

## **D. lgs. - Disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione dell'articolo 1, legge 23 giugno 2017, n. 103 - Relazione**

Schema di decreto legislativo recante “disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n.103.

1. La legge 23 giugno 2017, n.103, al comma 82 dell'articolo 1, reca la delega al Governo per la riforma della disciplina in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

Già da tempo sono allo studio diverse proposte di revisione della disciplina delle intercettazioni, fondamentale strumento di indagine, che deve tuttavia poter salvaguardare al contempo - realizzando un giusto equilibrio fra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale - sia la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.) che il diritto all'informazione (art. 21 Cost.).

La delega, da esercitarsi nel termine di tre mesi dalla data di entrata in vigore della sopra citata legge (3 agosto 2017), è diretta a garantire anche la riservatezza delle comunicazioni, prevedendo, sotto tale profilo, l'adozione di disposizioni preordinate ad incidere sull'utilizzazione, a fini cautelari, dei risultati delle captazioni, nonché a disciplinare il procedimento di selezione delle comunicazioni intercettate, secondo una precisa scansione temporale.

Dette disposizioni perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova.

In questo senso vanno letti i singoli criteri direttivi indicati alla lettera a) del comma 84 dell'articolo 1 della legge n. 103 del 2017, a cui il presente schema di decreto - composto di 8 articoli - intende dare attuazione.

2. In particolare, la previsione di cui all'articolo 1 introduce nel codice penale il delitto di diffusione di riprese e registrazioni di comunicazioni fraudolente.

L'opzione punitiva trova la sua fonte nella espressa previsione della lettera b) del comma 84 dell'articolo 1 della delega, soddisfacendosi in tal modo l'esigenza di sanzionare le violazioni dei doveri di riservatezza che possono presidiare lo svolgimento di incontri e conversazioni private.

La norma punisce colui che diffonde il contenuto di incontri o conversazioni riservate, registrate con mezzi insidiosi, (microfoni o telecamere nascoste), e quindi fraudolentemente, allo scopo di recare nocumento all'altrui reputazione.

Sul piano empirico, la società della comunicazione di massa registra il frequente ricorso a simili stratagemmi, posti scientemente in essere con lo scopo della successiva divulgazione. Si tratta di condotte agevolate dalla diffusione, anche tra privati, di mezzi tecnologici del tutto idonei all'ampia e immediata divulgazione di contenuti comunicativi carpiri senza l'altrui consenso (si pensi alle potenzialità dei moderni dispositivi portatili e all'uso dei social media).

Ne consegue un grave pregiudizio all'onore e alla dignità della vittima, discendente dalla divulgazione di immagini e/o parole carpite quando la stessa presumeva di partecipare a una comunicazione del tutto privata, in un contesto, cioè, riservato e confidenziale, che tale doveva restare, contro ogni indebita invasione della propria sfera personale.

La natura indebita dell'intrusione è data infatti dalla diffusione, che costituisce elemento materiale della condotta, e dal fine illecito perseguito. La partecipazione al colloquio invero non autorizza in sé l'autore della condotta a disporre di quanto appreso nella sfera riservata della vittima, diffondendone il contenuto a scopo illecito.

Il reato è costruito intorno alla condotta di diffusione di immagini, suoni o conversazioni, registrate o riprese, e al dolo specifico di recare danno alla reputazione altrui (la delega stessa individua infatti tale elemento tipico con l'espressione al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui).

Analogamente a quanto previsto infatti dall'art.615-bis c.p., viene in rilievo l'uso di qualsiasi strumento di ripresa visiva o sonora. Anche, cioè, la diffusione di meri comportamenti così come di espressioni verbali, riprese o registrate fraudolentemente, riconducibili alla persona, possono dare luogo alla punibilità, anche quando le immagini non siano state procurate nei luoghi di privata dimora menzionati dal citato art.615-bis c.p.

La punibilità risulta essere comunque esclusa nel caso in cui della registrazione effettuata senza consenso si possa fare uso legittimo in ambito processuale, quale esercizio del diritto di difesa ovvero nell'ambito del diritto di cronaca, che la legge delega fa espressamente salvi.

Ciò significa che determinate comunicazioni possono avere diffusione se sussistono i presupposti del legittimo esercizio del diritto di cronaca, inteso come diritto alla pubblica conoscenza per effetto della rilevanza del fatto e dei soggetti coinvolti, sempre nei limiti del principio della contenenza.

Il reato è procedibile a querela dell'offeso in maniera coerente con l'impianto della stessa legge di delega che impone di dare attuazione al principio generale della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni.

