

PAOLO TONINI

LINEAMENTI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE
XVII ed., Milano, 2019, ed. Giuffrè Francis Lefebvre

Addenda n. 1.

(l'aggiornamento, riservato agli studenti dell'Università di Firenze,
non è esaustivo di tutte le novità intervenute)

Il decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, conv. nella legge 28 febbraio 2020, n. 7. La materia delle intercettazioni ha costituito da sempre oggetto di specifica attenzione e di iniziative riformistiche. Con la legge-delega n. 103 del 2017 e con il decreto legislativo n. 216 del 2017 era stata posta in essere un'ampia manovra che riscriveva la disciplina al fine di attuare un bilanciamento tra le varie istanze in conflitto. Tuttavia, l'entrata in vigore del d.lgs. n. 216 è stata più volte rinviata e, al momento dell'ultima scadenza, il 30 dicembre 2019 il Governo ha promulgato il decreto-legge n. 161 che ha rinviato l'entrata in vigore della riforma e ne ha soppresso i punti più caratterizzanti. Con la successiva conversione nella legge 28 febbraio 2020, n. 7, si è completato il quadro delle nuove disposizioni che hanno dato luogo ad una manovra estremamente complessa. Un ulteriore differimento dell'entrata in vigore è stato operato dal decreto-legge n. 28 del 2020, conv. nella legge n. 70 del 2020.

Dal punto di vista del diritto intertemporale, con le nuove norme è stata posta una distinzione tra i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, che continuano a seguire la disciplina originaria del codice del 1988, e i procedimenti iscritti dopo tale data, che seguiranno le nuove regole.

L'effetto sarà la contemporanea esistenza di due regimi normativi. Quello originario continuerà a regolare la stragrande maggioranza di procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020. La nuova normativa si applicherà ai procedimenti che saranno iscritti dopo tale data e, quindi, interesserà, per i primi anni a seguire, un numero esiguo di casi.

A pag. 214 eliminare il § 5 e sostituire come segue.

5. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

a. I principi costituzionali sulle intercettazioni.

La nozione di intercettazione. Nel codice non si trova alcuna definizione di intercettazione. La carenza non può essere sottaciuta perché un atto del genere pone, ad uno dei diritti fondamentali della persona, limitazioni che dovrebbero essere previste per legge in base al sistema costituzionale e convenzionale delle garanzie. Ai sensi dell'art. 15 della Costituzione «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».

La Carta fondamentale contiene, innanzitutto, quella che è stata interpretata come una riserva di giurisdizione, poiché la giurisprudenza costituzionale ritiene che soltanto con un provvedimento del giudice possa essere autorizzata l'intercettazione. Sempre l'art. 15 pone una riserva di legge rinforzata, dal momento che comunque devono essere stabilite «garanzie» con le norme che prevedono le limitazioni alla libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni.

Dal canto suo, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con formulazione più ampia, stabilisce che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della corrispondenza» (art. 8 § 1). Da tale disposizione la giurisprudenza ricava la tutela del diritto alla riservatezza della vita privata. A sua volta, il diritto alla riservatezza rientra fra i diritti fondamentali protetti dall'art. 2 Cost. in quanto riconosciuti in Trattati internazionali ⁽¹⁾.

Il problema della definizione di “intercettazione” è stato risolto dalla giurisprudenza di legittimità: è intercettazione quella «captazione, ottenuta mediante strumenti tecnici di registrazione, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione segreta in corso tra due o più persone, quando l'apprensione medesima è operata da parte di un soggetto che nasconde la sua presenza agli interlocutori» ⁽²⁾. Analizziamone partitamente i requisiti.

1) Comunicazione o conversazione segreta. Anzitutto, i soggetti devono comunicare tra loro col preciso intento di escludere estranei dal contenuto della comunicazione e secondo modalità tali da tenere quest'ultima segreta. Non è intercettazione la percezione di un'espressione del pensiero, sia pure rivolta ad un soggetto determinato, che venga effettuata in modo poco discreto sì da renderla percepibile a terzi (es. parlare ad alta voce in pubblico; servirsi di onde radio liberamente percepibili) ⁽³⁾.

¹ Dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani si ricava che le intercettazioni e gli altri atti lesivi della vita privata debbono rispondere ai requisiti di legittimità il cui fondamento si rinviene proprio nell'art. 8; in particolare, la legge nazionale deve essere chiara, specifica e prevedere controlli rigorosi. Si veda Corte EDU, 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia, in *Cass. pen.*, 2009, 4021.

² La definizione è tratta dalla sentenza della Cass., Sez. un. 28 maggio-24 settembre 2003, Torcasio, in *Guida dir.*, 2003, 42, 49.

³ «L'intercettazione di conversazioni effettuate via etere per mezzo di un apparecchio ricetrasmittente privo di concessione non è soggetta ad autorizzazione alcuna da parte dell'autorità giudiziaria, perché relativa a comunicazioni non costituzionalmente garantite in quanto effettuate con mezzo illegale, il cui

2) Strumenti di captazione. Il soggetto che intercetta deve usare strumenti tecnici di registrazione (elettro-meccanici, elettronici o digitali) che siano idonei a superare le cautele elementari, che dovrebbero garantire la libertà e segretezza del colloquio, e a captarne i contenuti. Non effettua una intercettazione colui che ascolta una conversazione origliando dietro una porta. Viceversa, è intercettazione, pur non essendo effettuata in tempo reale, l'attività del terzo che nasconde, per poi recuperarlo, un apparecchio magnetofonico in funzione nella stanza destinata ad ospitare una conversazione tra altre persone, con ascolto “in differita” della riproduzione⁽⁴⁾.

3) Terzietà e clandestinità. Il soggetto captante deve essere assolutamente estraneo al colloquio e deve operare in modo clandestino. Non è intercettazione, bensì è documento, la registrazione di un colloquio effettuata da una delle persone che vi partecipano attivamente o da una persona che è comunque ammessa ad assistervi. Infatti, in tale caso manca il requisito della “clandestinità” rispetto agli interlocutori (v. tav. 2.5.6). In quest'ultima ipotesi, il nastro della registrazione assume la natura di “documento” e potrà essere ammesso nel processo, salvo che vi osti un divieto probatorio⁽⁵⁾.

L'intercettazione, così definita, è un'attività che nell'ordinamento vigente può essere compiuta soltanto per iniziativa del pubblico ministero e su autorizzazione del giudice per le indagini preliminari nei casi e modi previsti dalla legge (artt. 266-271). Essa può avere ad oggetto:

- a) «conversazioni o comunicazioni telefoniche e (...) altre forme di telecomunicazione» (art. 266);
- b) le comunicazioni o conversazioni tra presenti (cd. intercettazioni ambientali; art. 266, comma 2);
- c) il «flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi» (art. 266-bis).

Intercettazioni informatiche e telematiche. Una volta per tutte, ricordiamo che per il codice sono equivalenti le comunicazioni tradizionali e quelle che avvengono mediante flussi informatici o telematici; ogni volta che per esigenze di chiarezza noi menzioneremo soltanto le comunicazioni, devono intendersi sempre richiamate le altre forme di conversazioni o di flussi, poiché anche esse possono essere oggetto di intercettazione.

Le ipotesi che non costituiscono intercettazione. Differente dalla intercettazione, perché non ha per oggetto una “comunicazione”, è il *pedinamento* mediante

uso costituisce reato, ed in quanto prive del requisito della riservatezza, essendo liberamente captabili da chiunque, nel raggio di irradiazione, si avvalga di un apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onda». In tal senso, Cass., sez. II, 12 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 861.

⁴ Così Cass., sez. un., 24 settembre 2003, Torcasio, cit.

⁵ «La registrazione di una conversazione telefonica effettuata da uno degli stessi interlocutori è documento della conversazione in questione e perciò ne è prova idonea ed utilizzabile in giudizio». Così, Cass., sez. II, 8 aprile 1994, in *Giust. pen.*, 1995, III, 67; Cass., sez. un., 24 settembre 2003, Torcasio, cit.

Il documento fonografico così formato è utilizzabile solo se non viola specifiche regole di acquisizione della prova, quali gli artt. 63 comma 2, 195 comma 4 e 203 c.p.p. Il Supremo collegio ha prospettato una sorta di “inutilizzabilità sistematica” (C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007) che consegue all'impiego di un mezzo di prova allo scopo di aggirare i limiti ricavabili dagli schemi legali delineati dal codice. Con la sentenza 4 dicembre 2009, n. 320, la Corte costituzionale ha precisato che non costituisce documento, bensì documentazione, la registrazione effettuata dalla polizia giudiziaria nell'ambito di un atto di indagine.

apparecchiatura satellitare G.P.S., che può essere disposto dalla polizia giudiziaria come mera attività atipica⁶).

Parimenti, è estranea all'intercettazione l'acquisizione dei *tabulati del traffico telefonico*, dei quali tratteremo nel successivo paragrafo 6.

E ancora, non è intercettazione, bensì documento, la *registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori*, quando questa non è stata predisposta dalla polizia giudiziaria. Sul punto, sono necessarie ulteriori precisazioni, per le quali rinviamo al successivo § 6 lett. *b*.

La riserva di legge e di giurisdizione. In adempimento della *riserva di giurisdizione*, le intercettazioni devono essere autorizzate dal giudice per le indagini preliminari con decreto motivato (art. 267). Legittimato a chiedere l'autorizzazione è il pubblico ministero che procede alle indagini.

Nel rispetto della *riserva di legge*, il legislatore prevede i requisiti necessari per procedere all'intercettazione; essi variano a seconda che i procedimenti abbiano ad oggetto reati comuni o reati di criminalità organizzata o ad essa equiparati. A loro volta, i requisiti possono essere raggruppati nelle categorie dei *reati intercettabili*, del *quantum* di prova e dei *termini di durata*.

La motivazione. Nel decreto di autorizzazione all'intercettazione il giudice deve motivare la presenza di ciascuno dei requisiti in modo scrupoloso⁷. La prassi giudiziaria, purtroppo, ha svalutato l'importanza della motivazione e ha consentito al giudice di riferirsi ai motivi contenuti nella richiesta del pubblico ministero⁸. Sono dovute intervenire le Sezioni unite della cassazione per indicare i limiti nei quali è accettabile la motivazione redatta attraverso un riferimento *per relationem* ad altri provvedimenti⁹.

I divieti di intercettazione e il controllo sulla ostensibilità delle intercettazioni. Sono previsti divieti assoluti o condizionati di procedere ad intercettazioni in favore di determinate persone per la salvaguardia di valori di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni e conversazioni.

⁶ Cass., sez. V, 2 maggio 2002, Bresciani, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 93, con nota di P. PERETOLI. Per un elenco ragionato delle ipotesi che sfuggono al concetto di intercettazione v. E. APRILE, F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali*, Milano, 2004, 125 s.

In modo analogo la giurisprudenza tratta il c.d. *positioning* (che sfrutta il sistema di geolocalizzazione presente nei dispositivi cellulari) a proposito del quale afferma che la «localizzazione dei soggetti effettuata attraverso l'apparecchio cellulare di cui abbiano il possesso, mediante la tecnica cosiddetta "positioning", non necessita di autorizzazione giudiziale, risolvendosi in una sorta di pedinamento satellitare e non interferendo sulla libertà e segretezza delle comunicazioni». Così Cass., sez. I, 13 maggio 2008, n. 21366, Stefanini, in CED n. 240092; Cass., sez. IV, 12 giugno 2018, n. 41385, Chirico e altro, in CED n. 273929.

⁷ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

⁸ L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 108.

⁹ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, in *Cass. pen.*, 2001, 69, ha precisato che «la motivazione *per relationem* di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1) faccia riferimento (...) a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione».

Si tratta, in primo luogo, di quei casi nei quali l'intercettazione è subordinata alla previa autorizzazione a procedere. Si pensi alle intercettazioni nei confronti dei parlamentari ⁽¹⁰⁾.

In secondo luogo, deve essere ricordato il divieto di intercettazione a tutela del segreto professionale dei difensori, dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari: è vietato intercettare le comunicazioni tra di loro o le comunicazioni tra i medesimi e le persone da loro assistite (art. 103, commi 5-7).

Ove tali divieti siano stati violati, l'intercettazione è inutilizzabile (art. 271); di tale profilo tratteremo più avanti. Per il momento, è importante sottolineare che il pubblico ministero deve operare un primo controllo sulle intercettazioni al fine di vagliare se le medesime siano ostensibili. Ad esempio, il pubblico ministero deve segretare e custodire in un luogo protetto le comunicazioni dei servizi segreti (art. 270-*bis* c.p.p.) e le conversazioni del Presidente della Repubblica ⁽¹¹⁾.

Il decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, conv. nella legge 28 febbraio 2020, n. 7. La materia delle intercettazioni si colloca al crocevia tra una serie di interessi in conflitto. Da un lato, occorre disciplinare attentamente le condizioni che legittimano la compressione per fini processuali del bene sommo costituito dalla segretezza delle comunicazioni. Da un altro lato, occorre tutelare la riservatezza altamente compromessa dall'insidioso mezzo captativo in esame. E quest'ultima istanza viene in rilievo sia – come è intuitivo – per tutte quelle persone, non indagate, che si trovino a riferire vicende personali nel corso della comunicazione intercettata, sia per lo stesso indagato qualora egli narri fatti privati non attinenti ai fatti oggetto delle indagini. Sono proprio le conversazioni più gravemente lesive della riservatezza ad essere le più appetibili per stampa e televisione.

