di utilizzabilità delle intercettazioni delineato dall'art. 270 c.p.p., novellato al comma 1 *bis* dall'art. 2, co. 1, lett. g, n. 1), del D.L. n. 161/2019.

Il co. 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p., introdotto dalla c.d. riforma Orlando per stabilire il regime di utilizzabilità delle intercettazioni tra presenti effettuate con captatore elettronico per la prova di "reati diversi" da quelli per i quali era stato emesso il decreto di autorizzazione, prevedeva che le intercettazioni non potessero essere utilizzate, salvo che fossero risultate indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

L'art. 2, co. 1, lett. g), n. 1 del D.L. 161/2019 ha interamente riformulato il comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p., disponendo che: "*Fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'art. 266, comma 2 bis*" (e cioè per i reati di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione, per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.).

Le innovazioni testuali, pertanto, riguardano: a) l'esplicito riferimento a quanto previsto dal comma 1, che disciplina l'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi; b) l'affermazione in positivo della regola dell'utilizzabilità; c) l'individuazione di particolari tipologie di reati.

L'attuale formulazione della norma, ancor più della precedente, dà luogo ad incertezze interpretative perché non risulta chiaro se lo speciale regime di utilizzabilità previsto dal novellato art. 270, co. 1 *bis* c.p.p. si riferisca alla prova di reati diversi da quelli per cui è stata autorizzata l'intercettazione valevole nello stesso procedimento oppure in procedimenti diversi.

Indicazioni nel senso che si tratti di una disciplina speciale, riguardante l'utilizzabilità delle intercettazioni con captatore in procedimenti diversi, provengono dalla relazione tecnica di accompagnamento al disegno di legge di conversione del D.L. n. 161/19 nella quale, a proposito delle modifiche dell'art. 270, co. 1 *bis* c.p.p., si legge che con esse si è inteso conseguire "*un ulteriore vantaggio in termini di snellimento delle procedure e di riduzione dei tempi processuali dovuto alla circostanza di non dover ripetere l'istruttoria per l'espletamento di un'attività investigativa già svolta con riguardo a precedenti procedimenti e per cui si otterrebbero stessi risultati: si evita in tal modo una duplicazione di attività con conseguenti risparmi di spesa sebbene allo stato non quantificabili, riscontrabili solo a consuntivo*".

Nel senso della riferibilità della regola posta al comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. alle intercettazioni con captatore in un diverso procedimento sembrerebbero deporre ancora sia il dato sistematico e, precisamente, la collocazione della norma all'interno dell'art. 270 c.p.p., intitolato "*Utilizzazione in altri procedimenti*", sia l'argomento letterale. Nell'*incipit* del comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. vi è, infatti, un esplicito rinvio a quanto previsto nel primo comma e la locuzione utilizzata ("*Fermo restando*"), se letta, come doveroso, alla luce delle espressioni successive ("*possono essere utilizzate 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'art. 266, comma 2 bis*"), non sembra

indicare una diversità di presupposti applicativi, ma stabilire un rapporto tra le ipotesi di cui al primo e secondo comma in termini di norma generale-norma speciale.

Ove si accedesse a questa opzione interpretativa, si avrebbe che il regime delineato dai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. si sostanzierebbe: in una regola generale di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, circoscritta ai soli reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; in una regola speciale, riguardante i soli reati di cui all'art. 266, co. 2 *bis* c.p.p., per i quali, in deroga a quanto previsto al primo comma, le intercettazioni tra presenti effettuate con captatore sono sempre utilizzabili anche se per essi non è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Supporta, infine, questa interpretazione l'argomento di carattere logico.

In giurisprudenza non è mai stato posto in dubbio che, nello stesso procedimento, le intercettazioni siano utilizzabili anche per reati diversi da quelli per cui sono state autorizzate, se compresi nel novero di quelli di cui all'art. 266 c.p.p.

Ebbene, come già detto, per effetto del D.Lgs. n. 216/17, della L. n. 3/2019 e del D.L. in commento, per tutti i delitti di cui all'art. 266, co. 2 *bis* c.p.p. (ossia per i delitti di cui all'art. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* e per i delitti dei pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione) le intercettazioni tra presenti effettuate con captatore sono sempre ammissibili. A fronte del descritto assetto del diritto vivente, la riformulazione del comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p., nell'ottica di rendere utilizzabili, nello stesso procedimento, le intercettazioni per i reati di cui all'art. 266, co. 2 *bis* c.p.p. sarebbe meramente ricognitiva di una regola giurisprudenziale consolidata.

Gli aspetti di problematicità emersi nella concreta declinazione della suindicata regola si riconnettono, invece, alla controversa interpretazione attribuita dalla giurisprudenza di legittimità alla nozione di "stesso" procedimento.

La questione è stata di recente affrontata dalla Sezione Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 51/2020. Con tale decisione è stato enunciato il principio di diritto secondo cui il regime di utilizzabilità delle intercettazioni previsto dall'art. 270, co. 1, c.p.p. trova applicazione non in ragione del dato formalistico del diverso numero di registro generale del procedimento, ma del criterio sostanzialistico dell'esistenza o meno di un collegamento, rilevante ai sensi dell'art. 12 c.p.p., tra i reati per cui l'autorizzazione è stata concessa e quelli ulteriori emersi dalle intercettazioni. Nel caso in cui tale nesso sussista, il procedimento, al di là del dato formale, deve ritenersi unico e le intercettazioni sono utilizzabili anche per i reati diversi, purché compresi tra quelli indicati dall'art. 266, co. 1 c.p.p. Per converso, in assenza di connessione tra i reati, anche a fronte di un procedimento formalmente unico, trova applicazione il regime di utilizzabilità di cui all'art. 270, co. 1, c.p.p.

Ebbene, dalla relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, emerge che si è intervenuti sull'art. 270 c.p.p. *"con una rimodulazione, anche alla luce della recentissima sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, della norma limitativa delle possibilità di utilizzazione delle intercettazioni captate tramite trojan per la prova di reati diversi da quelli per i quali l'intercettazione era stata autorizzata"*. A fronte di ciò, sembra doversi ritenere che il legislatore, in coerenza con il regime meno rigoroso previsto per l'uso del captatore in relazione ai reati di cui all'art. 266, co. 2 *bis* c.p.p., abbia voluto assicurare che le intercettazioni, con riferimento a questi ultimi delitti, siano sempre utilizzabili, anche se non collegati *ex art. 12 c.p.p.* a quelli per cui l'intercettazione è stata autorizzata.

Tuttavia, la soluzione di ritenere che il comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p. si riferisca ad "altri" procedimenti non è scevra da incongruenze.