**3.** L'articolo 2 dello schema di decreto interviene sul codice di procedura penale, al fine di dare attuazione ai criteri singolarmente stabiliti alla lettera a) del comma 84 dell'articolo 1, in materia di riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione.

La tutela della riservatezza è, in primo luogo, riferita alle comunicazioni del difensore con il proprio assistito.

L'articolo 103 del codice di procedura penale già pone al comma 5 il divieto di attività diretta di intercettazione nei confronti del difensore, con conseguente inutilizzabilità delle relative acquisizioni, come da previsione di cui al comma 7 del medesimo art.103.

Il difensore, tuttavia, può essere coinvolto nell'attività di ascolto, legittimamente eseguita, in via anche solo occasionale.

A questo riguardo l'articolo 2 dello schema stabilisce che l'eventuale coinvolgimento del difensore non possa condurre alla verbalizzazione delle relative comunicazioni o conversazioni.

Di esse è conservata esclusivamente traccia mediante indicazione della data, dell'ora e del dispositivo in cui è intervenuta, anche e soprattutto in vista della futura distruzione, secondo quanto disposto dal codice di procedura penale per le intercettazioni inutilizzabili.

Si tratta allora di fare specifica applicazione del principio di delega secondo cui le intercettazioni inutilizzabili, ovvero quelle contenenti dati sensibili o comunque

irrilevanti, non trovano ingresso nei cd. “brogliacci” d’ascolto, cioè nei verbali delle operazioni, redatti anche in forma sommaria ai sensi dell’articolo 268 del codice di procedura penale.

4. A questo riguardo lo schema di decreto interviene sul testo del citato articolo 268 c.p.p., introducendo il comma 2-bis che vieta la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti per le indagini nonché di quelle concernenti dati personali definiti sensibili dalla legge, imponendo che nel verbale siano indicate solo la data, l’ora e il dispositivo su cui la registrazione risulta essere intervenuta.

Il pubblico ministero è informato dalla polizia giudiziaria, al fine di verificare la prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni: in particolare, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l’obbligo di informare il pubblico ministero, con apposita annotazione ai sensi dell’art.357 c.p.p., nei casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni.

Si consideri, a tal proposito, che l’ufficiale di polizia giudiziaria è un mero delegato all’ascolto e che pertanto il pubblico ministero, che è l’organo delegante e su cui direttamente incombe il dovere di non trascrivere nei cd. brogliacci le conversazioni irrilevanti o inutilizzabili, ben può dettare le opportune istruzioni e direttive al delegato, per concretizzare l’obbligo di informazione preliminare sui contenuti delle conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza.

È a tal fine inserito il comma 2-ter nel medesimo articolo 268 c.p.p., secondo cui il pubblico ministero, con decreto motivato, può disporre la trascrizione delle comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-bis, ove ne riconosca la rilevanza in ordine ai fatti oggetto di prova, e anche di quelle relative a dati personali definiti sensibili dalla legge se le ritenga, oltre che rilevanti, necessarie sempre a fini di prova.

Si stabilisce, pertanto, la possibilità di recuperare - con provvedimento motivato (in questo senso testualmente il comma 84 lettera a) n.5 dell’art.1 legge 103/2017) - il materiale raccolto, comunque custodito in archivio riservato, solo se effettivamente funzionale alla prova dei fatti.

Il vincolo è più rigoroso in relazione alle conversazioni contenenti dati sensibili, come definiti dalle vigenti disposizioni di legge, nel senso che la loro emersione deve essere altresì “necessaria” ai medesimi fini di prova; ciò vuol dire che, di regola, i dati sensibili emergenti dalle comunicazioni intercettate sono destinati a rimanere del tutto riservati, quando non sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l’attività probatoria. In questo senso si intende dare attuazione alla delega nella parte in cui discorre di conversazioni contenenti dati sensibili ai sensi dell’articolo 4, comma 1, lettera d), del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all’accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti. La delega cioè sembra prescrivere un più penetrante obbligo ai fini dell’utilizzazione di conversazioni coinvolgenti dati sensibili, la cui trascrizione è imposta solo se, oltre che rilevanti, siano necessarie all’accertamento dei fatti.

5. L’articolo 2 interviene, infine, in senso abrogativo sui commi finali dell’articolo 268 c.p.p. che disciplinano la cd. udienza di stralcio”

Alla materia è dedicato il successivo articolo 3 - sotto la rubrica “Modifiche al codice di procedura penale in materia di trascrizione, deposito e conservazione dei verbali di intercettazione” - che disciplina ex novo il deposito degli atti riguardanti le intercettazioni e la selezione del materiale raccolto.