La problematica in oggetto ha costituito da sempre motivo di specifica attenzione e di iniziative riformistiche, in passato naufragate di fronte a veti incrociati. Con la legge-delega n. 103 del 2017 e con il decreto legislativo n. 216 del 2017 era stata posta in essere un'ampia manovra che riscriveva la disciplina al fine di attuare un bilanciamento tra le varie istanze in conflitto. Tuttavia, l'entrata in vigore del d.lgs. n. 216 è stata più volte rinviata e, al momento dell'ultima scadenza, il 30 dicembre 2019 il Governo ha promulgato il decreto-legge n. 161 che ha rinviato l'entrata in vigore della riforma e ne ha soppresso i punti più caratterizzanti. Con la successiva conversione nella legge 28 febbraio 2020, n. 7, si è completato il quadro delle nuove disposizioni che hanno dato luogo ad una manovra estremamente complessa. Un ulteriore differimento dell'entrata in vigore è stato operato dal decreto-legge n. 28 del 2020.

¹⁰ È sottoposta al vincolo della autorizzazione a procedere, disposta da organi di rilevanza costituzionale, l'intercettazione nei confronti: a) del Presidente della Repubblica (art. 7, co. 3, legge 1989, n. 219: le intercettazioni sono ammesse soltanto dopo «che la corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione della carica»); b) del parlamentare italiano (art. 68, co. 3 Cost. e artt. 4 e 5 legge n. 140 del 2003: le intercettazioni sono ammesse solo a seguito dell'autorizzazione della camera di appartenenza); c) del parlamentare europeo (legge n. 437 del 1966 e artt. 1 e 2 legge n. 170 del 1977); d) dei giudici costituzionali (art. 3, co. 2, legge n. 1 del 1948); e) del Presidente del consiglio dei ministri e dei ministri, anche se cessati dalla carica, in relazione ai reati ministeriali (art. 10, co. 1, legge n. 1 del 1989).

¹¹ La Corte cost., con la sentenza 15 gennaio 2013, n. 1, ha dichiarato (mediante una formula complessa che rendiamo esplicita) che la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo avrebbe dovuto chiedere al giudice per le indagini preliminari l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni casuali delle comunicazioni del Presidente della Repubblica (ai sensi dell'art. 271, comma 3) con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate.

Dal punto di vista del diritto intertemporale, con le nuove norme è stata posta una distinzione tra i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, che continuano a seguire la disciplina originaria del codice del 1988, e i procedimenti iscritti dopo tale data, che seguiranno le nuove regole.

L'effetto sarà la contemporanea esistenza di due regimi normativi. Quello originario continuerà a regolare la stragrande maggioranza di procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020. La nuova normativa si applicherà ai procedimenti che saranno iscritti dopo tale data e, quindi, interesserà, per i primi anni a seguire, un numero esiguo di casi.

In presenza della scelta del legislatore, le esigenze di chiarezza della esposizione ci costringono a tratteggiare la normativa originaria in modo separato da quella nuova. Con una sola eccezione, che concerne i requisiti per disporre le intercettazioni, dei quali trattiamo subito.

b. I requisiti per disporre le intercettazioni.

Il legislatore ha distinto i requisiti necessari per effettuare le intercettazioni in base al tipo di reato oggetto del singolo procedimento, così come risulta dalla iscrizione della notizia di reato, operata dal pubblico ministero. Nonostante le modifiche normative che si sono succedute in anni recenti, la disciplina dei requisiti per disporre le intercettazioni è rimasta sostanzialmente inalterata e, salvo alcune eccezioni che segnaleremo, vale sia per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, sia per quelli iscritti dopo tale data. Pertanto, riteniamo corretto esporre unitariamente i requisiti prima di scindere l'esame delle due normative.

Come abbiamo accennato, i requisiti per disporre le intercettazioni fanno riferimento al titolo di reato in base al quale il pubblico ministero sta svolgendo le indagini. La distinzione è la seguente.

- a) I procedimenti per reati comuni, e cioè quelli elencati nell'art. 266.
- b) I procedimenti per reati di criminalità organizzata o ad essa equiparati.

b.1. I requisiti concernenti i procedimenti per reati comuni.

I reati intercettabili. Si tratta dei reati previsti nell'art. 266, comma 1⁽¹²⁾. Da un lato, sono ricomprese fattispecie di una qualche gravità, poiché ad esempio possono essere disposte intercettazioni per i delitti dolosi o preterintenzionali puniti con una pena “superiore” nel massimo a cinque anni; da un altro lato, si ammettono intercettazioni per reati meno gravi, ma particolarmente odiosi, o che si consumano con attività in relazione alle quali l’intercettazione si rivela uno strumento di indagine particolarmente utile, come la minaccia, l’usura, l’abusiva attività finanziaria, la molestia o il disturbo alle persone col mezzo del telefono.

La legge di conversione 28 febbraio 2020, n. 7 ha aggiunto i delitti commessi avvalendosi delle condizioni tipiche dell’associazione mafiosa o al fine di agevolare l’attività di siffatte associazioni (art. 416-*bis* c.p.; art. 266, lett. *f-quinquies*, con effetto per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020)⁽¹³⁾.

I reati commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche. Ai sensi dell'art. 266-*bis*, l'intercettazione del «flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici» è consentita nei procedimenti concernenti sia i reati indicati nell'art. 266, sia i reati «commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche»; e ciò perché si tratta di reati compiuti con strumenti particolarmente insidiosi.

La ricerca del latitante. Infine, le intercettazioni sono consentite allo scopo di ricercare il latitante (art. 295, commi 3 e 3-*bis*).

I requisiti probatori: i gravi indizi di reato. Perché l’intercettazione possa essere disposta occorre che dagli atti di indagine risultino «gravi indizi di reato» (art. 267, comma 1), e cioè indizi dell’avvenuta commissione di uno di quei reati che consentono

¹² L'intercettazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:

a) delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.;

b) delitti 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.;

c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;

d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;

e) delitti di contrabbando;

f) reati di ingiuria (depenalizzato: d.lgs. n. 7 del 2016), minaccia, usura, abusiva attività finanziaria, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono;

f-bis) delitti previsti dall'art. 600-*ter*, comma 3 c.p. (distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione di materiale pornografico realizzato con sfruttamento di minori di anni diciotto) anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, e dall'art. 609-*undecies* c.p. (adescamento di minorenni; d. lgs. n. 39 del 2014);

f-ter) delitti previsti dagli artt. 444, 473, 474, 515, 516, 517-*quater* e 633, comma 2 c.p. (commercio di sostanze alimentari nocive; contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali; introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi; frode nell'esercizio del commercio; vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine; contraffazioni di indicazioni geografiche o denominazioni di origine dei prodotti alimentari; invasione di terreni o edifici da più di 5 persone o da persona armata);

f-quater) delitto previsto dall'articolo 612-*bis* c.p. (atti persecutori);

f-quinquies) delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo (*disposizione in vigore per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020*).

¹³ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2019 - 3 marzo 2020, Chiocchini, n. 8545, afferma che l’aggravante agevolatrice dell’attività mafiosa prevista dall’art. 416-*bis*. 1, c.p. ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell’altrui finalità. (da L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge*, cit.).

l'intercettazione. A differenza di quanto è previsto per le misure cautelari (ove si fa riferimento al requisito dei «gravi indizi di colpevolezza»), non è richiesta la prova della attribuibilità del reato ad una determinata persona. Anzi, l'individuazione del responsabile molto spesso può costituire lo scopo per il quale è disposta l'intercettazione.

Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'art. 203; e cioè, se gli indizi si basano su dichiarazioni confidenziali di informatori della polizia, le dichiarazioni medesime possono essere utilizzate soltanto quando gli informatori sono stati esaminati come testimoni o come persone informate sui fatti e, quindi, abbiano cessato di essere anonimi. Se gli informatori non sono stati esaminati, le loro dichiarazioni non possono essere utilizzate ai fini della valutazione dei gravi indizi di reato (art. 267, comma 1-bis).

Le necessità investigative. Sempre sotto un profilo probatorio, l'intercettazione deve essere «assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini»; ciò avviene quando la prova non può essere acquisita con mezzi diversi dall'intercettazione.

I termini di durata. La durata dell'intercettazione non può superare i quindici giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato su richiesta del pubblico ministero per periodi successivi di quindici giorni, qualora permangano i presupposti sopra indicati (art. 267, comma 3).

Le intercettazioni tra presenti (c.d. ambientali). Nei casi sopra enunciati il codice consente l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, denominate nella prassi "intercettazioni ambientali" (art. 266, comma 2). Qualora queste avvengano nel domicilio privato (art. 614 c.p.), l'intercettazione è consentita soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che nel domicilio medesimo si stia svolgendo l'attività criminosa¹⁴.

b.2. I requisiti concernenti i procedimenti per reati di criminalità organizzata o equiparati.

Occorre tenere presente che nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, o ad essa equiparati, i requisiti per procedere ad intercettazioni sono in qualche modo "attenuati".

I reati intercettabili. Tra i gravi delitti, per i quali i presupposti sono attenuati, sono previsti i seguenti (art. 13 d.l. 1991 n. 152):

- i delitti di "criminalità organizzata"¹⁵;
- la "minaccia col mezzo del telefono" (art. 13 d.l. 1991 n. 152);
- il terrorismo anche internazionale (art. 407, comma 2, lett. a, n. 4 c.p.p.; art. 3 d.l. 2001 n. 374, e inoltre gli artt. 270-ter e 280-bis c.p.);
- i delitti contro la libertà individuale (art. 9, legge 2003 n. 228; artt. 600-604 c.p.; es. tratta di persone e prostituzione minorile);

¹⁴ Non occorre il requisito della flagranza se si tratta di intercettazioni per ricercare il latitante: art. 295, comma 3-bis.

¹⁵ La giurisprudenza con tale espressione ricomprende l'associazione di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati; così Cass., sez. un. 11 maggio 2005, Petrarca, in *Cass. pen.*, 2005, 2916: la nozione di "criminalità organizzata" deve intendersi riferibile non solo ai reati di criminalità mafiosa e assimilati e ai delitti associativi previsti da norme speciali, bensì anche a qualsiasi tipo di associazione a delinquere ex art. 416 c.p. con l'ovvia esclusione del mero concorso di persone nel reato.

– i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione di almeno cinque anni nel massimo, determinata a norma dell'articolo 4 c.p.p. È stata la legge n. 3 del 2019, in vigore dal 31 gennaio 2019, ad aver equiparato tali delitti a quelli originari di criminalità organizzata, mentre il d.l. n. 161 del 2019, conv. nella legge n. 7 del 2020, ha aggiunto alla categoria i delitti degli incaricati di pubblico servizio, con efficacia differita ai procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020.

L'estensione dei delitti intercettabili è rilevante perché l'aver equiparato i reati contro la pubblica amministrazione ai ben più gravi delitti della criminalità organizzata può risultare sproporzionato. Il rilievo vale a maggior ragione alla luce delle più recenti modifiche che hanno esteso la disciplina anche agli incaricati di pubblico servizio, categoria al cui interno rientrano numerose ipotesi di privati che svolgono servizi in concessione da parte di enti pubblici.

I requisiti probatori. Nei procedimenti per i reati sopra menzionati sono attenuati i requisiti probatori perché l'intercettazione è ammessa quando vi sono «*sufficienti* indizi di reato» e quando l'intercettazione è *necessaria* (e non assolutamente indispensabile) per lo svolgimento delle indagini; pertanto, tale atto può anche essere il primo da compiere. Il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria possono farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria.

I termini di durata. La durata dell'intercettazione non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice per periodi successivi di venti giorni; se vi è urgenza, alla proroga provvede il pubblico ministero con provvedimento sottoposto a convalida del giudice (art. 13 d.l. 1991 n. 152).

Le intercettazioni tra presenti (c.d. ambientali). Nei procedimenti per i reati di criminalità organizzata, o ad essi equiparati, le intercettazioni *ambientali* nel domicilio privato sono consentite sempre, e cioè anche se *non* vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si sta svolgendo l'attività criminosa (art. 13 d.l. 1991 n. 152) ⁽¹⁶⁾.

Sotto questo aspetto, merita evidenziare che gli interventi più recenti hanno introdotto un distinguo che sarà operativo per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 e sarà limitato allo svolgimento di intercettazioni mediante utilizzo del captatore informatico per i più gravi delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione. Tali attività saranno consentite «previa indicazione delle ragioni che [...] giustificano l'utilizzo» di tale strumento nel domicilio.

b.3. L'autorizzazione del giudice.

Il procedimento che permette di disporre ed eseguire le intercettazioni è un vero e proprio sotto-procedimento che viene gestito parallelamente alle investigazioni c.d. tradizionali operate mediante gli strumenti classici delle perquisizioni, ispezioni e sequestri.

Il procedimento esecutivo ordinario. In base all'art. 267 il pubblico ministero deve chiedere al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione a disporre le intercettazioni; inoltre, gli deve trasmettere gli atti dai quali si ricava l'esistenza dei presupposti delle medesime, operando una scelta all'interno del fascicolo. L'autorizzazione è concessa dal giudice con decreto motivato.

¹⁶ Occorre tale requisito se si tratta di minaccia per mezzo del telefono.