Ed invero, poiché l'art. 270, co. 1 *bis* c.p.p. fa espresso riferimento alle sole intercettazioni tra presenti effettuate con captatore, si avrebbe che, per i reati di cui agli artt. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. e per quelli contro la pubblica amministrazione, il regime di utilizzabilità valevole per le intercettazioni, telefoniche e tra presenti, svolte con mezzi tradizionali sarebbe irragionevolmente più rigoroso, in quanto soggetto alla regola di cui all'art. 270, co. 1 c.p.p., in base alla quale

difetterebbero le condizioni per utilizzare, in procedimento diverso, le intercettazioni per i reati contro la pubblica amministrazione, non essendo per la quasi totalità di essi (fa eccezione, ad esempio, la corruzione in atti giudiziari aggravata) previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Un tale disallineamento del regime di utilizzabilità delle intercettazioni in altro procedimento per la medesima tipologia di reati di cui all'art. 266, co. 2 *bis* c.p.p. risulterebbe in sostanza del tutto ingiustificato. In tutto l'impianto normativo, infatti, le intercettazioni con captatore sono soggette a limiti più stringenti in ragione della loro maggiore insidiosità, sicché sarebbe incoerente l'applicabilità ad esse di una disciplina di minor rigore rispetto a quella valevole per le intercettazioni, telefoniche e tra presenti, effettuate con mezzi tradizionali.

In virtù della perdurante presenza, nel testo dell'art. 270, co. 1 *bis*, della locuzione “*reati diversi*” e non “*diversi procedimenti*”, nonché del richiamo operato dall'art. 270, co. 2 c.p.p., che regola le modalità di acquisizione delle intercettazioni in un diverso procedimento, al comma 1 e non anche al comma 1 *bis*, residuano margini per ritenere che quest'ultimo rechi la disciplina dell'utilizzabilità delle intercettazioni nell'ambito dello stesso procedimento.

In questa prospettiva interpretativa, la clausola di riserva (“*Fermo restando*”) varrebbe a rimarcare che il regime di utilizzabilità di ogni forma di intercettazione (tradizionale o con captatore) in un procedimento diverso è quello di cui al comma 1, mentre il comma 1 *bis* avrebbe il significato di rendere utilizzabili le intercettazioni tra presenti con il captatore nello stesso procedimento solo per i reati di cui all'art. 266, comma 2 *bis* c.p.p.

Tale opzione interpretativa pone, tuttavia, la questione dell'armonizzazione di quanto previsto all'art. 270, co. 1 *bis* c.p.p. con il criterio del collegamento *ex art.* 12 c.p.p. tra i reati richiesti dalle Sezioni Unite con la citata sentenza n. 51/20; il testo della norma, infatti, sembrerebbe prescindere, ammettendo una utilizzabilità delle intercettazioni senza ulteriori condizioni.

In conclusione, la formulazione dell'art. 270, co. 1 *bis* c.p.p. non consente di pervenire a soluzioni ermeneutiche certe, determinando per l'interprete l'oggettiva difficoltà di stabilire se la regola in esso posta sia riferibile all'utilizzazione delle intercettazioni con captatore per reati di cui all'art. 266, co. 2 *bis*, c.p.p. nello stesso o in diverso procedimento.

Pertanto, sarebbe opportuno che, in sede di conversione del D.L., fosse indicato con maggior chiarezza l'ambito applicativo del comma 1 *bis* dell'art. 270 c.p.p.

Se il legislatore ritenesse che il regime di utilizzabilità di cui all'art. 270, co. 1 *bis* sia riferibile ai procedimenti diversi, sarebbe necessario un migliore coordinamento di detta disposizione con quella di cui al comma 1, che rimarrebbe applicabile a tutte le altre forme di intercettazioni con mezzi tradizionali, nonché con il comma 2 che, in tema di regole applicabili per l'acquisizione delle intercettazioni in un diverso procedimento, rinvia solo all'ipotesi di cui al primo comma e non anche al comma 1 *bis*.

Per il caso in cui, invece, si prevedesse che il regime di utilizzabilità delle intercettazioni di cui all'art. 270, co. 1 *bis* c.p.p. riguardi il medesimo procedimento, sarebbe necessario indicare se rilevi o meno il collegamento ai sensi dell'art. 12 c.p.p. tra i reati di cui all'art. 266 *bis* c.p.p. e quelli per cui sono state autorizzate le intercettazioni.

Meglio ancora sarebbe se il legislatore, nell'ambito di una riforma così strutturale nella materia delle intercettazioni, cogliesse l'occasione per rivisitare l'intera disciplina della utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi, apparendo peraltro ormai largamente inadeguato il riferimento ai reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza. A seguito delle numerose modifiche apportate nel tempo all'art. 380, co. 2, c.p.p., il catalogo dei reati per cui l'arresto in flagranza è obbligatorio non risponde più al criterio della maggiore gravità delle condotte, risultando piuttosto ispirato al principio della maggiore evidenza della situazione di flagranza. In quest'ottica trova giustificazione, ad esempio, l'inclusione nell'art. 380 c.p.p. dei reati di furto aggravato e di ricettazione aggravata e non di riciclaggio, ovvero dei reati di cui all'art. 572 e 612 *bis* c.p. e non dei più gravi reati di lesioni gravi o gravissime o di omicidio preterintenzionale. Quel che si vuole significare è in sostanza che, soprattutto per effetto dell'ampliamento che la

nozione di procedimento “diverso” ha assunto nel diritto vivente a seguito della sentenza n. 51/20 delle Sezioni Unite e della conseguente estensione dell’ambito di applicabilità dell’art. 270 c.p.p., il richiamo da parte di quest’ultimo ai reati di cui all’art. 380 c.p.p. determina, sul piano della utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, soluzioni palesemente irrazionali e non più rispondenti all’originaria *ratio* di limitare l’uso delle stesse per l’accertamento dei reati più gravi.

IV. Modalità esecutive delle intercettazioni

Art. 2, co. 1, lett. d), e): modifiche degli artt. 267, co. 4, e 268, co. 2 bis c.p.p.

Sul versante delle modalità esecutive delle intercettazioni, il D.L. in esame introduce importanti modifiche con la finalità, esplicitata nella relazione introduttiva, di “*sopperire alle discrasie che potrebbero verificarsi nel corso del procedimento penale a seguito dell’integrale applicazione del D.Lgs. n. 216/17*”.

Per comprendere appieno la portata dell’intervento è opportuno dar conto sinteticamente delle principali novità che con riferimento a questi aspetti aveva introdotto il D.Lgs. n. 216/2017.

Con la finalità di innalzare il livello della tutela della riservatezza dei soggetti sottoposti ad intercettazione, soprattutto di quelli estranei alle indagini e fortuitamente intercettati in occasione dei contatti avuti con i destinatari delle operazioni, all’art. 268, co. 2 *bis* c.p.p., era stato introdotto il divieto di trascrivere, anche in forma sommaria, le comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini sia per l’oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle parimenti non rilevanti aventi ad oggetto dati personali definiti sensibili dalla legge.