Si è optato per una procedura bifasica, che prevede il deposito delle conversazioni e delle comunicazioni, oltre che dei relativi atti, e la successiva acquisizione, a cui il giudice provvede sulla base di un contraddittorio tra le parti di tipo cartolare (richieste scritte e memorie); ove necessario, il giudice può fissare udienza, con la partecipazione

del pubblico ministero e dei soli difensori, per provvedere, all'esito, all'acquisizione e al contestuale stralcio, con destinazione finale all'archivio riservato, delle comunicazioni irrilevanti e inutilizzabili.

La legge delega precisa, in proposito, che il pubblico ministero è preposto a garantire la riservatezza della documentazione; a lui spetta la custodia, in un apposito archivio riservato, del materiale irrilevante e inutilizzabile, con facoltà di ascolto e esame, ma non di copia, da parte dei difensori e del giudice, fino al momento di conclusione della procedura di cui all'articolo 268, commi 6 e 7, del codice di procedura penale: momento con il quale viene meno il divieto di cui al comma 1 dell'articolo 114 del medesimo codice relativamente agli atti acquisiti.

Viene, pertanto, ridefinita la procedura volta a selezionare il materiale raccolto dal pubblico ministero, mediante l'introduzione degli articoli 268-bis, 268-ter e 268-quater c.p.p.

Il deposito è contemplato con riguardo all'intero compendio di documenti e atti (annotazioni, verbali, registrazioni, decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione), proprio al fine di garantire l'esercizio delle facoltà riconosciute ai difensori delle parti e consentire il controllo sulle scelte di esclusione operate dal pubblico ministero.

Tra il materiale oggetto di deposito sono comprese le annotazioni a cui la polizia giudiziaria è tenuta per informare il pubblico ministero sui contenuti di conversazioni che potrebbero, data la loro irrilevanza, essere non trascritte in verbale. L'esame di tali annotazioni costituisce un utile strumento orientativo per la difesa, che possono più agevolmente esaminare, data la nuova struttura dei verbali, il materiale registrato.

Contestualmente al deposito, il pubblico ministero è tenuto a elencare le comunicazioni e conversazioni ritenute utili nella prospettiva di accusa, selezionando cioè fin da subito il materiale ritenuto utile a fini di prova, e quindi oggetto della verosimile trascrizione in forma di perizia. Ciò significa che i difensori sono così posti nelle condizioni per apprendere immediatamente quale potrà essere il contenuto delle richieste di acquisizione del pubblico ministero.

Il pubblico ministero deve dare immediato avviso ai difensori delle parti delle facoltà di esaminare gli atti, prendere visione dell'elenco predisposto, di ascoltare le registrazioni. Il deposito può essere ritardato, per decisione del giudice e su richiesta del pubblico ministero, se sussistono esigenze di tutela delle indagini (essenzialmente anche connesse alla pendenza di richiesta di misura cautelare).

**6.** A fronte della richiesta del pubblico ministero, che ha già individuato le conversazioni o comunicazioni utili all'accusa, i difensori sono onerati di individuarne altre o di chiedere l'eliminazione di quelle indicate: in tal modo, si definisce per tempo, quasi compiutamente, l'oggetto delle valutazioni del giudice per le indagini preliminari.

Il giudice, dispone, quindi, l'acquisizione, su richiesta delle parti, delle conversazioni e comunicazioni rilevanti e procede, anche d'ufficio, allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. La documentazione non acquisita (e segnatamente, gli atti e i verbali relativi a comunicazioni e conversazioni) è immediatamente restituita al pubblico ministero per la sua conservazione nell'archivio riservato. Quando ritenuto necessario alla acquisizione, il giudice provvede all'esito dell'udienza, a cui partecipano solo il pubblico ministero e i difensori.

**7.** La procedura è solo eventuale; per il caso in cui il materiale intercettativo rilevante sia stato già utilizzato per l'emissione di un provvedimento cautelare, è lo stesso pubblico ministero a provvedere all'acquisizione al fascicolo delle attività di indagine. L'utilizzazione in fase cautelare, infatti, dà modo di sfruttare il controllo selettivo che esercita il giudice della cautela, il quale, ove tra gli atti allegati alla richiesta, vi siano

verbali di comunicazioni o conversazioni irrilevanti, ordina la restituzione al pubblico ministero per la custodia in archivio.

In relazione a tale materiale, nulla preclude al pubblico ministero, immediatamente dopo il deposito, di operare una valutazione di rilevanza, e quindi di segno diverso da quella fatta dal giudice della cautela, e quindi richiederne l'acquisizione al giudice che ha autorizzato, prorogato, convalidato le intercettazioni.