Il procedimento esecutivo di urgenza. Nei casi di urgenza, ma in presenza di tutti i presupposti menzionati in precedenza, l'intercettazione è disposta dal pubblico ministero, che deve comunicare il relativo decreto motivato al giudice non oltre ventiquattro ore decorrenti dal proprio provvedimento. Il giudice entro le quarantotto ore successive decide sulla convalida con decreto motivato. In caso di mancata convalida, l'intercettazione non può essere proseguita ed i risultati non possono essere utilizzati (art. 267, comma 2).

Il decreto esecutivo. Dopo che il giudice ha autorizzato le intercettazioni (o unitamente al decreto d'urgenza) il pubblico ministero emana un decreto (cd. decreto esecutivo) con cui regola le *modalità* e la *durata* delle operazioni (art. 267, comma 3). Il pubblico ministero procede alle operazioni personalmente o avvalendosi di un ufficiale di polizia giudiziaria (art. 267, comma 4).

Le modalità. Il pubblico ministero determina le modalità di svolgimento delle intercettazioni, e cioè stabilisce, ad esempio, quali sono le linee telefoniche da controllare. Le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica ⁽¹⁷⁾. Tuttavia, quando tali impianti risultano *insufficienti o inadeguati e sussistono eccezionali ragioni di urgenza*, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o presso la polizia giudiziaria (art. 268, comma 3).

Ciò premesso, nella prassi le operazioni di intercettazione sono distribuite tra i seguenti uffici:

- a) la **captazione** è compiuta presso l'operatore telefonico;
- b) la **registrazione** è svolta presso la procura della Repubblica (o altro ufficio indicato dal pubblico ministero con decreto motivato);
- c) l'**ascolto** è effettuato presso gli uffici di polizia giudiziaria con redazione di verbali sommari contenenti le comunicazioni (c.d. brogliacci; art. 268, comma 2) ⁽¹⁸⁾.

Durata delle intercettazioni. Nel decreto motivato il pubblico ministero deve indicare la durata delle intercettazioni, che ha un termine differente per i delitti comuni e per i delitti di criminalità organizzata (rispettivamente 15 e 40 giorni). La durata può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi, differenti per i due gruppi di delitti (rispettivamente 15 e 20 giorni).

Utenze intercettabili. Occorre sottolineare l'ampiezza con cui può essere esercitato il potere di intercettazione. In base ai requisiti previsti dal codice sono intercettabili sia le utenze riferibili agli indagati, sia quelle riferibili ai testimoni, sia, infine, le utenze riferibili a persone estranee ai fatti, quando queste ultime possono essere destinatarie di comunicazioni provenienti da indagati o da testimoni.

Ad esempio, nell'ambito delle indagini su di un sequestro di persona a scopo di estorsione possono essere messi sotto controllo anche i telefoni dei familiari o dei conoscenti della persona sequestrata. In tal modo può facilmente accadere che siano

¹⁷ Cass., sez. un., 31 ottobre - 28 novembre 2001, n. 42792, Policastro, in *Cass. pen.*, 2002, 944, 2820: « la disposizione dell'art. 268 comma 3 c.p.p., che prevede la garanzia del provvedimento motivato del pubblico ministero perché possano utilizzarsi impianti diversi da quelli installati nella procura della Repubblica, si applica anche alle operazioni di intercettazione di comunicazioni fra presenti, le quali comportano, anzi, un più intenso sacrificio dei diritti tutelati dall'art. 15 Cost. rispetto alle intercettazioni telefoniche ».

¹⁸ Cass., Sez.un., 26 giugno 2008, Carli, in *Cass. pen.*, 2009, 30.

registrate anche conversazioni che non hanno alcuna attinenza con i fatti per i quali si procede (¹⁹).

c. La vecchia normativa sulle intercettazioni.

c.1. La redazione dei verbali sommari.

Iniziamo adesso a trattare la normativa che vige per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020. Le comunicazioni intercettate sono registrate e di esse è redatto verbale (art. 268, comma 1). Nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate (art. 268, comma 2); si tratta dei c.d. brogliacci d'ascolto, utilizzabili già durante le indagini preliminari anche per chiedere al giudice l'emissione di misure cautelari (²⁰).

In base all'art. 268, comma 4, la registrazione delle intercettazioni ed i “verbali sommari” sono trasmessi al pubblico ministero, che opera quel primo controllo sulla loro ostensibilità, a cui abbiamo accennato. Superato positivamente tale vaglio, il medesimo pubblico ministero avvia la complessa procedura che porterà al deposito delle intercettazioni da lui ritenute rilevanti e allo svolgimento dell'udienza di stralcio nella quale il giudice per le indagini preliminari deciderà l'acquisizione delle intercettazioni.

Il differimento del deposito. L'art. 268, comma 5, stabilisce che il deposito può essere “differito” quando da esso può derivare un grave pregiudizio per le indagini, ad esempio se vi è pericolo che la prova sia inquinata o che gli indagati connessi possano sfuggire alle misure cautelari (²¹). In tal caso, il pubblico ministero chiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione al differimento, che comunque non può andare oltre la chiusura delle indagini. In concreto, accade molto spesso che il deposito sia ritardato.

Il deposito delle intercettazioni. terminate le operazioni, il pubblico ministero attiva i preliminari all'udienza di stralcio, che consistono nel deposito delle intercettazioni che la pubblica accusa ha ritenuto rilevanti. Del deposito è dato immediato avviso ai difensori delle parti private, i quali hanno facoltà di esaminare gli atti e di ascoltare le registrazioni (ma senza poterne fare copia) entro il termine fissato dal pubblico ministero (art. 268, comma 6). In tal modo, i difensori hanno la possibilità di operare un controllo soltanto sommario sulla rilevanza ed utilizzabilità delle intercettazioni.

¹⁹ In un apposito registro riservato, gestito anche con modalità informatiche e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica, sono annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e, per ciascuna intercettazione, l'inizio e il termine delle operazioni (art. 267, comma 5).

²⁰ Merita segnalare che la C. cost. (sentenza n. 336 del 2008) ha dichiarato la illegittimità dell'art. 268 ricavandone la seguente interpretazione: dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore dell'indagato ha il diritto di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di quelle conversazioni o comunicazioni intercettate, *che sono state utilizzate* ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, *anche se non sono state depositate* (in tal senso, Cass., sez. un., 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala, in *Guida al diritto*, 2010, 28). Si veda il successivo cap. 6, § 3, lett. c.

²¹ Il differimento può essere motivato anche per eseguire atti a sorpresa o per tutelare nuove iscrizioni di procedimenti nei confronti degli stessi indagati o di altre persone.

Il deposito ha l'effetto di rendere noti al difensore dell'indagato i verbali sommari in un sistema processuale nel quale la conoscibilità consente di pubblicare i medesimi sia pure limitatamente al contenuto generico delle relative informazioni (art. 114, comma 7). In tal modo, potranno essere divulgate notizie anche non rilevanti per l'accertamento dei reati, in un momento anteriore a quando il giudice sarà in condizione di valutarle come non rilevanti e, quindi, di ordinarne lo stralcio dal fascicolo.

c.2. L'udienza di stralcio.

Il pubblico ministero e le parti private hanno l'onere di chiedere al giudice per le indagini preliminari l'acquisizione delle intercettazioni; ciò è coerente con il sistema accusatorio, nel quale la prova è ammessa a richiesta di parte. Il giudice fissa la data dell'udienza (denominata nella prassi "di stralcio") e ne fa dare avviso al pubblico ministero e ai difensori almeno ventiquattro ore prima (art. 268, comma 6). Si tratta di un'udienza in contraddittorio, alla quale peraltro non si applicano le regole della camera di consiglio. In questa fase il giudice ha un limitato potere di filtro; da un lato, egli deve stralciare le registrazioni di cui sia vietata l'utilizzazione; da un altro lato, egli deve disporre l'acquisizione delle registrazioni indicate dalle parti che "non appaiano manifestamente irrilevanti" (art. 268, comma 6).

La procedura porta di fatto il giudice ad acquisire quasi tutte le registrazioni perché la legge gli consente di stralciare soltanto le intercettazioni inutilizzabili e quelle "sicuramente irrilevanti" e comunque dopo aver convocato le parti (pubblico ministero e difensori). Le registrazioni manifestamente irrilevanti sono conservate dal pubblico ministero in un archivio separato fino alla sentenza irrevocabile (art. 269, commi 1 e 2).

La trascrizione delle registrazioni che il giudice ha ammesso. Il giudice dispone la trascrizione integrale delle registrazioni che ha ammesso; devono essere osservate le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie (art. 268, comma 7). A tal fine, i difensori sono avvisati delle operazioni, alle quali possono partecipare mediante consulenti di parte.

Successivamente, i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni effettuate dall'esperto e fare eseguire la trasposizione della registrazione "su nastro magnetico" (art. 268, comma 8); ovviamente, la disposizione del codice del 1988 è eseguita tenendo presente che ormai tutte le registrazioni sono incorporate con modalità digitali. Ai sensi dell'art. 268, comma 7, le trascrizioni devono essere inserite nel fascicolo per il dibattimento.

La mancata celebrazione dell'udienza di stralcio. Merita considerare che, nel "diritto vivente" lo svolgimento dell'udienza di stralcio durante le indagini preliminari è diventato un'eccezione: di regola essa ha luogo nel corso del dibattimento. Il fenomeno è dovuto a varie cause concomitanti, che meritano di essere ricordate.

Nella prassi l'udienza di stralcio si tiene soltanto se una delle parti chiede l'ammissione delle intercettazioni o l'eliminazione di un'intercettazione inutilizzabile (art. 268, comma 6). Pertanto, ove le parti non si attivino, lo stralcio non avviene. Accade molto spesso che il deposito delle intercettazioni sia omesso. Dopodiché, viene inviato l'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis*) ma senza provvedere all'udienza di stralcio ⁽²²⁾.

²² Dobbiamo registrare l'esistenza di due prassi di orientamento opposto. Vi è una prassi lassista (minoritaria) che permette alle parti private di avere copia di tutte le registrazioni in spregio di quella

Può accadere che la richiesta di ammissione e trascrizione delle intercettazioni sia presentata da una delle parti durante l'udienza preliminare: nella prassi essa viene sfogata mediante un incidente probatorio nel quale la perizia di trascrizione può proseguire anche dopo la definizione dell'udienza.

Proprio in ragione delle descritte prassi, accade che la trascrizione delle intercettazioni sia disposta nel corso del dibattimento, con una seria controindicazione: in tale sede diventa impellente l'esigenza di tutelare la riservatezza delle parti private e delle altre persone coinvolte nelle intercettazioni⁽²³⁾.

c.3. Il captatore informatico nei vecchi procedimenti.

Le intercettazioni ambientali mediante captatore informatico. Da tempo la prassi delle indagini si avvale di uno strumento estremamente insidioso caratterizzato da una potenzialità captativa sterminata. Il captatore informatico è un *virus* (c.d. *malware*) inoculato occultamente nel sistema operativo di apparati informatici (es. *computer*, *smartphone* o *tablet*) che, con comandi attivati a distanza, acquisisce i dati più vari indirizzandoli verso il *server* cui è collegato; esso è in grado di attivare il microfono del supporto informatico e, dunque, farlo funzionare come una microspia idonea ad eseguire intercettazioni tra presenti⁽²⁴⁾.

Ai fini che qui interessano è proprio quest'ultimo utilizzo che occorre esaminare.

Il captatore informatico è ormai indispensabile perché la criminalità opera con tecniche di elusione che mettono fuori gioco le intercettazioni tradizionali di tipo passivo, che cioè si limitano ad inserirsi nella linea che collega l'operatore che sta svolgendo la comunicazione con il suo interlocutore. Infatti, la criminalità sfrutta le innovazioni della tecnica, che assicurano l'inaccessibilità delle comunicazioni: si pensi, ad esempio, alla prima schermata di *WhatsApp*, laddove è promesso che le conversazioni saranno criptate.

Di fronte a simili situazioni, dobbiamo ricordare che per la Corte costituzionale l'esigenza di acquisire la prova di un reato costituisce un «valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità» (sentenza n. 238 del 1996). Nella materia in esame occorre difendere il processo penale contro le aggressioni e le contromisure che insidiano la finalità accertativa ed il captatore è senz'altro uno strumento idoneo a perseguire tale finalità.

normativa sull'udienza di stralcio che consente il deposito solo dopo l'avvenuta trascrizione delle medesime (art. 268, comma 8).

In senso contrario, vi è un orientamento rigoroso, fatto proprio da varie circolari delle procure della Repubblica degli uffici più importanti, secondo cui non è applicabile il deposito se non quando effettivamente si sia svolta l'udienza di stralcio con relativa trascrizione. Tale nuovo indirizzo è stato ripreso dalle circolari con cui alcune procure della Repubblica hanno disciplinato l'acquisizione delle intercettazioni all'interno del loro ufficio.

²³ La finalità è stata perseguita, in base all'insegnamento fornito dall'ordinanza della Corte cost. n. 255 del 2012, mediante l'applicazione estensiva dell'art. 472, comma 2, che impone al giudice di procedere a porte chiuse quando l'assunzione della prova può «causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni ovvero delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione».

²⁴ Si veda M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, al quale rinviamo per la documentazione bibliografica. In argomento, P. FELICIONI, *Le fattispecie "atipiche" e l'impiego processuale*, in T. BENE (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, 2018, 303. Sui principi costituzionali interessati dalla problematica si veda C. CONTI, *Prova informatica diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1210; EAD., *Sicurezza e riservatezza*, ibidem, 2019, 1572.