In tali casi era consentita solo l’indicazione, nel relativo verbale, della data, dell’ora e del dispositivo sul quale la registrazione era intervenuta.

Tuttavia, ai sensi dell’art. 267, co. 4, nelle ipotesi da ultimo indicate, l’ufficiale di Polizia giudiziaria avrebbe dovuto provvedere ad informare preventivamente il P.M., redigendo un’annotazione relativa ai contenuti delle predette comunicazioni o conversazioni.

Ai sensi dell’art. 268, co. 2 *ter* c.p.p., ove il P.M. avesse ritenuto queste ultime comunque rilevanti per i fatti oggetto di prova, avrebbe potuto disporre la trascrizione con decreto motivato. Al P.M. veniva, quindi, riservato un controllo successivo ed eventuale sulla selezione effettuata dalla P.G.

L’assetto delineato dalle norme sopra indicate presentava plurimi profili problematici, sia per l’eccessiva discrezionalità attribuita alla P.G., con riguardo all’individuazione delle conversazioni irrilevanti ai fini della prova dei fatti oggetto di procedimento, sia per il possibile *vulnus* arrecato ai diritti di difesa.

Sotto il primo profilo, infatti, nella relazione illustrativa al D.Lgs. n. 216/2017 era specificato che l’obbligo per la P.G. di informare preventivamente il P.M., per mezzo dell’annotazione di cui all’art. 357 c.p.p., sussistesse per i soli casi in cui la rilevanza di una o più conversazioni fosse risultata dubbia, con sottrazione al P.M. del potere di compiere una diversa valutazione nell’ipotesi in cui la P.G. avesse ritenuto certa l’irrelevanza delle conversazioni intercettate.

Peraltro, appariva inopportuna la scelta di rimettere alla P.G. la selezione delle conversazioni nel corso dello svolgimento delle operazioni, potendo eventualmente emergere l’importanza di una di esse dai successivi sviluppi dell’attività intercettativa.

Quanto al secondo profilo, si ravvisava un *vulnus* dei diritti di difesa per l’impossibilità per quest’ultima di operare un controllo sulla rilevanza o meno delle conversazioni o comunicazioni non trascritte, non essendo possibile trarre utili elementi di valutazione in tal senso dalla mera indicazione dei dati relativi alla data della conversazione e al numero dell’utenza intercettata, secondo quanto era prescritto dall’art. 268, co. 2 *bis* c.p.p. per le conversazioni oggetto del divieto di trascrizione.

Il decreto legge in esame ha radicalmente innovato l’assetto sopra delineato.

È stato, infatti, eliminato il generale divieto per la P.G. di trascrivere le comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, aventi ad oggetto dati personali definiti sensibili dalla legge. In luogo di questo, è stato introdotto l'obbligo per il P.M. di dare indicazioni e vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini.

La modifica va valutata positivamente nella parte in cui ha determinato il superamento delle criticità connesse alla precedente opzione legislativa, in particolare eliminando il divieto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini.

Tuttavia, la nuova disposizione grava il P.M. di un obbligo di vigilanza la cui concreta attuazione può rivelarsi particolarmente complessa e difficile, fino a divenire di dubbia esigibilità nei casi di procedimenti con numero elevato di comunicazioni captate quotidianamente. Tanto più se la norma venisse interpretata in senso letterale, ossia disponendo una vigilanza concomitante alla redazione del verbale, il che non appare tecnicamente praticabile.

Peraltro, l'elasticità che la locuzione "*espressioni lesive della reputazione delle persone*" assume, anche alla luce degli indirizzi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di delitti contro l'onore e la reputazione, richiederà che sia il P.M. ad individuare, al momento in cui formula le direttive, le ipotesi in concreto riconducibili alla formula legislativa, con attribuzione allo stesso di una discrezionalità molto ampia, che potrà essere foriera di disomogeneità nella declinazione della norma da parte delle varie Procure.

V. Archivio e conservazione delle intercettazioni

Art. 2, co. 1, lett e), f): modifiche agli artt. 268, co. 4 e 5, e 269, co. 1 e 2

Art. 2, co. 2, lett. b): modifiche all'art. 89 bis disp. att. c.p.p.

Il D.Lgs. n. 216/2017 aveva modificato l'art. 269 c.p.p., prevedendo l'istituzione di un apposito archivio riservato presso l'ufficio del pubblico ministero che aveva richiesto ed eseguito le intercettazioni per la conservazione dei verbali e delle registrazioni, "coperti da segreto".

Il D.L. in esame ha innovato il disposto dell'art. 269, co. 1 c.p.p., eliminando il riferimento alla riservatezza dell'archivio e, soprattutto, al carattere segreto dei verbali e delle registrazioni in esso conservati; inoltre, mantenendo la regola della conservazione integrale di detto materiale presso l'archivio, è stato previsto che quest'ultimo abbia carattere centralizzato, attribuendone la direzione e la sorveglianza al Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto e ha eseguito le intercettazioni.

In questo archivio sono, dunque, conservate le registrazioni relative alle comunicazioni e conversazioni intercettate sino alla sentenza non più soggetta a impugnazione. Inoltre, a norma dell'art. 269, co. 2 c.p.p., gli interessati, quando "*la documentazione non è necessaria per il procedimento*", a tutela della riservatezza, possono chiederne la distruzione al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione.

Sul punto, si apprezzano diversità rispetto alla previgente formulazione della norma. Nel testo dalla cd. Legge Orlando la distruzione poteva essere richiesta per le "*registrazioni non acquisite*", mentre nel testo attuale si può chiedere la distruzione della "*documentazione non necessaria per il procedimento*". Rimane, invece, fermo che la richiesta deve provenire dagli interessati e che deve essere motivata da "*ragioni di tutela della riservatezza*".

Con riguardo alla norma in commento, si osserva che sarebbe stato più opportuno far riferimento al concetto di "*irrilevanza manifesta*", piuttosto che a quello di "*non necessarietà per il procedimento*", al fine di individuare le registrazioni di cui è possibile chiedere la distruzione. Ed invero, il criterio della non necessarietà per il procedimento della conversazione intercettata appare inadeguato, ove si consideri che: - le necessità probatorie di un procedimento possono mutare nel corso del suo sviluppo, quindi la norma pare onerare il giudice di una valutazione prognostica di

difficile esigibilità; - le intercettazioni disposte in un procedimento sono legittimamente utilizzabili anche in altri procedimenti ai sensi dell'art. 270 c.p.p., per cui non appare coerente ancorare la valutazione circa la ricorrenza delle condizioni per distruggerle alle sole necessità del procedimento nel quale sono state effettuate.