Si consideri, poi, che proprio attraverso il contraddittorio cautelare, i difensori possono intervenire per concorrere, anche dopo l'emissione del provvedimento, ad una migliore selezione, in vista dei controlli impugnatori, del materiale utilizzabile.

I difensori attraverso la previsione del comma 3 dell'art.268-ter, introdotto dallo schema, possono a seguito dell'ascolto chiedere l'acquisizione di ulteriori conversazioni, in ipotesi escluse dal pubblico ministero, ovvero lo stralcio di quelle acquisite.

Con la previsione di un meccanismo differenziato di acquisizione in caso di emissione di ordinanza cautelare si è così inteso dare attuazione a quanto stabilito nella legge delega al n.4 della lettera a) del comma 84.

**8.** Il meccanismo che si delinea, in piena conformità alle previsioni di delega circa la selezione, nel contraddittorio tra le parti, del materiale intercettativo rilevante - v. comma 84, lettera a) - supera il precedente modello incentrato sulla cd. udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile.

Una iniziativa del pubblico ministero, diretta a innescare la procedura acquisitiva ma in vista dell'eliminazione dal fascicolo di quanto già ivi contenuto, può ora ipotizzarsi per il raro caso in cui, acquisito un dato materiale perché utilizzato in fase cautelare, si avveda successivamente della sua irrilevanza. In tal caso, nulla vieta che il pubblico ministero possa chiedere, con le scansioni procedurali dettate per l'acquisizione, che sia estromesso e restituito all'archivio riservato, il materiale di cui apprezzati, per elementi sopravvenuti, l'irrilevanza. In tal modo si dà attuazione alla prescrizione di delega contenuta alla lettera a), n. 4, dell'articolo unico della legge n. 103 del 2017.

La procedura prima illustrata, arricchita, per iniziativa, pur rara del pubblico ministero, di un incidente di stralcio, realizza il fine di escludere, sin dalla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e, in generale, il materiale intercettativo non rilevante a fini di giustizia. E ciò nella prospettiva finale di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova.

Il nuovo sistema ruota intorno alla novità rappresentata dall'archivio riservato, luogo della segretezza investigativa, in cui sono collocati e custoditi sin da subito i risultati delle operazioni di intercettazione. Per essere trasportati in ambito processuale devono essere valutati in chiave di rilevanza, ed ovviamente anche di piena utilizzabilità, e sono così inseriti nel fascicolo delle indagini, proprio per intervento del giudice. Da lì, e su richiesta di parte secondo il modello generale del diritto alla prova, possono transitare nel fascicolo per il dibattimento previa trascrizione nelle forme della perizia.

**9.** Sempre nella prospettiva di una tutela rafforzata del diritto alla riservatezza si leggono le modifiche all'art.291 c.p.p. - in attuazione del criterio di delega di cui al n.1 della lettera a) del comma 84 -, che impongono al pubblico ministero di allegare alla richiesta cautelare i soli atti rilevanti.

Il pubblico ministero ha così l'onere di allegare gli atti relativi alle conversazioni rilevanti (e che quindi non riguardino soggetti estranei all'indagine o si riferiscano a dati



sensibili non utili ai fini dell'accertamento del fatto) e utilizzabili, fatti salvi comunque i poteri del giudice di restituire, all'esito del subprocedimento cautelare, il materiale ritenuto irrilevante o addirittura inutilizzabile, contro il diverso avviso del richiedente.

**10.** Per una tutela più efficace del diritto alla riservatezza, si prevede che i difensori, in sede cautelare, abbiano diritto di presa visione e non di estrazione di copia dei verbali allegati, relativi alle comunicazioni e conversazioni intercettate, oltre che di ascoltare le registrazioni di riferimento.

Lungi dal costituire una compressione dei diritti di difesa, la scelta si spiega con la necessità di impedire la diffusione del materiale intercettato ed è coerente con quanto indicato dalla Corte costituzionale con sentenza n.192 del 1997: «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».

La deroga al diritto di fare copia è ammissibile nei limiti in cui essa sia ragionevole. Fermo il diritto del difensore di accedere e estrarre copia degli atti posti a fondamento della misura, il diritto di copia viene escluso solo in relazione ai verbali di trascrizione delle conversazioni intercettate, le cui registrazioni sono comunque accessibili e possono essere trasposte su idoneo supporto.

Per questa via si ribadisce quanto ripetutamente sostenuto circa il valore probatorio della intercettazione in sé, e non già della trascrizione sommaria nei cd. brogliacci; ed infatti: «la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica».