Poiché lo strumento era stato utilizzato nella prassi delle indagini da più di un decennio, le Sezioni unite, chiamate a comporre un dissidio in giurisprudenza, avevano affrontato la tematica tracciando quelli che possiamo considerare i punti di riferimento della materia in esame ⁽²⁵⁾. L'aspetto problematico sta nel fatto che le statuizioni delle Sezioni unite costituiscono gli unici principi che regolano, e regoleranno, i procedimenti che sono stati iscritti fino al 31 agosto 2020. Viceversa, le nuove norme saranno applicate soltanto nei procedimenti iscritti dopo tale data.

Vista l'importanza della sentenza delle Sezioni unite, ne ricordiamo le affermazioni più rilevanti.

La pronuncia delle Sezioni unite sul captatore informatico. Le Sezioni unite si sono pronunciate su un caso nel quale, in un procedimento per criminalità organizzata (art. 13 d.l. n. 152 del 1991), il giudice per le indagini preliminari aveva autorizzato una intercettazione tra presenti mediante un captatore informatico (*virus trojan*) installato su di un dispositivo digitale portatile. L'intercettazione doveva avvenire nei luoghi in cui si trovava il dispositivo in uso ad una determinata persona e le conversazioni da captare erano quelle tra tale persona e altre presenti nel luogo «nel quale era ubicato in quel momento il portatile».

Occorre sottolineare che la sentenza delle Sez. unite ha dato per scontato che il captatore informatico fosse assimilabile ad una intercettazione e non si è chiesta se le norme del codice erano idonee a supportare la nuova tecnologia senza mutare qualitativamente la disciplina tipica ⁽²⁶⁾. Al tempo stesso, la decisione è partita da un presupposto tecnico, poi rivelatosi errato, che ha inciso profondamente sulla soluzione accolta: la Cassazione ha dato per scontato che la nuova tecnologia non permettesse di azionare il microfono da remoto e non fosse in grado di distinguere tra i luoghi (domiciliari o meno) nei quali la captazione era in atto. Di conseguenza, la S.C. ha ritenuto non utilizzabile il captatore nei casi ordinari in cui l'intercettazione domiciliare richiede il presupposto specifico che in quel luogo si stia svolgendo l'attività delittuosa. Viceversa, ha permesso l'uso del captatore soltanto per i delitti di criminalità organizzata per i quali, appunto, è consentita sempre la captazione tra presenti anche nel domicilio.

La sentenza delle Sezioni unite ha enunciato i seguenti principi di diritto in relazione al tipo di captatore utilizzato nel caso di specie.

1) «Limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata, è consentita l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti mediante l'installazione di un captatore informatico in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer, tablet, smartphone*, ecc.) - anche nei luoghi di privata dimora *ex art. 614 c.p.*, pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa».

2) «Per reati di criminalità organizzata devono intendersi non solo quelli elencati nell'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., ma anche quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, *ex art. 416 c.p.*, correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato» ⁽²⁷⁾.

²⁵ Cass., Sez. un., 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, 3536.

²⁶ Per tali considerazioni, si veda C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali*, cit., 2018, 1218.

²⁷ Sempre secondo le Sezioni unite, dall'art. 2 della Costituzione deriva l'inutilizzabilità delle risultanze di specifiche intercettazioni che, nelle modalità di attuazione o nei loro esiti, siano direttamente lesive della dignità della persona umana.

Ambito applicativo del captatore per i vecchi procedimenti. Alla luce dei principi affermati dalla Corte di cassazione, per i procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020 il captatore potrà essere utilizzato per svolgere intercettazioni ambientali soltanto nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, cui sono stati equiparati dall'art. 6, comma 1 d.lgs. 216 del 2017 (per questa parte entrato in vigore) quei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione che sono puniti con la pena della reclusione di almeno cinque anni nel massimo⁽²⁸⁾.

Approfondimento. Le attività di captazione che sfuggono ai requisiti delle intercettazioni tra presenti. La medesima sentenza ha dato atto che, mediante il captatore informatico, possono essere compiute attività ulteriori rispetto a quelle per le quali sono stati formulati i suindicati principi. Le Sezioni unite hanno preso in considerazione le seguenti attività:

- a) mettere in funzione la *web camera* e fare videoriprese;
- b) perquisire l'*hard disk* e fare copia totale o parziale delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira⁽²⁹⁾;
- c) decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare, nonché acquisire, ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot* e *screencast*).

Ebbene, le Sezioni unite hanno limitato intenzionalmente la propria pronuncia alle sole intercettazioni svolte a mezzo captatore, lasciando impregiudicata ogni questione relativa alle ulteriori attività. È appena il caso di precisare che specialmente gli atti indicati alle lettere *b* e *c* sono atti non espressamente disciplinati dalla legge ed idonei a comprimere pesantemente i diritti fondamentali in relazione ai quali la Costituzione impone, invece, che i casi e modi delle eventuali limitazioni siano previsti dal legislatore. Riteniamo che, in assenza di una normativa sul punto, atti del genere in quanto atipici siano preclusi in base al “principio di non sostituibilità”, che è stato enunciato in passato dalle Sezioni unite⁽³⁰⁾ e che è stato così formulato dalla quinta Sezione nel noto caso di Perugia: «quando il codice stabilisce un divieto probatorio oppure un'inutilizzabilità espressa, è vietato il ricorso ad altri strumenti processuali, tipici od atipici, finalizzati ad aggirare surrettiziamente un simile sbarramento»⁽³¹⁾. Ritorniamo sulla tematica nel successivo § 6.

c.4. Le intercettazioni utilizzate al fine di emettere le misure cautelari.

Una problematica particolare concerne il regime delle intercettazioni i cui risultati siano utilizzati dal pubblico ministero per chiedere l'emissione di una misura

²⁸ La c.d. legge spazzacorrotti (n. 3 del 2019) ha eliminato il comma 2 dell'art. 6 d. lgs. 216 del 2017 che prevedeva limiti per le intercettazioni ambientali nel domicilio.

²⁹ La sentenza Cass., sez. V, 30 maggio - 20 ottobre 2017, n. 48370, Occhionero, in *CED*, n. 271412, sostiene che i flussi unidirezionali di dati captati rientrano nel concetto di “intercettazione telematica” di cui all'art. 266-bis. In precedenza, Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, VIRRUSO, in *CED*, n. 246954, ha affermato che si tratta di un atto atipico che è legittimo se autorizzato con decreto del pubblico ministero.

³⁰ Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 30 e in *CED* 225467; Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Pasqua, in *CED* 252893. Nello stesso senso, Corte cost. n. 20 del 2017.

³¹ Cass. pen., sez. V, 27 marzo - 7 settembre 2015, n. 36080, Sollecito, in *www.giurisprudenzapenale.com*, pag. 27 della motivazione in diritto (n. 4.3.2). Si veda, per una precedente affermazione sul punto, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 274.

cautelare. Come è noto, la richiesta del pubblico ministero è segreta (art. 329, comma 1); ma una volta che la misura cautelare sia stata eseguita, il difensore ha il diritto di conoscere gli «elementi» in base ai quali è stata disposta e di fare copia dei relativi verbali (art. 293, comma 3). Se la misura si fonda su verbali sommari di intercettazioni, questi devono essere depositati e, quindi, diventano conoscibili dall'indagato e dal suo difensore³²).

La caratteristica della conoscibilità provoca l'effetto che il contenuto generico dell'intercettazione può essere pubblicato (art. 114, comma 7); e ciò può comportare la lesione della riservatezza. Le circolari emesse dalle più importanti procure della Repubblica hanno raccomandato ai magistrati della pubblica accusa di essere cauti nel selezionare i soli verbali che riproducono conversazioni rilevanti per il procedimento. Come è noto, la pubblicazione del testo delle intercettazioni è vietata e costituisce una contravvenzione oblazionabile con una somma irrisoria (art. 684 c.p.).

c.5. Le invalidità delle intercettazioni.

Le intercettazioni inutilizzabili e la loro distruzione. Vi sono varie ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni per le quali è prevista la distruzione. Le inutilizzabilità scattano nei seguenti casi (art. 271, comma 1).

a) Quando le intercettazioni sono state eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge» (e cioè, ad es., al di fuori delle ipotesi previste dagli artt. 266, 266-*bis* e 295, comma 3);

b) Quando non sono state osservate le disposizioni dell'art. 267, e cioè le intercettazioni sono state compiute non rispettando i presupposti e le forme dei provvedimenti di autorizzazione e di esecuzione;

c) Quando non siano stati osservati i commi 1 e 3 dell'art. 268, e cioè le intercettazioni sono state compiute senza registrare la comunicazione e senza redigere il verbale sommario delle operazioni; oppure sono state compiute al di fuori degli impianti installati nella procura della Repubblica, senza che siano motivate le ragioni di urgenza.

Nei casi predetti, in ogni stato e grado del processo il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato. Pur in mancanza di un'espressa disposizione, la giurisprudenza ritiene che debba essere osservato il rito camerale previsto dall'art. 127.

Intercettazione autorizzata per imputazione poi derubricata in sentenza. La lettera dell'art. 271 c.p.p. sanziona con l'inutilizzabilità le intercettazioni che «siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge». La Cassazione, tuttavia, ritiene che, qualora le intercettazioni siano state originariamente disposte per uno dei reati previsti dall'art. 266, esse restino legittime anche quando l'addebito venga successivamente derubricato in un reato che non avrebbe consentito tale mezzo di ricerca della prova. Si sostiene che, per dare luogo ad una inutilizzabilità, servirebbe una disposizione specifica oppure un principio giuridico dal quale far discendere questa conseguenza. «Per di più, la qualificazione giuridica del fatto è compito assegnato al giudice in ogni

³² La Corte cost. (sentenza n. 336 del 2008) ha dichiarato la illegittimità dell'art. 268 ricavandone la seguente interpretazione: dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore dell'indagato ha il diritto di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di quelle conversazioni o comunicazioni intercettate, *che sono state utilizzate* ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, *anche se non sono state depositate* (si veda anche Cass., Sez. un., 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala, in *Guida al diritto*, 2010, 28).

fase e grado del procedimento (...) sicché essa può anche più volte mutare nel corso del procedimento»³³).

Riteniamo errata tale interpretazione in quanto, in materia di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, la riserva di legge si traduce nella tassatività dei casi di intercettazione. Il libero convincimento del giudice è richiamabile soltanto in materia di valutazione della prova e non nella fase di acquisizione della medesima, in relazione alla quale l'art. 271 sanziona con l'inutilizzabilità le intercettazioni che «siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge».

c.6. L'uso dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte.

Di regola, i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali le medesime sono state disposte, salvo che appaiano indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270, comma 1). Secondo un orientamento pacifico, i verbali restano comunque utilizzabili come notizia di reato.

In base ad una recente sentenza delle Sezioni unite non si è dinanzi ad “altro procedimento” (e, quindi, le intercettazioni possono essere utilizzate) con riguardo a tutti quei reati «che risultino connessi *ex art. 12 c.p.p.* a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge»³⁴). Per la sentenza resta fermo che vi deve essere «un preciso collegamento tra i fatti per i quali erano state mano a mano autorizzate e prorogate le operazioni di intercettazione e quelli per i quali, anche sulla base delle conversazioni intercettate, è stata confermata la condanna».

I verbali e le registrazioni delle intercettazioni eseguite «in altri procedimenti», quando sono utilizzabili (e cioè, se sono connessi), sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento e si applicano le disposizioni sull'udienza di stralcio e sulla trascrizione (art. 268, commi 6, 7 e 8 richiamati dall'art. 270, comma 2).

c.7. Le intercettazioni non ostensibili.

Esponiamo adesso la normativa che vale per le *ipotesi eccezionali*, quando alla conversazione intercettata prendano parte persone per le quali vige un divieto di intercettazione *in considerazione della loro qualità o del segreto a cui sono vincolate*. In base all'insegnamento della sentenza della Corte Cost. n. 1 del 2013, vi sono «ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela “rafforzata” di determinati

33 Così Cass., sez. VI, 20 ottobre - 31 dicembre 2009, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 3, 317. La giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente esteso il principio in questione. Afferma la sentenza della Cass., sez. VI, 15 novembre 2016 - 16 dicembre 2016, n. 53444, in *Guida dir.*, 2017, 9, 99: «qualora il mezzo di ricerca della prova sia legittimamente autorizzato all'interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all'articolo 266 del c.p.p., i suoi esiti sono utilizzabili anche per tutti gli altri reati relativi al medesimo procedimento, mentre nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso *ab origine*, l'utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall'articolo 270 del c.p.p., e, cioè, l'indispensabilità e l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza».

³⁴ Ciò, perché possano dirsi rispettate le riserve di legge e di giurisdizione imposte dall'art. 15 della Costituzione. In tal senso, Cass., Sez. un., 28 novembre 2019 - 2 gennaio 2020, n. 51, Cavallo, in *CED*, n. 277395.

colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro)».

In dette ipotesi, nelle quali le intercettazioni sono inutilizzabili «per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto», il contraddittorio consistente nel deposito e nell’udienza di stralcio «risulterebbe antitetico rispetto alla *ratio* della tutela. L’accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l’obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare».

Pertanto, in presenza di situazioni di tal genere il pubblico ministero deve svolgere un primo controllo, in seguito al quale la procedura è regolata da discipline speciali, che veniamo a considerare.

1) *Conversazioni del Presidente della Repubblica.* La sentenza della Corte cost. n. 1 del 2013 ha ricostruito la normativa che concerne le intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica. Dalla Costituzione è ricavabile il principio della riservatezza delle conversazioni e comunicazioni del Capo dello Stato. Da tale principio si desume il divieto di utilizzare tutte le comunicazioni presidenziali anche qualora siano captate in modo indiretto o casuale³⁵, trattandosi di attività egualmente idonea a lederne la riservatezza.