Alle difficoltà evidenziate, si aggiungono quelle derivanti dalla problematicità di definire quale sia l'ampiezza da attribuire alla nozione di "riservatezza" in un settore, come quello delle intercettazioni, in cui fisiologicamente e legittimamente la *privacy* dei soggetti intercettati è sacrificata.

Problematicità appaiono ravvisabili anche con riferimento al limite temporale previsto per la conservazione delle registrazioni, individuato dall'art. 269, co. 2 c.p.p. nella sentenza non più soggetta a impugnazione.

L'esperienza investigativa e giudiziaria insegna, infatti, che l'intercettazione di una conversazione può rivelarsi, anche dopo molti anni, fonte di prova preziosa e indispensabile, in ipotesi anche a favore dell'indagato e/o imputato, cosicché non appare opportuno procedere alla distruzione delle registrazioni in assenza di motivate e pregnanti esigenze di riservatezza poste a fondamento di una istanza proveniente da un soggetto interessato.

D'altro lato, la digitalizzazione dell'archivio di cui all'art. 269, comma 1, c.p.p. e 89 *bis* disp. att. c.p.p. renderebbe agevole la conservazione delle registrazioni anche senza limiti temporali e peraltro 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*".

Come premesso, nell'archivio digitale, tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica, sono custoditi i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono.

La norma prevede che il Procuratore della Repubblica impartisca le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto custodito nell'archivio, con particolare riguardo alle modalità di accesso.

L'elemento di novità rispetto al D.Lgs. n. 216/2017, nel quale l'archivio riservato era istituito presso ciascun ufficio del P.M. procedente con attribuzione al Procuratore della Repubblica del potere di direzione e sorveglianza (art. 269, co. 1, c.p.p. e 89 *bis* disp. att. c.p.p.), è rappresentato dall'istituzione di un archivio unico centralizzato nel quale confluiscono tutte le intercettazioni disposte dall'ufficio e gli atti ad esse relativi, gestito secondo le indicazioni e sotto la responsabilità del vertice della Procura.

Con riferimento al nuovo assetto delineato dal D.L., problematico appare il ruolo di sorveglianza sull'archivio attribuito al Procuratore della Repubblica, dovendo egli impartire, "*con particolare riguardo alle modalità di accesso*", le prescrizioni necessarie a tutela del segreto su quanto in esso custodito.

La formulazione attuale della norma qualifica, infatti, come segrete anche le intercettazioni "*non necessarie per il procedimento*", quelle "*irrilevanti*", quelle di cui "*è vietata l'utilizzazione*" e riguardanti "*categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia*". Eppure è indubbio che i difensori abbiano diritto all'ascolto di dette conversazioni, essendo innegabile l'interesse della difesa a poter apprezzare anche tale materiale al fine di eventuali successive richieste al giudice di acquisizione e loro successiva trascrizione.

D'altra parte sia il comma 3 dell'articolo 89 *bis* disp. att. c.p.p., sia il comma 6 dell'art. 269 c.p.p. riconoscono espressamente il diritto di accesso all'archivio, tra gli altri, ai difensori dell'imputato.

Pertanto, appare ragionevole ritenere che la segretezza di dette conversazioni consista solo nel divieto della loro divulgazione. In questo senso, l'accessibilità all'archivio, ristretta e controllata, e l'annotazione in apposito registro degli atti consultati, nonché di quelli eventuali di cui

si sia ottenuta copia, costituiscono lo strumento scelto dal legislatore per la tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti dalle intercettazioni e per tracciare eventuali “fughe di notizie”.

Problematicità nell’applicazione della norma potrebbero emergere anche con riferimento all’uso della locuzione “*particolari categorie di dati personali*”, la cui eccessiva genericità rende ancora più gravoso il compito del Procuratore ove si consideri la mole e la varietà dei dati intercettati e, in ogni caso, la difficoltà di effettuare un equilibrato bilanciamento tra la tutela della *privacy* e le esigenze probatorie delle parti processuali. A tanto dovrebbe avviarsi mediante il decreto, di natura “non regolamentare”, del Ministro della Giustizia, da adottarsi sentito il Garante per la protezione dei dati personali, che dovrebbe contenere i criteri a cui il Procuratore della Repubblica deve attenersi per garantire la riservatezza degli “atti custoditi” nell’archivio.

Poiché la decisione circa le richieste di accesso o di copia delle intercettazioni e degli atti relativi costituisce una prerogativa degli organi giurisdizionali, è evidente che tale decreto dovrà contenere solo disposizioni di carattere organizzativo riguardanti le modalità di accesso all’archivio.

Art. 2, co. 1, lett. d): modifiche all’art. 267, co 5 c.p.p.

Diverso dall’archivio unico delle intercettazioni è il registro riservato di cui all’art. 267, co. 5 c.p.p. sul quale è pure intervenuto il D.L. in commento.

La novità consiste nella istituzione di un registro unico, in cui annotare i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni con trasferimento al Procuratore della Repubblica del potere di direzione e sorveglianza sulla tenuta dello stesso.

Anche a voler ritenere che il controllo imposto al Dirigente dell’ufficio abbia natura formale, e cioè consista in una mera verifica della sussistenza dei titoli autorizzativi delle operazioni intercettive in atto nell’ufficio, appaiono comunque palesi le difficoltà pratiche derivanti dalla concentrazione in capo all’organo di vertice della Procura di detti poteri, specie in uffici di medie e grandi dimensioni. A tal proposito, sarebbe utile prevedere espressamente la facoltà del Procuratore della Repubblica di delegare ad altro magistrato del suo ufficio a tale incombenza.

Art. 2, co. 1, lett. e): modifiche all’art. 268, co. 4 c.p.p.

Il decreto legge in esame è inoltre intervenuto sulle modalità di trasmissione dei verbali e delle registrazioni all’archivio, modificando l’art. 268 comma 4 c.p.p.

Il testo della norma pone seri dubbi interpretativi.

Da un lato è, infatti, previsto che i verbali e le registrazioni siano trasmessi dalla P.G. al P.M. immediatamente per la loro conservazione nell’archivio riservato di cui all’art. 269, co. 1 c.p.p., dall’altro, che il “versamento” all’archivio da parte del P.M. avvenga entro 5 giorni dalla conclusione di tutte le operazioni di intercettazione, insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato le stesse.

Sembra, dunque, che tra i due adempimenti non vi sia una immediata successione temporale e, quindi, che, nella fase intercorrente tra la consegna dei verbali e delle registrazioni da parte della P.G. e il momento in cui il P.M. deposita detto materiale all’archivio, lo stesso permanga presso l’ufficio di quest’ultimo.