Si inserisce, quindi, all'interno delle disposizioni dedicate al deposito della misura cautelare una disciplina già imposta dalla Corte Costituzionale con sentenza n.336 del 2008, che ebbe già modo di rilevare come «l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, cod. proc. pen.), anche sommarie».

La Corte ebbe quindi a specificare che «l'interesse difensivo si appunta sull'accesso diretto, tutte le volte in cui la difesa ritiene di dover verificare la genuinità delle trascrizioni operate dalla polizia giudiziaria ed utilizzate dal pubblico ministero per formulare al giudice le sue richieste».

La deroga è pertanto del tutto coerente con la ricostruzione effettuata dalla Corte Costituzionale, posto che alla difesa è assicurata la copia delle registrazioni, che costituiscono il dato di prova, mediante la consegna di supporto idoneo alla loro riproduzione.

**11.** La previsione non è isolata, e si accompagna a ulteriori cautele a presidio della riservatezza: il giudice richiesto dell'emissione dell'ordinanza cautelare è tenuto alla restituzione al pubblico ministero delle conversazioni inutilizzabili o irrilevanti, che siano state allegate alla richiesta; pubblico ministero e giudice sono richiamati all'importanza di riportare nella richiesta e nell'ordinanza cautelare, ove necessario, soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

Quest'ultima disposizione costituisce un significativo criterio di orientamento nella redazione degli atti attraverso i quali è altamente probabile che possano essere diffuse notizie sui contenuti intercettativi pur quando non siano di diretta pertinenza, nell'ambito dell'essenzialità, ai fatti oggetto di prova, beninteso di tipo indiziario.

È ovvio che le misure appena illustrate obbligano a precise modalità di redazione anche degli altri atti che in qualche modo possono essere occasione per la divulgazione del materiale intercettativo.

Il riferimento è alle informative di polizia giudiziaria che, nel richiamare il materiale intercettativo (magari per prospettare al pubblico ministero situazioni valutabili ai fini della richiesta di proroga delle operazioni di intercettazione o della richiesta di misure cautelari), devono essere informate agli stessi principi, ove intendano fare uso dei verbali di intercettazioni già formati, e comunque devono essere emendate da indebiti riferimenti testuali, in vista del deposito cautelare o del deposito degli atti a chiusura delle indagini preliminari.

Le operazioni di acquisizione sono collocate nella fase delle indagini preliminari, immediatamente dopo l'avviso di deposito a chiusura delle operazioni, perché detta fase è strutturalmente più adeguata ad assicurare la necessaria riservatezza.

**12.** Non può però escludersi l'eventualità che l'apprezzamento di rilevanza possa essere fatto successivamente in fase processuale, sia in udienza preliminare che in dibattimento, che addirittura in sede di giudizio di appello.

Si prevede allora, con un comma aggiunto all'articolo 422, che, ove sorga in udienza preliminare la necessità di acquisizione di prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere, e questa sia costituita da comunicazioni o conversazione intercettate e non acquisite, alle operazioni di acquisizione provveda il giudice dell'udienza preliminare, osservando, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 268-ter e 268-quater.

La modifica all'articolo 472 c.p.p., recata dallo stesso articolo 3 dello schema di decreto, prevede un'udienza riservata "a porte chiuse", per il caso in cui sorga la necessità di valutare richieste integrative di prova o richieste di revisione della decisione di rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari, o ancora quando la rilevanza del materiale intercettativo non precedentemente acquisito si prospetti per la prima volta nel corso dell'istruzione dibattimentale.

In forza dell'articolo 598 c.p.p., tale ultima disposizione è applicabile anche nel giudizio di appello, dato che in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado.

**13.** Collegata all'intervento in tema di riservatezza delle comunicazioni in esame è la modifica all'articolo 329 c.p.p.

Si chiarisce, infatti, che coperti dal segreto sono, oltre che gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, anche le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste.

Il riferimento prevalente è, ovviamente, alla richiesta di autorizzazione alle operazioni di intercettazione e al decreto che provvede su di essa, il quale, per evidenti ragioni di omogeneità con gli atti di indagine, deve essere segreto, sino a quando non se ne possa avere conoscenza ad opera dei difensori delle parti.

**14.** La previsione dell'art.493-bis c.p.p. riconduce la trascrizione in forma di perizia delle conversazioni intercettate nel suo alveo naturale e dunque in ambito probatorio. Per quanto tale attività sia allo stato prevista all'esito dell'udienza di stralcio, di fatto essa non è praticata.

La trascrizione, trattandosi di materia estranea alle indagini e che presuppone un utilizzo nel processo è, più propriamente, affidata, nello schema di decreto in esame, alle attività di richiesta della prova in fase dibattimentale.