Le registrazioni delle comunicazioni del Presidente della Repubblica devono essere distrutte dal giudice su richiesta del pubblico ministero senza il contraddittorio con le parti private (art. 271)³⁶.

2) *Conversazioni di persone vincolate dal segreto professionale.* Nei confronti delle persone vincolate da un segreto professionale qualificato sono previsti un divieto di acquisizione ed un divieto di utilizzazione.

Il divieto di utilizzazione è stabilito per le «intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni precedenti» (art. 103, comma 7) e, più in generale, per le «intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell’art. 200, comma 1» (art. 271, comma 2), e cioè nei confronti dei soggetti che sono vincolati da un segreto professionale qualificato. L’inutilizzabilità viene meno quando «le stesse persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati».

Il divieto di acquisizione è posto dall’art. 103, comma 5 e vale per le intercettazioni dirette delle «conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati

³⁵ Per tale terminologia, si veda il § e.

³⁶ La sentenza della Consulta ha affermato che «l’autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)». La frase è stata interpretata nel senso che il giudice potrebbe non ordinare la distruzione delle intercettazioni in ipotesi estreme, come quando dalla registrazione si ricavi la prova dell’innocenza di un imputato (N. GALANTINI, in *Dir. pen. contemp.*, 2013, 1, 232); o anche quando dalla registrazione si ricavi la notizia di un imminente attentato o di un programmato colpo di Stato che compromettano la vita o l’integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (L. FILIPPI, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1). Nel caso di specie, il giudice per le indagini preliminari di Palermo «ha verificato e poi escluso gli ostacoli giuridico costituzionali alla distruzione» e ha disposto la medesima. La correttezza della procedura è stata confermata dalla Corte di cassazione, che ha rigettato la richiesta di dichiarare abnorme il provvedimento del giudice (Cass., sez VI, 18 - 22 aprile 2013, n. 18373, M.C., in Cass. pen. 2013, 2976).

autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari» e delle conversazioni «tra i medesimi e le persone da loro assistite».

Anche per le comunicazioni di persone vincolate dal segreto professionale la sentenza della Corte cost. n. 1 del 2013 ha affermato che le relative registrazioni devono essere distrutte dal giudice su richiesta del pubblico ministero senza il contraddittorio con le parti private (art. 271).

3) *Le comunicazioni di appartenenti ai servizi segreti.* Riteniamo che considerazioni simili valgano anche quando l'autorità giudiziaria abbia acquisito occasionalmente, tramite intercettazioni, comunicazioni di servizio di appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza. In base all'art. 270-bis, introdotto dalla legge n. 124 del 2007, il pubblico ministero deve disporre l'immediata segretazione e custodia di «documenti, supporti ed atti» in luogo protetto; quindi, deve chiedere al presidente del consiglio dei ministri se le informazioni sono coperte da segreto di Stato. Se la risposta è positiva, l'autorità giudiziaria non può utilizzare le notizie coperte dal segreto.

d. Le intercettazioni nei nuovi procedimenti.

d.1. La riforma Orlando, non entrata in vigore.

La disciplina originaria delle intercettazioni era stata profondamente modificata dal d.lgs. n. 216 del 2017, emanato dal Governo sulla base della delega contenuta nella legge n. 103 del 2017 (c.d. *riforma Orlando*). Scopo dichiarato della legge delega era quello di tutelare l'efficienza delle indagini e la riservatezza sia delle persone intercettate occasionalmente, sia dei destinatari delle intercettazioni quando fossero state captate conversazioni relative a fatti privati non rilevanti per le indagini.

Il presupposto risiedeva nella considerazione che le sanzioni conseguenti alla pubblicazione arbitraria di atti processuali segreti sono pressoché trascurabili perché la pena prevista risulta obblazionabile con 129 euro (art. 684 c.p.). Nell'impossibilità di introdurre una sanzione più severa (tutte le precedenti iniziative riformiste erano naufragate a causa di veti incrociati), l'unica via praticabile era quella di impedire che, a monte, fossero verbalizzate dalla polizia le intercettazioni su fatti non rilevanti per le indagini. Così la *riforma Orlando* (d.lgs. n. 216 del 2017) aveva imposto alla polizia giudiziaria, diretta dal pubblico ministero, il compito di operare un'immediata selezione delle dichiarazioni non rilevanti.

Il passaggio successivo era stato quello di ritardare l'acquisizione delle intercettazioni al momento in cui il giudice, in contraddittorio, avesse definitivamente valutato i dialoghi captati come rilevanti per le indagini, o comunque “non manifestamente irrilevanti”. Nel frattempo, tutte le intercettazioni sarebbero state custodite in un archivio riservato – posto sotto la responsabilità del procuratore della Repubblica – accessibile soltanto ai difensori degli indagati e al giudice e sarebbero state coperte da segreto. Ne conseguiva il seguente effetto: i verbali sommari non potevano essere pubblicati neanche come notizia generica finché il giudice non li avesse valutati come rilevanti per l'accertamento del reato.

La riforma metteva in atto un congegno complesso di difficile attuazione pratica. Per un verso, il pubblico ministero poteva non essere in grado di attuare un pieno controllo sulle scelte probatorie che finivano per essere rimesse alla polizia giudiziaria. Per un altro verso, il diritto alla prova spettante all'indagato poteva risultare sacrificato

vista la difficoltà di operare un effettivo vaglio in tempi brevi su un materiale sterminato.

Ma soprattutto, è evidente che il ritardo nell’attendere la valutazione definitiva di rilevanza da parte del giudice sarebbe andato a colpire la possibilità dei giornali e delle televisioni di pubblicare subito tutte le dichiarazioni captate (di interesse privato o pubblico) e di ottenere *scoop* con effetti economici e politici eccezionali. A tale proposito, il Ministro della giustizia aveva accusato la riforma Orlando di aver messo «un bavaglio all’informazione».

Alla luce di tutte le predette controindicazioni, l’entrata in vigore della riforma sulle intercettazioni era stata posticipata dal Governo dal 26 luglio 2018 al 1° aprile 2019⁽³⁷⁾, e poi nuovamente al 1° agosto 2019⁽³⁸⁾, e ancora al 1° gennaio 2020⁽³⁹⁾.

Il decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, conv. nella legge 28 febbraio 2020, n. 7. Come abbiamo accennato in precedenza, approssimatasi l’ultima scadenza il Governo, nel provvedere ad un ulteriore rinvio, ha attuato una manovra che ha destato una qualche sorpresa. Infatti, il decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161 è stato formulato negli ambienti del Ministero della giustizia senza che siano state né convocate, né ascoltate in altro modo le associazioni dei docenti universitari, dei magistrati e degli avvocati. Inoltre, al momento della conversione nella legge n. 7 del 2020, il maxiemendamento sottoposto alla fiducia è stato elaborato in gran parte nei medesimi ambienti del Ministero senza che si sia potuto svolgere un adeguato dibattito in Parlamento. A causa dell’intervenuta pandemia da covid19, l’entrata in vigore delle nuove norme è stata ulteriormente rinviata al 1° settembre 2020 dal decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28.

La manovra ha posto una distinzione tra vecchi e nuovi procedimenti. I procedimenti iscritti nel registro delle notizie di reato fino al 31 agosto 2020 seguono la disciplina originaria delle intercettazioni anteriore alla riforma Orlando e sempre rimasta valida, visto che il d.lgs. n. 216 del 2017 non è mai entrato in vigore. Si tratta della regolamentazione sin qui esposta.

Viceversa, i procedimenti iscritti dopo tale data sono regolati da una nuova normativa, che si discosta assai dalla riforma Orlando e si limita ad apportare alla disciplina originaria delle intercettazioni modifiche che, nel complesso, hanno dato copertura legislativa alla sperimentazione attuata con le ricordate circolari adottate dalle più importanti procure della Repubblica. Si tratta, in definitiva, di una netta inversione di tendenza rispetto alle scelte attuate dalla riforma Orlando.

La nuova normativa nei primi tempi interesserà un numero limitato di casi. Ne iniziamo a tratteggiare gli aspetti essenziali.

d.2. Le nuove modalità di redazione dei verbali sommari.

La verbalizzazione sommaria delle registrazioni. Delle comunicazioni intercettate è redatto verbale nel quale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle registrazioni (art. 268, commi 1 e 2). In base alle nuove disposizioni il pubblico ministero deve dare indicazioni e vigilare affinché nei verbali non siano riportate:

- a) le *espressioni lesive della reputazione delle persone*;
- b) le espressioni che riguardano *dati personali definiti sensibili dalla legge* ⁽⁴⁰⁾.

³⁷ Decreto - legge n. 91 del 2018, convertito nella legge n. 108 del 2018.

³⁸ Legge 31 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio), art. 1, comma 1139, lett a.

³⁹ Decreto - legge 14 giugno 2019, n. 53, conv. nella legge n. 77 del 2019.

Vi è comunque un’eccezione, che impone la verbalizzazione quando le espressioni siano rilevanti ai fini delle indagini (art. 268, comma 2-*bis*).

Si tratta di un punto qualificante, che attribuisce alla pubblica accusa le scelte fondamentali sulla verbalizzazione, sia pure sommaria, delle intercettazioni (⁴¹).

Le intercettazioni delle conversazioni dei difensori. Un altro punto qualificante concerne il divieto di intercettare le conversazioni dei difensori, consulenti tecnici ecc. svoltesi tra di loro e con i loro assistiti (art. 103, commi 5 - 7). In aggiunta all’esistente comminatoria della sanzione della inutilizzabilità, la nuova normativa ha considerato l’ipotesi che dette conversazioni siano state comunque intercettate (da intendersi: casualmente).

In tal caso, il loro contenuto non può essere trascritto neanche sommariamente e nel verbale delle operazioni devono essere indicate «soltanto la data, l’ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta» (art. 103, comma 7).

L’archivio digitale. Dei verbali e delle registrazioni che gli sono immediatamente trasmessi (art. 268, comma 4), il procuratore della Repubblica deve disporre la conservazione in un apposito archivio definito “digitale” a seguito della scelta di abbandonare la dizione “riservato”, originariamente recepita dalla *riforma Orlando* (art. 269, comma 1).

Si tratta di un’altra novità: la destinazione non è più la segreteria del pubblico ministero, bensì l’archivio digitale. Il procuratore della Repubblica ha la responsabilità di assicurare la segretezza della documentazione custodita nell’archivio (art. 89-*bis*, comma 2 att.) (⁴²).

Il differimento del deposito. Come avveniva nella normativa originaria, il pubblico ministero può scegliere se depositare i verbali e le registrazioni in archivio entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni (art. 268, comma 4) oppure ritenere che il deposito debba essere “differito” quando da esso può derivare un grave pregiudizio per le indagini. In tal caso, egli chiede al giudice per le indagini preliminari l’autorizzazione al differimento, che comunque non può protrarsi oltre la chiusura delle indagini (art. 268, comma 5).

⁴⁰ La dizione “dato sensibile” deve considerarsi assorbita dalla nozione di “categorie particolari di dati personali” ai sensi dell’art. 9, comma 1, del Regolamento UE 2016 n. 679, a cui rinvia l’art. 22, comma 2, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101. Si tratta dei dati personali in grado di rivelare l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché dei dati genetici o biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, e dei dati relativi alla salute, alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona.

⁴¹ La riforma Orlando (d.lgs. n. 216 del 2017) aveva rimesso alla polizia giudiziaria il compito di operare un’immediata selezione delle dichiarazioni non rilevanti, delle quali si voleva evitare la verbalizzazione. La riforma aveva ipotizzato un congegno complesso di difficile attuazione pratica: il pubblico ministero poteva non essere in grado di attuare un pieno controllo sulle scelte che finivano per essere rimesse alla polizia giudiziaria. Questa, a sua volta, aveva difficoltà a dare una precoce valutazione sulla irrilevanza.

Al tempo stesso, il nuovo art. 268, comma 2-*bis* ha ratificato le circolari che già fin dal 2016 le più importanti procure della Repubblica avevano emesso per regolare l’attività di verbalizzazione della polizia giudiziaria. Per una sintesi, si veda P.TONINI e F.CAVALLI, *Le intercettazioni nelle circolari delle procure della Repubblica*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 705.

⁴² La nuova normativa distingue nettamente i poteri del procuratore della Repubblica, cui spetta la gestione del registro delle intercettazioni e del registro digitale, e i poteri del pubblico ministero precedente, a cui è affidata la gestione delle intercettazioni effettuate (G. SPANGHER, *La controriforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Il penalista*, 10 gennaio 2020).

Il deposito delle intercettazioni. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni (o comunque dalla data in cui è scaduto il menzionato differimento), il pubblico ministero deve depositare tutti i verbali e le registrazioni presso l'archivio digitale insieme ai decreti che hanno autorizzato, prorogato ecc. le intercettazioni medesime (art. 268, commi 4 e 5). Dell'avvenuto deposito è dato immediato avviso ai difensori delle parti (art. 268, comma 6).

La documentazione depositata nell'archivio digitale può essere esaminata dai difensori (anche in via telematica, quando sarà in vigore) con possibilità di ascoltare le registrazioni; ciò avverrà per il tempo fissato dal pubblico ministero ed eventualmente prorogato dal giudice (art. 268, comma 6)⁽⁴³⁾.