Verosimilmente il legislatore ha inteso evitare che i verbali e le registrazioni permangano nella disponibilità della P.G. e tanto allo scopo di scongiurarne una indebita diffusione.

Rimane, tuttavia, aperta la questione circa l’eventuale necessità da parte della P.G. di dover consultare il materiale già intercettato per ulteriori necessità investigative ovvero per elaborare una sintesi, anche parziale, delle risultanze già acquisite.

Ed infatti, mentre la previgente formulazione del comma 4 dell’art. 268 c.p.p. prevedeva che il P.M. potesse, a tale fine, con proprio decreto, disporre il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni, fissando prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso, attualmente l’art. 89 *bis* disp. att. c.p.p. prevede che la P.G. possa accedere, previa autorizzazione e tracciamento dell’accesso, all’archivio di cui all’art. 269, co. 1 c.p.p., con la

conseguenza che il materiale già giacente presso l'ufficio del P.M. in vista del successivo versamento all'archivio rimarrebbe inaccessibile a quella stessa P.G. che lo ha raccolto.

Al fine di assicurare il migliore e più utile sviluppo delle attività investigative, apparirebbe, dunque, opportuno, in sede di conversione, prevedere modalità di trasmissione dei verbali e delle registrazioni all'archivio che consentano alla P.G., anche prima del versamento all'archivio, la consultazione di detto materiale, pur previa autorizzazione e sotto il controllo del P.M.

VI. Acquisizione e stralcio delle intercettazioni

Art. 2, co. 1, lett. e): modifiche all'art. 268, co. 6 e 7 c.p.p.

Art. 2, co. 1, lett. m), o): artt. 415 *bis* c.p.p., inserimento del comma 2 *bis*, e 454 c.p.p., inserimento del comma 2 *bis*

Art. 2, co. 1, lett. q): abrogazione degli artt. 268 *bis*, 268 *ter*, 268 *quater* e 493 *bis* c.p.p.

Con riferimento al diverso aspetto concernente l'acquisizione e la trascrizione delle conversazioni intercettate, il D.Lgs. n. 216/2017, innovando rispetto al sistema precedente, con l'introduzione degli artt. 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater* c.p.p., aveva previsto che, di regola, l'inserimento nel fascicolo del P.M. di cui all'art. 373, co. 5, c.p.p. delle comunicazioni o delle conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini della prova dei reati, avvenisse solo dopo la decisione da parte del giudice in ordine alla richiesta di acquisizione formulata dal P.M. al più tardi dopo la chiusura delle indagini.

A seguito di detta richiesta, alle parti era riconosciuta la facoltà di integrare l'elenco delle conversazioni da acquisire formato dal P.M., ovvero di chiedere l'espunzione delle intercettazioni inutilizzabili o di cui era vietata la trascrizione anche sommaria ai sensi dell'art. 268, co. 2 *bis* c.p.p.

Il giudice provvedeva sulla richiesta con ordinanza adottata in camera di consiglio non partecipata, salvo che ritenesse necessario fissare udienza, acquisendo le intercettazioni indicate dalle parti, escludendo quelle manifestamente irrilevanti o delle quali era vietata l'utilizzazione.

L'ordinanza di acquisizione emessa dal giudice ai sensi dell'art. 268 *quater*, co. 3 c.p.p. determinava la cessazione del segreto sugli atti e sui verbali delle conversazioni e delle comunicazioni oggetto di acquisizione, nonché l'inserimento di esse nel fascicolo del P.M.

Delle conversazioni acquisite, i difensori potevano fare eseguire la trasposizione su supporto informatico o altro strumento idoneo alla riproduzione dei dati e ottenere copia dei verbali e delle operazioni concernenti le comunicazioni e le conversazioni acquisite.

La trascrizione delle conversazioni acquisite avveniva, invece, nel corso dell'udienza dibattimentale, laddove le parti ne avessero fatto, richiesta osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento della perizia (art 493 *bis* c.p.p.).

Una deroga a questo ordinario *iter* era prevista per il caso in cui fosse stata richiesta dal P.M. una misura cautelare nel corso delle indagini preliminari.

In tal caso, infatti, l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate per la richiesta era disposta dal pubblico ministero con l'inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'art. 373, co. 5 c.p.p.

In coerenza con questa previsione, per supplire all'omesso controllo da parte del giudice sulla rilevanza del materiale intercettivo acquisito al proprio fascicolo dal P.M., costituiva onere di quest'ultimo la preventiva selezione delle intercettazioni rilevanti da trasmettere al giudice per provvedere sulla richiesta di misura cautelare.

Per bilanciare l'estromissione della difesa da ogni forma di preventivo controllo e conoscenza del materiale intercettivo trasmesso al giudice, era stato poi previsto che, dopo il deposito dell'ordinanza, alle parti fosse consentito richiedere copia delle registrazioni e di ottenere la trasposizione su idoneo supporto informatico delle registrazioni, con ciò codificando quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 336/08, con la quale era stata dichiarata

l'illegittimità dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non riconosceva alle parti il diritto di ottenere copia del materiale intercettato depositato dal P.M. per richiedere la misura.

Gli artt. 268 *bis*, 268 *ter*, 268 *quater* e 493 *bis* c.p.p. sono stati abrogati dal Decreto legge in commento.

Dai riformulati commi 4, 5 e 6 dell'art. 268 c.p.p. emerge che: dell'avvenuto deposito dei verbali e delle registrazioni presso l'archivio, deve essere dato immediato avviso ai difensori dell'imputato che, entro il termine fissato dal P.M. o prorogato dal giudice, per via telematica, hanno la possibilità di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni o prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche; scaduto detto termine, spetta al giudice disporre 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.

Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima. Come in precedenza segnalato, nel nuovo impianto, gli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni non acquisite non risultano più coperti da segreto, com'era espressamente previsto all'art. 268 *quater*, co. 3, ora abrogato, nonché all'art. 269, co. 1 e 1 *bis*.

Del materiale acquisito e, quindi, ritenuto rilevante, i difensori delle parti possono ottenere copia, come previsto dal comma 8 dell'art. 268 c.p.p. e dall'art. 89 *bis*, ult. co. c.p.p.