D'altra parte, è del tutto antieconomico provvedere alla trascrizione pur quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio, motivo questo che, già con la disciplina vigente, ha ulteriormente determinato l'ineffettività della previsione del comma 7 dell'art.268 c.p.p.

La scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria.

In questo senso si è inteso dare attuazione al n.3 della lettera a) del comma 84 (articolo 1 della legge di delega) che consente che alla trascrizione si provveda "successivamente" alla procedura di selezione del materiale utile, senza necessariamente imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza e comunque nella fase delle indagini preliminari. Fase questa che è estranea, sul piano sistematico, alle attività di formazione della prova.

La previsione della trascrizione in fase dibattimentale non preclude, ovviamente, che la parte interessata possa richiedere lo svolgimento di questa attività sostanzialmente peritale anche in altra sede, ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova. E non è d'ostacolo a che una simile richiesta possa essere avanzata già in fase di udienza preliminare, ai sensi dell'articolo 422 c.p.p., ove si ritenga la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Insomma, la trascrizione nelle forme della perizia è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, e come tale trova collocazione, successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova.

**15.** Attraverso l'introduzione dell'articolo 89-bis nelle disposizioni di attuazione (vedi l'articolo 5 dello schema di decreto) sono stabilite le modalità di accesso all'archivio riservato e la sorveglianza sul suo funzionamento da parte del procuratore della Repubblica.

Al principio direttivo contenuto nel comma 84, lett. e), dell'articolo 1 della legge di delega è stata data attuazione all'articolo 4 dello schema di decreto, dedicato alle modifiche al codice di procedura penale in materia di intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico.

**16.** L'utilizzo del cosiddetto "trojan" - o, appunto, captatore informatico -, pur ampiamente praticato nella realtà investigativa, non è stato in precedenza oggetto di alcuna regolamentazione a livello normativo.

La legge di delega stabilisce, in proposito, alla lettera e), di "disciplinare le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili", secondo i seguenti criteri:

1) l'attivazione del microfono avvenga solo a seguito di un apposito comando inviato da remoto e non del solo inserimento del captatore informatico;

2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale idoneo ai sensi dell'articolo 348 c.p.p.;

3) l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e che, fuori da tali casi, potrà essere disposta nei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. soltanto se negli stessi si stia svolgendo l'attività criminosa. In ogni caso, il decreto autorizzativo del giudice indica le ragioni per cui tale modalità di intercettazione particolarmente invasiva sia necessaria per lo svolgimento delle investigazioni;

4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il server della procura e, una volta finita la captazione, il trojan sia reso definitivamente inutilizzabile;



5) siano utilizzati soltanto i programmi informatici conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale;

6) nei casi di urgenza, il pubblico ministero possa autorizzare direttamente l'uso dello strumento soltanto se si procede per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. con decreto che risponda ai medesimi obblighi di motivazione stabiliti dal n. 3);

7) i risultati delle intercettazioni ottenute mediante captatore siano utilizzabili soltanto per i reati per i quali è intervenuta l'autorizzazione e nei procedimenti solo se indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio;

8) non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati delle intercettazioni, le quali abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede.

Come si ricava dal chiaro tenore della delega e dai sopramenzionati criteri per la sua attuazione, il delegante ha inteso regolamentare uno solo degli usi del captatore informatico, quale modalità specifica di esecuzione della intercettazioni tra presenti. Ed ha ad oggetto esclusivamente i dispositivi mobili portatili.

Lo strumento, infatti, consistendo in un malware «occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva» consente operazioni ulteriori e diverse quali: la captazione del traffico dati (sia in entrata che in uscita); l'attivazione della telecamera installata ab origine sul dispositivo; la "perquisizione" degli hard disk; la possibilità di estrarre copia integrale del loro contenuto; la intercettazione di tutto quanto digitato sulla tastiera; la possibilità di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati; oltre che consentire la geolocalizzazione del dispositivo.

Si tratta dunque di un complesso di operazioni (alcune delle quali già praticate ove consentite dalla legislazione vigente) che la tecnologia consente di effettuare, ma che il delegante non ha inteso regolare, limitando l'ambito dell'intervento normativo alla disciplina degli aspetti attinenti all'intercettazione audio, eseguita mediante inoculazione di dispositivo portatile (smartphone, tablet ecc.) e non anche di dispositivi fissi.

A dare attuazione ai singoli criteri di delega si è provveduto mediante le modifiche agli articoli 266, 267, 268, 270 e 271 c.p.p. contemplate dall'articolo 4, e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale contenute nell'articolo 5 dello schema di decreto.