Il segreto delle intercettazioni. È prevista una disciplina specifica (e non chiara) in merito al segreto delle intercettazioni che si ripercuote anche sull'interpretazione del divieto di pubblicazione, a sua volta modificato dalla riforma. L'art. 269, comma 1 stabilisce che non sono coperti da segreto «solo» i verbali e le registrazioni acquisiti al fascicolo delle indagini (art. 373, comma 5) o «comunque utilizzati» nel corso delle indagini e, deve ritenersi *a fortiori*, il materiale acquisito ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* e 454, comma 2-*bis*. Pertanto, tutto il materiale relativo alle intercettazioni, sia pure depositato e accessibile per i difensori – e dunque non più coperto da segreto interno – resta coperto da un inedito “segreto esterno” che ha ripercussioni sia sul piano sostanziale, sia sul piano processuale. Per un verso, il concetto di “segreto” rende applicabili le sanzioni penali previste per la violazione dello stesso (es. art. 326 c.p.). Per un altro verso, il concetto di segreto opera sul correlato divieto di pubblicazione.

Il divieto di pubblicazione. Nella normativa originaria, l'intercettazione divenuta conoscibile dal difensore era, per ciò stesso, pubblicabile “nel contenuto” come notizia generica (art. 114, comma 7). Per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 le intercettazioni che rientrano nell'area applicativa del nuovo segreto esterno non potranno essere pubblicate neppure come notizia generica. Una simile ricostruzione si ricava già da una corretta interpretazione dei confini del segreto stabilito dall'art. 269, comma 1, ma è altresì confermata dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 114 in base al quale «è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* o 454». Fino a che non siano state acquisite quanto meno al fascicolo delle indagini, tutte le intercettazioni, ancorché conosciute dai difensori, restano segrete e, dunque, soggette a divieto totale di pubblicazione. In definitiva, la nuova normativa ha mantenuto il principio, contenuto nella *riforma Orlando*, secondo cui i verbali sommari delle intercettazioni restano fuori degli atti del fascicolo delle indagini fino a quando il giudice non ne abbia disposto l'acquisizione in quanto rilevanti.

Così faticosamente ricostruita la farraginoso disciplina, occorre considerare che, ove il divieto di pubblicazione sia violato, resta ferma la punibilità a titolo di contravvenzione ai sensi dell'art. 684 c.p.: come si è accennato, la sanzione vigente è

⁴³ All'archivio digitale delle intercettazioni possono accedere il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete (art. 89-*bis*, comma 3 disp. att.). L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge*, cit., sostiene che sarebbe stato opportuno ammettere anche i consulenti tecnici delle parti.

Il d.l. n. 28 del 2020 all'art. 1, comma 2 ha stabilito che entrino immediatamente in vigore alla data del 1° maggio 2020 alcune disposizioni; e cioè, quelle che consentono al ministro della giustizia di regolare con decreto le norme sul deposito telematico delle intercettazioni e sull'accesso alle medesime da parte dei difensori (art. 2, comma, 6 d.l. n. 161 del 2019).

irrilevante perché la contravvenzione è oblationabile con 129 euro. Ma, nonostante l'estinzione degli effetti penali dovuta all'oblazione, l'atto resta un illecito per espressa disposizione di legge e darà luogo all'obbligo del risarcimento del danno anche non patrimoniale che ha arrecato; il tutto con importi non indifferenti ⁽⁴⁴⁾.

Ulteriori avvisi. Ai difensori è dato avviso che, entro il termine fissato dal pubblico ministero, hanno la facoltà di indicare i verbali e le registrazioni che ritengono rilevanti, irrilevanti o inutilizzabili (l'art. 268, comma 6 non lo precisa espressamente, ma ciò può ricavarsi indirettamente dalle disposizioni successive e, in particolare, dall'art. 268, comma 7). I difensori possono chiedere al giudice una proroga del termine (arg. ex art. 268, comma 4).

Scaduto il termine, il pubblico ministero e i difensori sono avvisati della data e del luogo dell'udienza di stralcio almeno ventiquattro ore prima ⁽⁴⁵⁾.

d.3. La nuova udienza di stralcio.

In udienza il giudice per le indagini preliminari può emettere i seguenti provvedimenti (art. 268, commi 6 e 7).

a) Dispone l'acquisizione di quelle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti che appaiano «non irrilevanti» ⁽⁴⁶⁾.

b) Restituisce al pubblico ministero i verbali o le registrazioni valutate come irrilevanti.

c) Procede anche di ufficio allo stralcio di quelle registrazioni e verbali di cui è vietata l'utilizzazione e che sono destinati alla distruzione ai sensi dell'art. 271, comma 3.

d) Procede anche di ufficio allo stralcio di quelle registrazioni e verbali che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza ⁽⁴⁷⁾.

⁴⁴ Nonostante l'introduzione del nuovo segreto esterno consistente nel divieto di pubblicazione assoluto, il d.l. n. 161 tace sul diritto del difensore dell'imputato di estrarre copia degli atti depositati.

Il silenzio serbato sul punto dal d.l. n. 161 appare viziato da illegittimità costituzionale; infatti la Consulta con le sentenze n. 192 del 1997 e n. 558 del 2000 ha precisato che «la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che (...) si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 della Costituzione», giacché «il deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti deve, di regola, comportare necessariamente, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia. Al contenuto minimo del diritto di difesa, ravvisabile nella conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione, deve cioè accompagnarsi automaticamente, salvo che la legge disponga diversamente, la facoltà di estrarne copia, al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione».

La nuova normativa darà luogo a questioni di legittimità costituzionale, se non sarà interpretata alla luce dei principi stabiliti in materia dalla Carta fondamentale.

⁴⁵ Si tratta di un'udienza in contraddittorio, alla quale peraltro non si applicano le regole della camera di consiglio.

L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in *Penale. Diritto e procedura*, 8 maggio 2020, ritiene che si tratti di un'udienza in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127.

⁴⁶ Segnaliamo che nella normativa originaria il giudice poteva scartare solo quelle «manifestamente irrilevanti»; bastava un dubbio, e doveva acquisire le intercettazioni.

⁴⁷ Si tratta dei dati definiti «sensibili» nell'art. 268, comma 2-bis. Dobbiamo lamentare che una parte significativa della riforma Orlando è stata eliminata dal d.l. n. 161 del 2019. In particolare, è stato completamente depotenziato il controllo che il giudice poteva operare sull'iniziativa della pubblica

I verbali e le registrazioni valutati dal giudice come irrilevanti, inutilizzabili o contenenti dati personali particolari di cui non sia dimostrata la rilevanza, sono restituiti al procuratore della Repubblica, che li colloca nell'archivio digitale da lui gestito con modalità tali da assicurare la segretezza esterna della documentazione (art. 269, comma 1 e art. 89 *bis*, comma 2, disp. att.). Di essi non può essere pubblicato neppure il contenuto, inteso come notizia generica (art. 114, comma 2-*bis*).

I difensori possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando sono acquisiti (art. 89 *bis*, comma 4, disp. att.).

La trascrizione delle intercettazioni acquisite dal giudice. Quanto alla disciplina della trascrizione delle intercettazioni acquisite, le nuove disposizioni recepiscono una prassi ampiamente seguita sotto la disciplina previgente. Infatti, il comma 7 dell'art. 268 afferma che «il giudice, anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo del dibattimento ai sensi dell'art. 431, dispone la trascrizione integrale delle registrazioni (...)».

La norma permette al giudice di rinviare la trascrizione ad un momento successivo all'udienza di stralcio, come avveniva in passato. Pertanto, ove a ciò non si provveda durante le indagini, la trascrizione sarà ordinata al momento della formazione del fascicolo per il dibattimento (art. 431). Si tratta di una previsione che ha il pregio di utilizzare ai fini delle operazioni trascrittive quei tempi morti che intercorrono tra la chiusura dell'udienza preliminare e la celebrazione dell'udienza dibattimentale.

Quando finalmente si dà luogo alla trascrizione, di essa i difensori possono estrarre copia (o fare eseguire la trasposizione della registrazione su idoneo supporto; art. 268, comma 8). Tale documentazione è destinata ad essere a suo tempo inserita nel fascicolo per il dibattimento (art. 268, comma 7).

L'acquisizione concordata dei verbali sommari. In base al nuovo comma 7 dell'art. 268, le parti possono consentire che i verbali sommari, redatti dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, siano resi utilizzabili. La norma non fa altro che consacrare la prassi che vige per i vecchi procedimenti. La nuova disposizione, peraltro, prevede espressamente che, anche qualora si sia proceduto ad acquisizione concordata, in caso di contestazione sul tenore del brogliaccio si applichi la disciplina della trascrizione mediante perizia. A tal proposito, occorre ricordare che la prova si trova esclusivamente nella registrazione, e non nel brogliaccio (L. FILIPPI).

La pubblicazione delle intercettazioni acquisite. Come abbiamo anticipato, dopo che il giudice ha disposto l'acquisizione delle intercettazioni rilevanti, queste possono essere pubblicate nel loro contenuto, e cioè come notizia generica (art. 114, comma 7). Resta in vigore il divieto di pubblicare il testo delle medesime fino a che le trascrizioni non siano state inserite nel fascicolo per il dibattimento (⁴⁸).

Il nuovo archivio digitale. Si è già accennato che i verbali sommari, le registrazioni e ogni altro atto relativo alle intercettazioni sono conservati integralmente in apposito archivio digitale gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni (art. 89-*bis*, comma 1, disp. att.). L'archivio è gestito con modalità tali da garantire la segretezza

accusa. Infatti, è stata soppressa la disposizione secondo cui «alle operazioni di acquisizione provvede il giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni» (art. 268-*quater*, comma 6).

⁴⁸ La sentenza della Corte cost. n. 59 del 1995 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 114, comma 3 c.p.p., nella parte in cui non consente la pubblicazione degli atti del fascicolo per il dibattimento anteriormente alla pronuncia della sentenza di primo grado.

della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione o riguardanti categorie particolari di dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia. Il procuratore della Repubblica impartisce, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito (art. 89-bis, comma 2, disp. att.)⁽⁴⁹⁾.

L'accesso all'archivio digitale e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate è consentito al giudice per le indagini preliminari e ai difensori delle parti, per l'esercizio dei loro diritti e facoltà, successivamente al deposito effettuato ai fini dell'udienza di stralcio o dopo l'avviso di conclusione delle indagini (art. 269, comma 1)⁽⁵⁰⁾.

Salvo quanto previsto per le intercettazioni inutilizzabili, destinate alla distruzione in base all'art. 271, comma 3, le registrazioni sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione.

La distruzione delle intercettazioni che ledono la riservatezza. Vi è una normativa speciale che prevede la distruzione delle intercettazioni che ledono la riservatezza. Quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, le persone interessate (quindi, non solo le parti) possono chiederne la distruzione, a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione (art. 269, comma 2). Il giudice decide in camera di consiglio a norma dell'articolo 127.

d.4. La possibilità del rinvio dello svolgimento dell'udienza di stralcio.

La formulazione imprecisa e lacunosa delle nuove disposizioni lascia aperta la possibilità che si conservi la prassi distorta che ha interpretato in modo non corretto la normativa originaria del codice del 1988. In base a tale prassi, l'udienza di stralcio può non svolgersi durante le indagini⁽⁵¹⁾.

Il deposito al momento dell'avviso della conclusione delle indagini. Nel nuovo comma 2-bis dell'art. 415-bis si prevede espressamente l'ipotesi in cui, durante le indagini, il pubblico ministero sia stato autorizzato dal giudice al deposito differito e, quindi, non sia avvenuta l'udienza di stralcio. In tal caso, l'avviso di conclusione delle indagini deve contenere l'avvertimento che il difensore dell'indagato ha facoltà di esaminare gli atti depositati relativi alle intercettazioni.

In base alla nuova normativa, il difensore è avvisato che ha le seguenti facoltà:

- 1) «esaminare per via telematica gli atti depositati relativi ad intercettazioni»;

⁴⁹ L. FILIPPI, *D.L. intercettazioni: abrogata la riforma Orlando, si torna all'antico*, in *Quotidiano giuridico*, 10 gennaio 2020, 8.

⁵⁰ Ogni accesso è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data, ora iniziale e finale, e gli atti specificamente consultati. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con l'apparecchio o gli apparecchi a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268, 415-bis e 454 del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio, nonché gli atti consegnati in copia (art. 89-bis att., commi 3 e 4).

⁵¹ Il comma 7 dell'art. 268 dà per scontato che la trascrizione delle intercettazioni, non effettuata in precedenza, possa avvenire «nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento». In tal caso, il giudice deve disporre (ove non sia stato fatto in precedenza) la trascrizione integrale delle registrazioni delle intercettazioni che sono depositate nel fascicolo delle indagini in quanto sono state ritenute rilevanti. Devono essere osservate le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Il risultato deve essere inserito nel fascicolo per il dibattimento.

2) ascoltare le registrazioni o prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (da intendersi: tutte quelle conferite nell'archivio digitale);

3) «estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero»⁽⁵²⁾.

Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza decide il pubblico ministero con decreto motivato.

Se il pubblico ministero rigetta l'istanza o se vi sono contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può chiedere al giudice che si proceda nelle forme dell'udienza di stralcio ai sensi dell'art. 268, comma 6⁽⁵³⁾.