Quanto ai criteri cui il giudice deve attenersi per l'acquisizione delle conversazioni, mentre l'abrogato art. 268 *quater*, co. 1, prevedeva che fossero acquisite le conversazioni indicate dalle parti, con esclusione di quelle manifestamente irrilevanti e di quelle la cui utilizzazione era vietata dalla legge, l'attuale comma 6 dell'art. 268 c.p.p. dispone, invece, che il giudice dispone l'acquisizione delle conversazioni "*che non appaiano irrilevanti*", con ciò richiedendo al giudice di esprimere un più penetrante giudizio di rilevanza delle conversazioni in relazione ai fatti da provare. Criticità si prospettano, invece, in relazione al diverso criterio previsto per l'acquisizione delle intercettazioni contenenti categorie particolari di dati personali, dovendo in questo caso esserne "*dimostrata la rilevanza*". Detta locuzione evoca, infatti, un onore motivazionale che dia conto, in positivo, delle ragioni della rilevanza della conversazione, imponendo al giudice una valutazione difficilmente esigibile nella fase dello "stralcio", che costituisce solo una frazione dell'attività di acquisizione delle prove e alla quale, quindi, si attaglierebbe meglio una valutazione di "*non irrilevanza*" delle conversazioni, che, d'altra parte, costituisce il parametro generale cui il giudice deve attenersi per la cernita del materiale da acquisire.

In aggiunta alla procedura di acquisizione delle intercettazioni prevista dall'art. 268 c.p.p., il D.L. n. 161/19 ha introdotto due nuove ipotesi in cui lo scarto del materiale rilevante segue regole diverse. Esse sono disciplinate dagli artt. 415 *bis*, co. 2 *bis*, e 454, co. 2 *bis* c.p.p.

L'art. 415 *bis*, co. 2 *bis*, c.p.p. prevede che, quando non si sia proceduto alla acquisizione delle intercettazioni con le modalità di cui all'art. 268, co. 4, 5 e 6 c.p.p., l'avviso *ex art. 415 bis* c.p.p. deve contenere l'avvertimento all'indagato ed al suo difensore che hanno facoltà di "*esaminare per via telematica*" gli atti relativi alle intercettazioni, di "*ascoltare*" le registrazioni ovvero di "*prendere cognizione*" dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, nonché 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 chiederne copia.

Sull'istanza decide il Pubblico Ministero con decreto "*motivato*", essendo previsto un contraddittorio successivo ed eventuale per l'ipotesi in cui il P.M. rigetti la richiesta ovvero quando sorga contestazione sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti; in tal caso il difensore può avanzare istanza al giudice affinché si proceda ai sensi dell'art. 268, co. 6, c.p.p.

Un *iter* in parte analogo è stato previsto per il caso in cui il P.M. decide di procedere al giudizio nelle forme del rito immediato, non preceduto dalla notifica dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.*

Anche in questa ipotesi, ai sensi dell'art. 454, co. 2 *bis c.p.p.*, quando non si sia proceduto alla acquisizione delle intercettazioni con le modalità di cui all'art. 268, co. 4, 5 e 6 *c.p.p.*, con la richiesta di giudizio immediato il P.M. deposita l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova. Nei quindici giorni successivi alla notifica del decreto di giudizio immediato e della richiesta del P.M., il difensore può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il P.M. con decreto motivato. Nel caso in cui il P.M. rigetti la richiesta ovvero quando sorga contestazione sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può avanzare istanza al giudice affinché si proceda ai sensi dell'art. 268, co. 6, *c.p.p.*

La *ratio* sottesa a queste previsioni è quella di assicurare all'indagato e al difensore, al termine delle indagini, un'ampia *discovery* su tutto il materiale intercettato, onde consentire loro di valutare, da un canto, se esso contenga conversazioni d'interesse difensivo non indicate dal P.M. come rilevanti e, dall'altro, di ottenere copia delle conversazioni indicate dal P.M. e di quelle ulteriori ritenute rilevanti.

Entrambe le previsioni presentano però profili di problematicità.

Il termine di venti giorni previsto dall'art. 415 *bis*, co. 2 *bis c.p.p.* può, infatti, risultare esiguo ai fini della formulazione di richieste integrative da parte della difesa quando il numero delle intercettazioni sia particolarmente rilevante; soprattutto, esso coincide con quello di cui al comma 3 dell'art. 415 *bis c.p.p.*, entro il quale l'indagato può presentare memorie, chiedere al P.M. il compimento di atti di indagine, chiedere di essere sottoposto ad interrogatorio e, dunque, svolgere attività difensive che presuppongono la completa conoscenza del materiale intercettivo. Può poi addirittura verificarsi, nel caso in cui sia provocato l'intervento del giudice ai sensi dell'art. 268 co. 6, *c.p.p.*, che il termine di cui al comma 3, previsto per l'esercizio delle suindicate facoltà difensive, possa venire a scadenza prima che sia esaurita la procedura di cui al comma 2 *bis* dell'art. 415 *bis c.p.p.*

In considerazione di quanto evidenziato sarebbe necessario un migliore coordinamento tra il termine previsto dal comma 2 *bis* e quello previsto dal comma 3 dell'art. 415 *bis c.p.p.* Inoltre, sarebbe preferibile una maggiore flessibilità della suindicata scansione temporale, anche attraverso l'attribuzione al P.M. della possibilità di concedere, previa richiesta motivata della difesa, una proroga dei termini per l'esercizio delle facoltà a questa riconosciute. Nondimeno non può non osservarsi come l'*iter* previsto dall'art. 415 *bis*, co. 2 *bis c.p.p.*, anche nell'attuale formulazione, rischi di determinare una dilatazione dei tempi successivi all'emissione dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* che, nei procedimenti con indagati sottoposti a misure cautelari, può incidere sul decorso dei termini di fase di queste ultime, determinandone la scadenza.

Con riguardo al termine concesso alle difese dall'art. 454, co. 2 *bis c.p.p.* valgono considerazioni analoghe a quelle svolte con riferimento all'art. 415 *bis*, co. 2 *bis c.p.p.*, ed anzi, in questo caso, quello individuato risulta ancor più inadeguato, ove si consideri che coincide con il termine previsto, a pena di decadenza, dall'art. 458, co. 1 *c.p.p.* per avanzare richiesta di riti alternativi.

In aggiunta deve rilevarsi che, all'art. 454, co. 2 *bis c.p.p.*, non è stato espressamente previsto il diritto del difensore e dell'imputato di esaminare e ascoltare la intercettazioni conservate nell'archivio. Eppure è indubbio che tale accesso sia dovuto sia perché propedeutico alla facoltà, per la difesa, di depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiedere copia, sia perché sarebbe irragionevole che un tale diritto non trovasse piena esplicazione una volta che il P.M. si sia determinato all'esercizio dell'azione penale.

Alla luce di quanto premesso, sarebbe, dunque, opportuno che venisse espressamente previsto anche all'art. 454 *c.p.p.* che all'indagato e al difensore sono riconosciute le facoltà previste

all'art. 415 *bis* c.p.p. e, inoltre, che sia normativamente individuato il momento in cui il P.M. deve notificare l'avviso di deposito delle intercettazioni all'imputato e al suo difensore.

Art. 2, co. 1, lett. n), p): modifiche agli artt. 422 e 472 c.p.p.