**17.** Innanzitutto, si aggiunge un comma all'articolo 266 c.p.p., per chiarire che l'uso del captatore informatico in dispositivi elettronici portatili è consentito, ai fini dell'intercettazione tra presenti in ambito domiciliare, soltanto se si procede per taluno dei delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. Al di fuori di quest'ambito procedimentale, l'uso dell'insidioso mezzo soggiace, in ambito domiciliare, al limite costituito dal presupposto dello svolgimento in atto, in tale luogo, di attività criminosa.

**18.** Poi, con riguardo agli obblighi di motivazione del decreto di autorizzazione e all'ambito di applicazione dello strumento invasivo, si è inciso sull'articolo 267 c.p.p., che disciplina, appunto, presupposti e forme del provvedimento di autorizzazione, interpolando il comma 1. Al riguardo la legge di delega espressamente stabilisce che «l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice».

Al fine di dare attuazione alla previsione che impone che il controllo sul flusso di comunicazioni non avvenga con il solo inserimento del captatore, ma da remoto, secondo le indicazioni e nei limiti indicati nel decreto autorizzativo, il giudice dovrà non solo motivare in relazione alla particolare modalità di intercettazione prescelta ma indicare anche gli “ambienti” in cui la stessa debba avvenire, secondo un verosimile progetto investigativo che implica l’individuazione anche in forma indiretta dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato, e sempre che si proceda “per delitti diversi da quelli di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater”.

La circostanza infatti che tale modalità di intercettazione sia consentita per i delitti più gravi anche in ambiente di privata dimora non pone i medesimi problemi di specificazione degli ambienti controllati tutte le volte in cui l’intercettazione sia consentita in ambito, in senso lato, domestico, alla sola condizione che vi si stia svolgendo l’attività criminosa.

La formula - secondo la quale nel decreto autorizzativo i luoghi e il tempo, in cui il dispositivo può essere attivato da remoto, possono essere “anche indirettamente determinati” - si spiega, dunque, nell’impossibilità di prevedere specificamente tutti gli spostamenti dell’apparecchio controllato; da qui la necessità logica di delimitare gli ambiti ai verosimili spostamenti del soggetto, in base alle emergenze investigative. A titolo esemplificativo, valga il riferimento a formule del tipo: “ovunque incontri il soggetto x”; “ogni volta che si rechi nel locale y” ecc. ecc.

La previsione dell’attivazione del microfono da remoto sta dunque a significare che, nel rispetto delle indicazioni contenute nel decreto autorizzativo, la captazione delle comunicazioni o conversazioni non può iniziare già dal momento dell’inserimento del captatore informatico. Questa è operazione preliminare necessaria, ma non sufficiente per procedere all’ascolto, dovendosi tener conto dei limiti di spazio e di tempo disegnati dal decreto autorizzativo.

**19.** La legge di delega, come appena prima ricordato, impone infine che il delegato faccia in modo che “non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati delle intercettazioni, le quali abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede”, effettuate mediante captatore informatico in dispositivo portatile. La previsione di delega esprime la consapevolezza del delegante circa la particolare insidiosità del mezzo, ma non può essere tradotta con l’apprestamento di una disciplina differenziata e specifica dei modi di utilizzazione e divulgazione dei risultati intercettativi. Ciò perché la disciplina predisposta assicura in ogni caso i più alti livelli di protezione del diritto alla riservatezza e per la non secondaria ragione che, ove pure fosse possibile ipotizzare regole più stringenti, si esporrebbe la normativa a sicure critiche in punto di irragionevolezza per disparità di trattamento. L’inserimento del captatore informatico non è infatti che una modalità di esecuzione delle intercettazioni e i risultati delle operazioni devono soggiacere alle stesse regole, sotto lo specifico profilo della tutela della riservatezza sia dei terzi che delle persone coinvolte dall’accertamento penale.

**20.** Con il comma 2-bis si stabilisce che i poteri del pubblico ministero nei casi di urgenza, sono esercitabili solo se si procede per uno dei delitti elencati dall’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. (nn. 3) e 6) della lettera e) del comma 84 dell’articolo 1 della delega).

**21.** Alle modalità tecniche di installazione del trojan (nn. 1), 2) e 4) della lettera e) del comma 84 dell’articolo 1 della delega) sono dedicate le disposizioni modificative dell’articolo 268, comma 3-bis, c.p.p. che già detta regole circa le modalità operative della polizia giudiziaria (n. 2) della lettera e) del comma 84 dell’articolo 1 della delega).