Il deposito degli atti relativi alle intercettazioni, valutati come rilevanti dalla pubblica accusa, unito alla mancata contestazione da parte del difensore dell'indagato o all'accoglimento delle richieste difensive da parte del pubblico ministero, costituiscono una inedita forma di acquisizione delle intercettazioni che si pone come alternativa all'atto del giudice⁽⁵⁴⁾.

d.5. Le nuove regole nel procedimento cautelare.

Il pubblico ministero, quando presenta al giudice per le indagini preliminari la richiesta di una misura cautelare e questa si fonda su verbali di intercettazioni, deve riprodurle nella richiesta, se «è necessario», soltanto i «brani essenziali» (art. 291, comma 1-ter).

Il conferimento nell'archivio digitale. Vi è una particolarità: la pubblica accusa, nel “presentare” al giudice quelle intercettazioni che ha ritenuto rilevanti, deve “comunque conferirle” nell'archivio digitale (comma 1 dell'art. 291, mod. dalla legge n. 7 del 2020). Di questi atti vi sarà dunque un deposito nell'archivio digitale, con la conseguenza che il giudice avrà la facoltà di ascoltare le registrazioni, ma all'interno dell'archivio medesimo⁽⁵⁵⁾.

A sua volta, il giudice per le indagini preliminari, nell'ordinanza che accoglie la richiesta del pubblico ministero, deve riprodurre soltanto i «brani essenziali» delle comunicazioni «quando è necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi» (art. 292, comma 2-*quater*).

Le nuove disposizioni tendono a ridurre al minimo la lesione della riservatezza delle persone coinvolte e si rivelano opportune poiché, in base al nuovo comma 2 dell'art. 114, l'ordinanza cautelare può essere pubblicata nel suo testo integrale, ovviamente dopo che l'atto non è più segreto in quanto la misura è stata eseguita.

⁵² Viceversa, può solo ascoltare, ma non trarre copia delle registrazioni non indicate come rilevanti dal pubblico ministero.

⁵³ Disposizioni simili sono previste nel caso in cui il pubblico ministero presenti richiesta di giudizio immediato (art. 454, comma 2-*bis*); si veda parte IV, cap. 1, § 5, lett. c.

L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge*, cit., rileva che «nulla è previsto per i casi di citazione diretta a giudizio, ma non si intravedono ostacoli ad un'applicazione della disciplina prevista per il giudizio immediato».

⁵⁴ L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge*, cit., afferma che per il carattere generale dell'art. 268, comma 7, la perizia trascrittiva può avvenire in ogni momento (davanti al G.I.P. o allo stesso G.U.P. o nel dibattimento); parimenti, le parti possono procedere all'acquisizione concordata dei brogliacci.

⁵⁵ G. PESTELLI, *La controriforma delle intercettazioni di cui al d.l. 30 dicembre 2019 n. 161*, in *Sistema penale*, 2020, n. 2.

L'introduzione della norma in questione è stata auspicata dai giornalisti al fine di soddisfare il diritto di cronaca e per evitare il c.d. mercato nero delle informazioni.

La selezione delle intercettazioni. Merita sottolineare che al giudice spetta il potere di valutare la rilevanza delle intercettazioni presentate dalla pubblica accusa a fondamento della richiesta di misura cautelare. In base al nuovo comma 1-*bis* dell'art. 92 disp. att. il giudice, dopo aver emanato l'ordinanza cautelare, deve restituire al pubblico ministero «gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute (...) non rilevanti o inutilizzabili»; queste sono destinate ad essere conservate nell'archivio digitale.

Il deposito dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare. Una volta che l'ordinanza cautelare sia stata emanata ed eseguita, la stessa è depositata nella cancelleria del giudice insieme alla richiesta del pubblico ministero e agli atti presentati con la stessa; avviso del deposito è notificato al difensore. In base al nuovo testo dell'art. 293, comma 3, il difensore ha diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate (c.d. brogliacci) ⁽⁵⁶⁾.

Anche se la norma appena menzionata richiama tutte le intercettazioni ritenute rilevanti dal pubblico ministero e da questi trasmesse al giudice con la richiesta cautelare (art. 291, comma 1), deve ritenersi che il diritto di copia riguardi esclusivamente quelle intercettazioni (nella forma dei brogliacci) che il giudice ha considerato rilevanti e, dunque, poste a base della misura. Per contro, la difesa non potrà ottenere copia delle intercettazioni che il giudice ha “stralciato” e restituito al pubblico ministero ai sensi dell'art. 92, comma 1-*bis* disp. att.).

Inoltre, il difensore ha diritto alla trasposizione delle relative registrazioni «su supporto idoneo alla riproduzione dei dati». Precisiamo che il difensore non ha accesso indiscriminato a tutte le altre intercettazioni svolte nel corso delle indagini, ma solo a quelle poste a base della misura. Per un verso, il pubblico ministero per altre intercettazioni potrebbe aver richiesto il deposito ritardato. Per un altro verso, una parte delle intercettazioni trasmesse dal pubblico ministero a sostegno della richiesta cautelare potrebbe essere stata considerata non rilevante dal giudice. Tutte le intercettazioni diverse da quelle poste a base della misura resteranno segrete fino a che non si instauri il meccanismo del deposito e dell'acquisizione attraverso l'udienza di stralcio o al momento dell'avviso di conclusione delle indagini o della richiesta di giudizio immediato.

d.6. Le nuove norme sul captatore informatico.

Nei procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 i requisiti per utilizzare il captatore informatico sono i seguenti.

I requisiti per i delitti comuni (art. 266, comma 2). Il decreto del giudice, che autorizza l'intercettazione tra presenti a mezzo di un captatore informatico, deve motivare sui seguenti punti (art. 267, comma 1).

1) Come avviene per tutte le intercettazioni, deve dare atto che vi sono gravi indizi di reato e che l'intercettazione è assolutamente indispensabile per la prosecuzione delle indagini.

⁵⁶ L. FILIPPI, *Intercettazioni: finalmente una legge*, cit., ritiene che il difensore abbia diritto ad ascoltare tutte le intercettazioni presentate dal pubblico ministero al giudice come base per l'emissione del provvedimento cautelare, che se ritenute non rilevanti dal giudice medesimo.

2) Inoltre, in ragione della peculiare invasività dello strumento, il giudice deve indicare «le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini»; e cioè deve precisare perché non sono sufficienti le intercettazioni tradizionali (c.d. passive).

3) Infine, il decreto deve indicare «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono»⁽⁵⁷⁾.

I requisiti per i delitti di criminalità organizzata e assimilati. Nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata e assimilati i requisiti per autorizzare l'uso del captatore sono più leggeri.

a) Come avviene ai sensi dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991 per tutte le intercettazioni, il giudice deve dare atto che vi sono sufficienti indizi di reato e che l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini.

b) Parimenti, se il giudice autorizza l'intercettazione tra presenti, deve indicare «le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini» (art. 267, comma 1); ma non è tenuto a specificare «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono» (art. 267, comma 1, ultima parte).

c) A questo punto occorre distinguere in relazione ai reati per i quali si procede.

L'intercettazione tra presenti «è sempre consentita» se si procede per i gravi delitti attribuiti alla cognizione della procura distrettuale (art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*).

Viceversa, per i delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione (puniti con la reclusione di almeno cinque anni nel massimo) è sempre consentita, ma occorre la «previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale» (art. 266, comma 2-*bis*).

Il procedimento esecutivo di urgenza. Nei casi di urgenza il pubblico ministero può disporre, con decreto motivato, l'intercettazione mediante il captatore soltanto nei procedimenti per i delitti distrettuali (art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*) e per i gravi delitti contro la pubblica amministrazione sopra citati; ma deve indicare le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del giudice. Il decreto è trasmesso al giudice che decide sulla convalida entro quarantotto ore (art. 267, comma 2-*bis*).

Disposizioni generali per le intercettazioni mediante captatore. Per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni con captatore, riguardanti comunicazioni e conversazioni tra presenti, l'ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi di ausiliari di cui all'art. 348, comma 4 (art. 268, comma 3-*bis*). Il verbale delle operazioni di intercettazione deve indicare il tipo di programma impiegato e, ove possibile, i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni (art. 89, comma 1 att.)⁽⁵⁸⁾.

⁵⁷ Il d.l. n. 161 ha reso compatibile la natura itinerante del captatore con la previsione di legge: ai sensi del comma 1 dell'art. 267, è sufficiente che siano predeterminati quantomeno i contesti ambientali nei quali verosimilmente si sposterà il soggetto monitorato, individuabili sulla base delle emergenze investigative.

⁵⁸ Le comunicazioni intercettate mediante captatore sono conferite esclusivamente negli impianti della procura della Repubblica; durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità che assicurino l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato, registrato e trasmesso. Quando è impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice dà atto delle ragioni impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate (art. 89, commi 3 e 4 disp.att.).

Al termine delle operazioni si deve disattivare il captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi; il verbale deve dare atto dell'operazione (art. 89, comma 5 att.).

La normativa sui programmi. Ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili, devono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del ministro della giustizia (art. 89, comma 2 att.)⁽⁵⁹⁾.

Invalidità speciali per il captatore. È prevista la sanzione dell'inutilizzabilità per i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e per i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo (art. 271, comma 1-bis).

d.7. Nuove norme sull'uso delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali è stata concessa l'autorizzazione.

Per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020 resta valido il divieto (posto dall'art. 270, comma 1) di utilizzare i risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali esse sono state disposte, da intendersi diversi dai procedimenti connessi a quelli per i quali era stata concessa l'autorizzazione e comunque rientranti nel catalogo dei reati di cui all'art. 266, comma 1, come ha stabilito la sentenza delle Sezioni unite Cavallo 28 novembre 2019 - 2 gennaio 2020 (si veda il § c.6)

Tuttavia, i limiti tracciati dalle Sezioni unite sono stati superati dalla legge di conversione che ha permesso di utilizzare quelle nuove intercettazioni non autorizzate che risultino «rilevanti e indispensabili» per l'accertamento non soltanto dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza, ma anche per l'accertamento dei reati comuni intercettabili il cui elenco è stato esteso dalla legge di conversione mediante la nuova lettera *f-quinquies*. Il requisito della indispensabilità è stato considerato dalla dottrina un criterio quanto mai evanescente che difficilmente può soddisfare le esigenze di tassatività poste dall'art. 15 Cost.

L'uso delle nuove intercettazioni con captatore informatico per la prova di reati diversi dall'autorizzazione. Sempre per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020, l'uso delle intercettazioni per reati diversi da quelli, per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, è stata ulteriormente ampliata rispetto alla regola generale contenuta nell'art. 270, comma 1, appena esaminata.

Infatti, in base al nuovo comma 1-bis dell'art. 270, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, se compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma 2-bis. E cioè, se concernono, oltre ai reati di criminalità organizzata, anche i delitti contro la

⁵⁹ I requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore sono stati fissati con D.M. 20 aprile 2018, pubblicato sul *Bollettino Ufficiale* del Ministero della Giustizia del 31 maggio 2018 e commentato da M. TORRE in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1255. Purtroppo dobbiamo segnalare che nel D.M. manca qualsiasi riferimento alla necessità che i programmi captatori siano dotati di idonei sistemi di tracciamento (*file di log*) in grado di garantire che i *software* utilizzati si limitino ad effettuare solo e soltanto le operazioni autorizzate. Si vedano i rilievi del Garante Privacy, nella *Segnalazione al Parlamento e al Governo sulla disciplina delle intercettazioni mediante captatore informatico* (30 aprile 2019).

pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio.

Con le due estensioni appena illustrate il legislatore ha autorizzato una vera e propria «pesca a strascico» legittimando l'uso del captatore per ricercare reati anche non connessi rispetto a quelli per i quali il giudice ha ritenuto presenti i requisiti per disporre l'intercettazione⁶⁰.

Intercettazioni invalide o non ostensibili. Per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020 vale la normativa già esposta in precedenza: sulle invalidità delle intercettazioni e sulla segretezza delle intercettazioni non ostensibili rinviamo rispettivamente ai paragrafi c.5 e c.7.

e. Le intercettazioni nei confronti dei parlamentari.

Le intercettazioni che riguardano i membri del parlamento sono disciplinate dalla legge 20 giugno 2003, n. 140, modificata da varie sentenze della Corte costituzionale. Le intercettazioni riguardanti parlamentari si dividono in tre categorie: intercettazioni dirette, indirette e casuali.

1) Siamo in presenza di intercettazioni “dirette” quando sono sottoposti ad intercettazione utenze o luoghi appartenenti al parlamentare o nella sua disponibilità.

2) Le intercettazioni sono “indirette” quando l'attività di captazione interessa utenze intestate a differenti soggetti che, tuttavia, possono ritenersi interlocutori abituali del parlamentare, o concerne luoghi a lui non appartenenti, ma che possono presumersi dal medesimo frequentati (C. cost. n. 114 del 2010). Per disporre una intercettazione *diretta o indiretta* nei confronti di un parlamentare, è necessaria una preventiva autorizzazione a procedere della Camera di appartenenza (art. 4 della legge 140); altrimenti, l'atto è inutilizzabile nei confronti sia del parlamentare, sia di terzi.

3) L'intercettazione è definita “casuale” quando non è disposta su utenze riferibili al parlamentare e l'ingresso di quest'ultimo nell'area di ascolto è del tutto accidentale. L'art. 6 della legge 140 è applicabile solo nel caso in cui l'intercettazione del parlamentare risulti casuale poiché solo in tale ipotesi è escluso il pericolo di un uso abnorme del potere di intercettare. L'autorità procedente, infatti, proprio per il carattere inaspettato del coinvolgimento del soggetto politico, non può munirsi preventivamente dell'autorizzazione della Camera di appartenenza.

In base all'art. 6, il giudice per le indagini preliminari, qualora ritenga *irrilevanti* i verbali e le registrazioni delle conversazioni intercettate nel corso di procedimenti a carico di terzi, alle quali abbia preso parte un parlamentare, sentite le parti, a tutela della riservatezza, ne decide in camera di consiglio la distruzione ai sensi dell'art. 269, commi 2 e 3.

Viceversa, se il giudice considera *rilevanti* tali intercettazioni, egli deve chiedere un'autorizzazione alla Camera cui il parlamentare appartiene (o apparteneva al momento dell'attività di captazione); l'autorizzazione è necessaria solo nel caso in cui la conversazione intercettata debba essere utilizzata sia nei confronti del parlamentare, sia nei confronti di terzi. Quando l'autorizzazione non viene concessa, le intercettazioni sono inutilizzabili nei confronti del parlamentare coinvolto, ma potranno essere impiegate nei confronti di terzi e, quindi, i relativi verbali e le registrazioni non devono essere distrutti (C. cost., n. 390 del 2007).

⁶⁰ Si veda L. FILIPPI, *D.L. intercettazioni: abrogata la riforma Orlando*, cit., 5.

Qualora, invece, l'autorità giudiziaria intenda utilizzare i risultati delle intercettazioni esclusivamente nei confronti di persone diverse dal parlamentare, non occorre alcuna autorizzazione.

A pag. 264 dopo la riga 2 aggiungere quanto segue.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020.

Tra gli «elementi» su cui la pubblica accusa fonda la richiesta di misura cautelare sono ricompresi i dati probatori che si ricavano dai verbali sommari delle intercettazioni. Il comma 1-ter dell'art. 291, introdotto dal d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020, ha imposto al pubblico ministero di riprodurre nella richiesta, quando è necessario, «soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate». Vi è una particolarità: la pubblica accusa, nel “presentare” al giudice quei verbali delle conversazioni intercettate che ha ritenuto rilevanti, deve “comunque conferirli” nell'archivio digitale (comma 1 dell'art. 291, mod. dalla legge n. 7 del 2020). Di questi atti vi sarà dunque un deposito nell'archivio digitale, con la conseguenza che il giudice avrà la facoltà di consultare tali atti e ascoltare le registrazioni, ma all'interno dell'archivio (G. PESTELLI).

A pag. 264 prima dell'ultima riga aggiungere quanto segue.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020. La motivazione sui risultati delle intercettazioni. In base all'art. 292, comma 2-quater, introdotto dal d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020, quando la motivazione dell'ordinanza necessita che siano esposti gli indizi e questi si ricavano dalle intercettazioni, allora il giudice deve riprodurre soltanto «i brani essenziali» delle comunicazioni e conversazioni rilevanti per le indagini. La disposizione si propone di tutelare i dati privati che non sono rilevanti a fini probatori.

È opportuno che il giudice eserciti il dovere di motivazione con molta attenzione poiché l'ordinanza cautelare può essere pubblicata nel suo testo integrale sui mezzi di informazione (art. 114, comma 2).

Inoltre, sempre il d.l. n. 161 del 2019, in vigore per i procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020, ha attribuito al giudice il potere di valutare la rilevanza delle intercettazioni presentate dalla pubblica accusa a fondamento della richiesta di misura cautelare. In base al nuovo comma 1-bis dell'art. 92 disp. att. il giudice, dopo aver emanato l'ordinanza cautelare, deve restituire al pubblico ministero «gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute (...) non rilevanti o inutilizzabili»; queste sono destinate ad essere conservate nell'archivio digitale (si veda parte II, cap. 5, § 5, lett. d.5).

Dette intercettazioni continuano ad essere coperte dal segreto esterno e, in base al comma 2-bis dell'art. 114, di esse non potrà essere pubblicata neanche la notizia generica. Ciò potrà avvenire se e in quanto le intercettazioni siano state acquisite dal giudice ai sensi degli artt. 268, 415-bis o 454.

A pag. 267 dopo la riga 2 aggiungere quanto segue.

Le sentenze menzionate fanno comprendere che, in base ad un principio affermato da tempo nella giurisprudenza costituzionale, quando vi sono intercettazioni

tra gli elementi posti a fondamento della misura cautelare, le relative registrazioni devono essere fornite in copia ai difensori dell'indagato.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020. In base al nuovo testo dell'art. 293, comma 1, il difensore ha diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

Anche se la norma appena menzionata richiama tutte le intercettazioni valutate come rilevanti dal pubblico ministero e da questi trasmesse al giudice con la richiesta cautelare (art. 291, comma 1), deve ritenersi che il diritto di copia riguarda esclusivamente le intercettazioni che il giudice ha considerato rilevanti e, dunque, poste a base della misura. Per contro, la difesa non potrà ottenere copia delle intercettazioni che il giudice ha "stralciato" e restituito al pubblico ministero ai sensi dell'art. 92, comma 1-*bis* disp. att.

Inoltre, il difensore ha diritto alla trasposizione delle relative registrazioni «su supporto idoneo alla riproduzione dei dati». Precisiamo che il difensore non ha accesso indiscriminato a tutte le altre intercettazioni svolte nel corso delle indagini, ma solo a quelle poste a base della misura. Per un verso, il pubblico ministero per altre intercettazioni potrebbe aver richiesto il deposito ritardato. Per un altro verso, una parte delle intercettazioni trasmesse dal pubblico ministero a sostegno della richiesta cautelare potrebbe essere stata considerata non rilevante dal giudice. Tutte le intercettazioni diverse da quelle poste a base della misura resteranno segrete fino a che non si instauri il meccanismo del deposito e dell'acquisizione attraverso l'udienza di stralcio o al momento dell'avviso di conclusione delle indagini o della richiesta di giudizio immediato.

A pag. 300 dopo la riga 3 aggiungere quanto segue.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020. L'art. 329, comma 1, mod. dal d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020, precisa che sono segrete anche le «richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste»; la disposizione si riferisce, ad es., alla richiesta di un'intercettazione ed al relativo provvedimento del giudice che accoglie o rigetta la richiesta.

A pag. 303 all'inizio aggiungere quanto segue.

Aggiornamento. A tale regola il d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020, ha posto due importanti eccezioni.

Da un lato, è possibile pubblicare *il testo* dell'ordinanza che ha applicato una misura cautelare, ovviamente dopo che è stata eseguita (comma 2 dell'art. 114, in vigore dal 1° settembre 2020). Come abbiamo esposto in precedenza, l'ordinanza deve essere redatta riproducendo soltanto i brani essenziali delle eventuali comunicazioni e conversazioni intercettate (art. 292, comma 2-*quater*).

Da un altro lato, è vietata la pubblicazione anche parziale del *testo* e del *contenuto generico* delle intercettazioni che ancora non sono state acquisite (artt. 268, 415-*bis* o 454). Anche se sulle intercettazioni è caduto il segreto interno, perché le medesime sono a conoscenza del difensore dell'imputato insieme agli atti posti a base della misura cautelare, ciò nonostante deve essere mantenuto il segreto esterno, e cioè il divieto di

pubblicazione integrale e come notizia generica (*le disposizioni appena menzionate si applicano ai procedimenti iscritti dopo il 31 agosto 2020*).

A pag. 327 prima della terz'ultima riga aggiungere quanto segue.

Approfondimento sulla prassi: gli atti irripetibili delegati alla polizia giudiziaria con attuazione del contraddittorio. Quando l'indagine tecnica implica il compimento di complessi accertamenti di laboratorio, accade spesso che il pubblico ministero in base all'art. 370 deleghi tale attività a corpi specialistici della polizia giudiziaria (es. al RIS). La polizia delegata, esaminati i reperti, trasmette al pubblico ministero una relazione tecnica (atto atipico) nella quale illustra le attività da compiere e se esse siano, o meno, non ripetibili. Ove lo siano, la polizia giudiziaria chiede al pubblico ministero l'autorizzazione a svolgere gli atti non ripetibili previo avviso alle parti interessate del giorno in cui verranno iniziate le attività di laboratorio; le parti potranno intervenire mediante consulenti tecnici. Se l'indagato chiede l'incidente probatorio, la polizia giudiziaria usa sospendere tale attività e mettere a disposizione dell'autorità giudiziaria i reperti per le valutazioni del caso ⁽⁶¹⁾.

A pag. 346 dopo la riga 20 aggiungere quanto segue.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020. Il deposito delle intercettazioni al momento dell'avviso della conclusione delle indagini. Nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 415-*bis* (introdotto dal d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020) si prevede espressamente l'ipotesi in cui, durante le indagini, il pubblico ministero sia stato autorizzato dal giudice al deposito differito e, quindi, non sia avvenuta l'udienza di stralcio. In tal caso, l'avviso di conclusione delle indagini deve contenere l'avvertimento che il difensore dell'indagato ha facoltà di esaminare gli atti depositati relativi alle intercettazioni.

In base alla nuova normativa, il difensore è avvisato che ha le seguenti facoltà:

- 1) «esaminare per via telematica gli atti depositati relativi ad intercettazioni»;
- 2) ascoltare le registrazioni o prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche (da intendersi: tutte quelle conferite nell'archivio digitale);
- 3) «estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero» ⁽⁶²⁾.

Il difensore può, entro il termine di venti giorni, depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Il termine corrisponde a quello di venti giorni per depositare memorie e documenti ed è palesemente ristretto per consentire l'esercizio del diritto di difesa.

⁶¹ Se il giudice dispone l'incidente probatorio, di regola il pubblico ministero nomina gli specialisti della polizia come consulenti tecnici. La prassi dimostra che la materia necessita di un perfezionamento legislativo che tenga conto delle esigenze contrapposte di efficienza e del contraddittorio.

L'alternativa alla delega alla polizia giudiziaria è la nomina di uno specialista del Corpo di polizia come consulente tecnico ai sensi dell'art. 360.

⁶² Si veda anche l'art. 89-*bis* disp. att., comma 4: «i difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268, 415-*bis* e 454 del codice. Ogni rilascio di copia è annotato in apposito registro, gestito con modalità informatiche; in esso sono indicate data e ora di rilascio e gli atti consegnati in copia».

Sull'istanza decide il pubblico ministero con decreto motivato. Se il pubblico ministero rigetta l'istanza o se vi sono contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può chiedere al giudice che si proceda nelle forme dell'udienza di stralcio ai sensi dell'art. 268, comma 6.

Il deposito degli atti relativi alle intercettazioni, valutati come rilevanti dalla pubblica accusa, unito alla mancata contestazione da parte del difensore dell'indagato o all'accoglimento delle richieste difensive da parte del pubblico ministero, costituiscono una inedita forma di acquisizione delle intercettazioni che si pone come alternativa all'atto del giudice.

A pag. 381 dopo la riga 20 aggiungere quanto segue.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020. La trascrizione delle intercettazioni non effettuata in precedenza. Il comma 7 dell'art. 268 (introdotto dal d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020) obbliga il giudice a disporre (ove non sia stato fatto in precedenza) la trascrizione integrale delle registrazioni delle intercettazioni che sono state ritenute rilevanti. La trascrizione deve avvenire «nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento» e deve osservare le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Il risultato deve essere inserito nel fascicolo per il dibattimento.

L'acquisizione concordata dei verbali sommari. In base al nuovo comma 7 dell'art. 268, le parti possono consentire che i verbali sommari, redatti dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, siano resi utilizzabili. La nuova disposizione, peraltro, prevede espressamente che, anche qualora si sia proceduto all'acquisizione concordata, in caso di contestazione sul tenore del brogliaccio si applichi la disciplina della trascrizione mediante perizia.

A pag. 484 dopo la riga 11 aggiungere quanto segue.

Aggiornamento per i procedimenti che sono iscritti dopo il 31 agosto 2020. Il comma 2-*bis* dell'art. 454 (introdotto dal d.l. n. 161 del 2019, conv. in legge n. 7 del 2020) prevede l'ipotesi in cui, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero sia stato autorizzato dal giudice al deposito differito e, quindi, non sia avvenuta l'udienza di stralcio. In tal caso, insieme alla richiesta di giudizio immediato la pubblica accusa deve depositare l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni che ritiene rilevanti ai fini di prova.

Dopodiché, le nuove norme danno per scontata l'ipotesi in cui il giudice disponga il decreto di giudizio immediato ed il difensore possa accedere agli atti depositati, tra i quali egli trova l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova. In base all'art. 89 *bis*, comma 4, disp. att., «i difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni (da intendersi: tutte quelle conferite nell'archivio digitale) con apparecchio a disposizione dell'archivio e possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti».

Il comma 2-*bis* dell'art. 454 prosegue precisando che, entro quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato (termine prorogabile di ulteriori dieci giorni su richiesta del difensore), il difensore medesimo può depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato.

Se il pubblico ministero rigetta l'istanza o se vi sono contestazioni sulle indicazioni relative alle registrazioni ritenute rilevanti, il difensore può chiedere al giudice che si proceda nelle forme dell'udienza di stralcio ai sensi dell'art. 268, comma 6.

Il deposito degli atti relativi alle intercettazioni, valutati come rilevanti dalla pubblica accusa, unito alla mancata contestazione da parte del difensore dell'indagato o all'accoglimento delle richieste difensive da parte del pubblico ministero, costituiscono una inedita forma di acquisizione delle intercettazioni che si pone come alternativa all'atto del giudice.