Le modifiche agli artt. 422 e 472 c.p.p. (a norma dell'art. 2, co. 1, lett. n) e p) del D.L. n. 161/2019) conseguono all'intervenuta abrogazione degli articoli 268 *bis*, 268 *ter*, 268 *quater* c.p.p., rispetto ai quali non appaiono profilarsi problematiche di rilievo.

In particolare, all'art. 422 c.p.p. è stata abrogata la disposizione che prevedeva la possibilità di acquisire le intercettazioni rilevanti ai fini del proscioglimento con le modalità di cui agli artt. 268 *ter* e *quater* c.p.p. All'art. 472 c.p.p., dedicato alla disciplina delle ipotesi in cui il dibattimento si svolge a porte chiuse, si è eliminato il riferimento alla possibilità di procedere a porte chiuse alle operazioni di cui all'art. 268 *ter* c.p.p. quando le parti avessero rinnovato le richieste non accolte o richiesto acquisizioni, anche ulteriori, e quando le ragioni della rilevanza ai fini della prova fossero emerse nel corso dell'istruttoria dibattimentale.

VII. Diritto delle parti all'accesso e alle copie.

Art. 2, co. 1, lett. a), h), i): modifiche agli artt. 114, 291, co. 1, e 293, co. 3, c.p.p.

Art. 2, co. 2, lett. c): modifiche all'art. 92, co. 1 *bis*, disp. att. c.p.p.

Dal quadro normativo sopra ricostruito si trae che il legislatore, per bilanciare le esigenze investigative che rendono imprescindibile il ricorso all'uso delle intercettazioni con la tutela della riservatezza delle comunicazioni, è intervenuto su una diversità di piani.

In particolare, ha stabilito: una più rigorosa disciplina per le invasive intercettazioni con captatore, con le eccezioni sopra evidenziate; ha imposto l'immediata consegna al P.M. da parte della PG del materiale intercettato; ha disposto che tutto il materiale intercettivo sia versato dal P.M. al termine delle operazioni nell'archivio centralizzato, tenuto sotto la vigilanza del dirigente dell'ufficio e con accessi tracciabili; ha, infine, limitato il diritto delle parti ad ottenere copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione delle registrazioni su idoneo supporto del materiale intercettato, circoscrivendolo a quello di cui sia stata disposta l'acquisizione ai sensi degli artt. 268 e 415 *bis* c.p.p.

In quest'ultimo senso dispone il comma 8 dell'art. 268 c.p.p. e il comma 4 dell'art. 89 *bis* disp. att. c.p.p., ove è stabilito che i difensori delle parti possono ottenere copia delle registrazioni degli atti quando acquisite a norma degli artt. 268 e 415 *bis* c.p.p.

Se si considera che le procedure di cui all'art. 268 e 415 *bis* c.p.p. sono funzionali alla selezione delle intercettazioni rilevanti ed utilizzabili, la *ratio* sottesa alla scelta legislativa è quella di impedire che, attraverso il rilascio di copie alle parti, possa circolare ed essere divulgato materiale intercettivo privo di interesse processuale o la cui utilizzazione non è consentita.

In coerenza con questa impostazione è stato modificato l'art. 114 c.p.p., con l'inserimento del comma 2 *bis*, nel quale è stato previsto che “è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi dell'art. 268 e 415 *bis* c.p.p.”.

La finalità perseguita è quella di arginare la divulgazione del materiale intercettivo in una fase antecedente al deposito e al conseguente stralcio delle intercettazioni, evitando in tal modo che possano essere pubblicate intercettazioni irrilevanti, di cui è vietata l'utilizzazione o che contengano categorie particolari di dati personali, quando di esse non sia dimostrata la rilevanza.

L'art. 2, co. 1, lett. h) ha, invece, modificato l'art. 291, co. 1 c.p.p., eliminando l'inciso “compresi i verbali di cui all'art. 268, co. 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti,” introdotto dalla c.d. riforma Orlando.

Dalla lettura dei lavori preparatori (v. relazione illustrativa al Senato) emerge che, con la soppressione all'art. 291, co. 1 c.p.p., si è inteso esonerare il P.M. dall'obbligo di una preventiva selezione sulla base del criterio della rilevanza del materiale da trasmettere al Gip, così ripristinando l'originaria formulazione del comma 1: “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 dell'art. 268 *ter* c.p.p. che, come già evidenziato, per il caso di richiesta cautelare, attribuiva al P.M. il potere di acquisire al proprio fascicolo le intercettazioni, in deroga alla ordinaria procedura acquisitiva di competenza del giudice.

Con riguardo alle modifiche apportate all'art. 293, co. 3 c.p.p., in tema di adempimenti esecutivi dell'ordinanza cautelare, il D.Lgs. n. 216/17 aveva riconosciuto a livello normativo quanto già ritenuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 192/97 e con la più recente sentenza n. 336/08. In particolare, era stato previsto che: *"Il difensore ha diritto di esame e copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate. Ha in ogni caso diritto alla trasposizione su supporto idoneo alla riproduzione dei dati delle relative registrazioni"*.

Con l'art. 2, co. 1, lett. i) queste disposizioni sono state soppresse, con l'intento di ripristinare *"il previgente regime relativo al deposito, dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare e degli atti sulla base dei quali la stessa è stata adottata"*, eliminando *"lo specifico regime dettato dalla riforma del 2017 per i risultati delle intercettazioni"* (v. relazione illustrativa al Senato).

In sostanza, sembra di comprendere che il legislatore, verosimilmente nella logica di ritenere consentito il rilascio di copie solo se avente ad oggetto materiale acquisito ai sensi degli artt. 268, co. 4, e 415 *bis* c.p.p., abbia ritenuto distonica con il nuovo impianto normativo la regola posta all'art. 293, co. 3, quarto e quinto periodo.

Il sistema delineato nel D.L. è, tuttavia, in palese contrasto con le già citate decisioni della Corte Costituzionale: con la sentenza n. 192/97 è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 293 c.p.p., nella parte in cui non riconosceva ai difensori il diritto alle copie degli atti depositati nella cancelleria del giudice dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare; con la sentenza n. 336/08 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

Sarebbe, pertanto, necessario che il legislatore, in sede di conversione del decreto, provvedesse ad armonizzare le modifiche apportate in tema di adempimenti esecutivi dell'ordinanza cautelare in modo che risulti garantito l'ampio diritto riconosciuto alla difesa dalle citate pronunce della Corte Costituzionale ad ottenere copia di tutti gli atti, comprese le registrazioni delle intercettazioni.

Un'ultima modifica in tema di misure cautelari è quella effettuata dall'art. 2, co. 2, lett. c) all'art. 92 delle disp. att. c.p.p., con l'eliminazione, al comma 1 *bis*, dopo le parole *"conservazione nell'archivio"*, della parola *"riservato"*. La soppressione di detta espressione risponde alla necessità di coordinare la disposizione con l'art. 89 *bis* delle disp. att. c.p.p. che, come già evidenziato, nel definire l'archivio, ha soppresso l'espressione *"riservato"*. Rimane, invece, 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.

VIII. La trascrizione delle intercettazioni

Art. 2, co. 1, lett. e), q): modifiche all'art. 268, co. 7, e abrogazione dell'art. 493 *bis*, c.p.p.

Con la modifica del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. e l'abrogazione dell'art. 493 *bis* c.p.p. è stato interamente rivisto il sistema di trascrizione delle intercettazioni.

Il mutamento di prospettiva rispetto alla scelta del legislatore del 2017 è radicale.

Quest'ultimo, infatti, recependo una prassi consolidata, con l'art. 493 *bis* c.p.p., aveva disposto che la trascrizione delle intercettazioni avvenisse all'udienza dibattimentale, nella fase di ammissione delle prove.

Con la riscrittura del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. è stato, invece, previsto che il giudice, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'articolo 431 c.p.p., dispone la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Le trascrizioni o le stampe sono inserite nel fascicolo per il dibattimento.

Molto opportuna è la scelta di non vincolare la perizia trascrittiva ad una specifica fase processuale e di prevedere, con carattere di assoluta novità, che la trascrizione può essere disposta anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento.

In tal modo è stata innanzitutto formalizzata una competenza del GUP che appariva, invece, dubbia alla luce della giurisprudenza di legittimità sul presupposto che, con la definizione dell'udienza preliminare, cessasse la competenza funzionale del GUP.

Inoltre, la previsione che la perizia trascrittiva possa essere disposta al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento comporta che questa sia effettuata nei casi in cui risulti effettivamente necessaria, non essendo più consentito l'accesso ai riti alternativi, e quando, per effetto del rinvio a giudizio, è meglio definito il perimetro dell'imputazione, con conseguente possibilità per le parti di concordare la trascrizione di quelle intercettazioni che risultino effettivamente rilevanti rispetto alle condotte in contestazione.

Infine, l'anticipazione della perizia trascrittiva nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento consente di utilizzare fruttuosamente lo spazio temporale, spesso non breve, che intercorre tra la conclusione dell'udienza preliminare e l'inizio del dibattimento, riducendone l'aggravio probatorio e velocizzandone i tempi di definizione.

Con la scelta del legislatore di consentire varie opzioni circa la fase in cui disporre perizia sembra compatibile la soluzione di ritenere che sia rimesso al GUP, sentiti i difensori, la valutazione circa la sede più opportuna in cui procedere alle trascrizioni, tenendo conto dei tempi occorrenti per l'espletamento della perizia e della data di fissazione dell'udienza dibattimentale, onde scongiurare il rischio che il protrarsi delle operazioni peritali possa ritardare la trasmissione del fascicolo di cui all'art. 431 c.p.p. o, comunque, l'avvio delle attività dibattimentali.

Tuttavia, al fine di evitare incertezze interpretative, sarebbe opportuno, in sede di conversione del D.L., prevedere espressamente che è rimessa al GUP, sentiti i difensori, la decisione di disporre o meno la perizia trascrittiva, tenendo conto, a questo fine, dei tempi prevedibilmente occorrenti per l'espletamento della stessa e della data di fissazione dell'udienza dibattimentale.

IX. Disposizioni varie

Art. 2, co. 1, lett. g), n. 2: modifiche dell'art. 270, co. 2, c.p.p.

L'art. 2, co. 1, lett. g), n. 2, in coerenza con l'intervenuta abrogazione degli artt. 268 *bis*, 268 *ter* e 268 *quater*, in materia di stralcio ed acquisizione al fascicolo del P.M. del materiale intercettato, ha modificato all'art. 270, co. 2 c.p.p., prevedendo che, ai fini della utilizzazione delle intercettazioni in un diverso procedimento, dopo il deposito dei verbali e delle registrazioni presso l'autorità competente in relazione a quest'ultimo, si applicano le disposizioni di cui all'art. 268, co. 6, 7 e 8, c.p.p.

Art. 2, co. 1, lett. l): modifiche dell'art. 295, co. 3, c.p.p.

In coerenza con l'intervenuta abrogazione degli artt. 268 *bis*, 268 *ter*, 268 *quater*, l'art. 295, co. 3 è stato modificato, ripristinando l'originaria formulazione, disponendo quindi che alle intercettazioni per la ricerca del latitante si applicano, ove possibile, gli artt. 268, 269 e 270 c.p.p.

Art. 2, co. 2, lett. a): modifiche dell'art. 89 disp. att. c.p.p.

Il D.L. n. 161/19 modifica anche l'art. 89 disp. att. c.p.p. in tema di verbale e registrazione delle intercettazioni, così come novellato dalla riforma Orlando. Viene ribadito che ove si utilizzino per le intercettazioni il captatore occorre indicare il tipo di programma impiegato e i luoghi ove si svolgono le comunicazioni o conversazioni con la precisazione che tale indicazione debba essere effettuata “*ove possibile*”. Resta, invece, la necessità di utilizzare programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale.

In seguito all'istituzione dell'archivio digitale, si prevede che le intercettazioni acquisite mediante captatore debbano essere ivi trasferite, previo controllo costante dell'integrità dei dati che assicuri la corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso.

Il comma 4, nel disporre che vada dato atto dell'impossibilità del “*contestuale*” trasferimento dei dati, presuppone una relazione di immediatezza tra la loro “registrazione” e il trasferimento degli stessi all'archivio digitale.

Come già previsto dalla riforma Orlando, concluse dette operazioni, occorre disattivare il *trojan* e renderlo inidoneo ad impieghi successivi.

Viene, infine, abrogato il comma 2 dell'art. 89 disp. att. c.p.p. che fa riferimento alle modalità di custodia dei nastri delle intercettazioni, coerentemente con la natura digitale dell'archivio istituito presso la Procura.

Nei commi 3, 4 e 5 dell'art. 2 del D.L. n. 161/19 sono state trasposte, senza innovazioni, le disposizioni di cui ai commi 3, 4, 5 dell'art. 7 del D.Lgs. n. 216/2017.

Il comma 6 dell'art. 2 del D.L. n. 161/19, invece, contiene norme di nuovo conio disponendo, in previsione dell'attuazione del processo penale telematico, che con decreto del Ministero della giustizia, da adottarsi previo accertamento della funzionalità dei servizi di comunicazione, sono stabilite modalità e termini a decorrere dai quali il deposito degli atti e dei provvedimenti relativi alle intercettazioni debba essere eseguito esclusivamente in forma telematica.

Tutto ciò premesso

delibera

di approvare il presente parere e di trasmetterlo al Ministro della Giustizia.».