**22.** Le ulteriori attività aventi natura tecnica e direttamente operative sono disciplinate dall'articolo 5 dello schema che interviene sull'articolo 89 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, ove sono contenute norme in materia relative al contenuto dei verbali delle operazioni di intercettazione, a completamento della regolamentazione di cui all'articolo 268 c.p.p.

È già stabilito che i nominativi dei soggetti appartenenti alla polizia giudiziaria delegati alle operazioni di intercettazione siano indicati nel verbale, unitamente all'indicazione dell'ora di inizio e fine delle singole operazioni.

Alla disposizione in esame è aggiunta l'espressa previsione dell'obbligatoria indicazione dei luoghi in cui avviene la captazione, al fine di rendere possibile il controllo della corrispondenza delle attività svolte con il contenuto del decreto di autorizzazione.

Quanto all'attivazione del captatore e alle modalità di trasmissione dei dati raccolti, si stabilisce che ne venga fatta espressa menzione nel verbale delle operazioni di intercettazione; per quel che, invece, attiene alla disattivazione del captatore, l'articolo 89 novellato riprende fedelmente il contenuto dei criteri di delega sopra menzionati.

**23.** L'articolo 6 dello schema di decreto dà poi attuazione alla delega in punto di "semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione": lettera d) del comma 84 della legge dell'articolo 1 della legge di delega.

Al riguardo, in ragione del tenore letterale del criterio direttivo che discorre della "semplificazione delle condizioni per l'impiego", si interviene, con autonoma disposizione, per consentire l'accesso alle intercettazioni, nei casi già previsti dalla legge - articolo 266, lettera b), c.p.p. -, sulla base dei presupposti dei sufficienti indizi di reato e della necessità per lo svolgimento delle indagini.

La deroga ai criteri stabiliti in via generale dall'articolo 267 c.p.p. per l'autorizzazione delle operazioni di intercettazione, consentite a condizione che ricorrano gravi indizi di reato e che lo strumento sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini, è modulata secondo l'analoga previsione speciale già vigente in materia di criminalità organizzata e contenuta nell'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

La semplificazione delle condizioni di impiego è perseguita, dunque, attraverso la previsione di presupposti meno rigorosi per l'autorizzazione, secondo il modello già sperimentato di contrasto alla criminalità organizzata.

Sotto questo profilo l'equiparazione, a fronte della gravità del fenomeno criminale, è realizzata anche attraverso la previsione espressa secondo cui, quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti, nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa.

Si è, infatti, in presenza di una analoga deroga al regime ordinario già in vigore ove si proceda a indagini per delitti di criminalità organizzata.

Restano, tuttavia, fermi i divieti di intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, al di fuori dei procedimenti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

**24.** L'articolo 7, in attuazione del n. 5) della lettera e) del comma 84 dell'articolo 1 della legge di delega, demanda a un decreto ministeriale, da emanarsi a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo, l'individuazione dei requisiti tecnici dei

programmi informatici per l'esecuzione delle operazioni, che assicurino le opportune misure di integrità, affidabilità e sicurezza.

**25.** L'articolo 8 contiene la clausola di invarianza finanziaria.

**26.** L'articolo 9 contiene la disciplina transitoria di alcune delle disposizioni recate dallo schema di decreto.

In relazione alle parti della riforma che sono connesse alla nuova modalità di custodia del materiale intercettativo, è stabilito che esse si applichino a decorrere dal centottantesimo giorno successivo all'entrata in vigore. Ciò al fine di consentire ai singoli uffici di dettare le opportune indicazioni funzionali a dare attuazione al nuovo articolo 89-bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, che affida la direzione e la sorveglianza dell'archivio riservato al procuratore della Repubblica. Questi, in particolare, dovrà impartire le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

La previsione contestuale della tenuta del registro - per l'annotazione di ogni accesso - con modalità informatiche impone l'adozione di specifici adempimenti.

Occorre adeguare i registri alle misure di sicurezza, già dettate dal Garante per la protezione dei dati personali, in tema di accesso all'archivio, di trattamento dei dati in esso custoditi, di protezione dei sistemi informatici. In questo gli Uffici di Procura stanno ultimando la realizzazione di misure concernenti le sale ascolto e le modalità di accesso e gestione dei server; l'ulteriore adeguamento imposto dalla novella legislativa rende necessario che, ferma l'entrata in vigore del decreto, le nuove norme si applichino, decorso un congruo termine che consenta la definizione, sotto il profilo tecnico, del nuovo archivio e la sua corrispondenza alle norme poste a protezione dei dati personali. Le nuove norme, che presuppongono tutte l'attuazione dell'archivio, troveranno applicazione solo per i procedimenti in cui le operazioni di intercettazione siano state autorizzate dopo 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto.