

Note a commento sulla nuova disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

Avv. Francesco Antonio Maisano

Dott.ssa Claudia Maria Piazza

Il Decreto Legge 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con Legge 28 febbraio 2020, n. 7, è intervenuto sulla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, apportando modifiche sostanziali alla c.d. Riforma Orlando (D. Lgs. n. 216/2017) che ha acquistato efficacia, così come modificata, a far data dal 1 settembre 2020 (data aggiornata dall'art. 1 D.L. 30 aprile 2020, n. 28, convertito in Legge n. 70 del 25 giugno 2020).

Va rilevato che il presente Decreto Legge si pone in una posizione intermedia rispetto al regime codicistico del 1988 e quanto il legislatore del 2017 intendeva introdurre, rappresentando così una sorta di crocevia tra il vecchio e il nuovo. Nel suo complesso la riforma sulle intercettazioni risente molto dell'impronta del passato, pur tuttavia introducendo spunti di attualità, quali ad esempio l'istituzione di un archivio digitalizzato ed informatizzato idoneo al deposito di verbali e registrazioni (art. 89-*bis* disp. att. c.p.p.), o ancora sostituendo un lessico anacronistico in favore di una terminologia certamente più moderna, così come evidenzia la nuova rubrica dell'art. 242 c.p.p. "Traduzione di documenti. Trascrizione di *registrazioni*".

Sommario: 1. L'individuazione della data di iscrizione del procedimento penale. – 2. Il D. L. n. 161/2019: la *discovery* degli atti di intercettazione. – 2.1 Il novellato articolo 268 comma 6 C.p.p. – 2.2 La *discovery* degli atti di intercettazione a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari – 2.3 La *discovery* degli atti di intercettazione nel caso di giudizio immediato. – 2.4 La *discovery* dei verbali di intercettazione a seguito del procedimento applicativo di una misura cautelare. – 3. La c.d. Udienza di Stralcio. – 4. La riforma sulle intercettazioni con riferimento all'articolo 270 C.p.p. – 4.1 L'utilizzabilità delle intercettazioni "tradizionali" in procedimenti diversi. – 4.2 L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate mediante il *trojan horse* in procedimenti diversi. – 5. Il controllo sulla legittimità delle intercettazioni operate mediante captatore informatico. – 6. La tutela della riservatezza quale obiettivo dichiaratamente perseguito dal D. L. n. 161/2019. – 7. Il divieto di trascrizione delle conversazioni o comunicazioni con il difensore.

1. L'individuazione della data di iscrizione del procedimento penale

Il Decreto Legislativo 30 dicembre 2019, n. 161, rubricato « *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni* », convertito con Legge 28 febbraio 2020, n. 7, interviene sulla disciplina delle intercettazioni modificando sia alcune delle disposizioni di cui al Decreto Legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 (c.d. Riforma Orlando), sia altre disposizioni del codice di procedura penale e disposizioni attuative, sempre con riferimento alla materia delle intercettazioni.

Le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 della c.d. Riforma Orlando, così come le disposizioni introdotte dal Decreto Legge n. 161/2019 acquistano efficacia nei procedimenti penali iscritti successivamente al 31 agosto 2020, data questa aggiornata in conseguenza dell'emergenza pandemica da Covid-19.

Emergenza sanitaria a parte, la disposizione transitoria di cui all'art. 1 D.L. n. 161/2019 era già stata emendata in sede di conversione sulla scorta delle preoccupazioni manifestate anche dal CSM, ed era già stata così posticipata la data di “confine” tra il “vecchio” regime ed il nuovo, inizialmente fissata nel 1 marzo 2020¹. La *ratio* sottesa al differimento dell'efficacia delle nuove disposizioni era essenzialmente riconducibile alla necessità di garantire alle procure della Repubblica un tempo sufficiente all'installazione delle apparecchiature informatiche e digitali richieste dalla riforma². Inoltre, va rilevato che l'adeguamento degli uffici delle procure alle nuove tecnologie era già stato posto alla base delle ben quattro proroghe di differimento dell'efficacia delle disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 del D. Lgs. n. 216/2017, essendo i soli articoli 1 e 6 già entrati in vigore.

Entrando nel “vivo” della novella, va segnalato che contrariamente a quanto prevedeva la c.d. Riforma Orlando³, l'art. 1 D.L. n. 161/2019 impone che l'efficacia della riforma sia subordinata alla data in cui è stato iscritto il

¹ Questa la data inizialmente prevista dal Disegno del Decreto Legge n. 161/2019.

² Tale necessità è espressa anche nella Relazione Tecnica di accompagnamento al D.L. n. 161/2019, a p. 1 reperibile sul sito <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2324.18PDL0088160.pdf>

³ L'art. 9 D. Lgs. n. 216/2017 prevedeva l'applicabilità delle nuove disposizioni ai provvedimenti autorizzativi delle intercettazioni emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, cioè a partire dal 26 luglio 2018.

procedimento penale; la scelta operata dal legislatore del 2019 chiarisce e semplifica il regime a cui devono sottostare le intercettazioni che viene ora determinato dal giorno di iscrizione del reato nel registro della Procura ai sensi dell'art. 335 C.p.p., e non già dal giorno in cui interviene il decreto autorizzativo. Grazie al nuovo dettame normativo vengono quantomeno arginate le problematiche che sarebbero sorte in caso di commistione di due differenti discipline all'interno di un medesimo procedimento penale come inizialmente previsto dal D. Lgs. n. 216/2017⁴; per fare un esempio, a differenza di quanto era stabilito nella c.d. Riforma Orlando, la disciplina odierna prevede che qualora vengano autorizzate le intercettazioni in un procedimento penale iscritto fino al 31 agosto 2020 – compreso –, anche il decreto di proroga è subordinato alla disciplina ante-riforma seppur postumo a tale data. Nonostante l'apprezzabile modifica apportata all'articolo 9 D. Lgs. n. 216/2017, non possono ritenersi esaurite tutte le questioni e le incertezze che potrebbero comunque sorgere in conseguenza dei due diversi regimi di intercettazioni; si pensi, ad esempio, al caso di intercettazioni relative a due procedimenti penali iscritti l'uno prima del 1 settembre 2020 e l'altro poi, ed in seguito riuniti. Come suggerisce il Parere del CSM sul Disegno di Legge, sarà compito della giurisprudenza elaborare le risoluzioni adeguate alle diverse problematiche che potrebbero verificarsi soprattutto nella prima fase applicativa della riforma.

2. Il D. L. n. 161/2019: la *discovery* degli atti di intercettazione

Secondo quanto stabilito dal combinato disposto dei novellati artt. 268 comma 4, 269 C.p.p. e 89-*bis* disp. att. C.p.p., i verbali e le intercettazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato le stesse, sono conservati presso il recentemente introdotto archivio digitale tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Proprio a seguito del deposito dei summenzionati atti presso l'archivio digitale, il codice di procedura penale fa sorgere in capo al pubblico

⁴ L'art. 9 del D. Lgs. n. 216/2017 prevedeva infatti che le disposizioni di cui agli artt. 2, 3, 4, 5 e 7 acquistassero efficacia « nelle operazioni di intercettazione per i provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore » del Decreto.

ministero l'obbligo di *discovery* dei risultati delle intercettazioni; sono in particolare gli articoli 268, 415-*bis*, 454 e 293 C.p.p. a regolare i differenti e alternativi meccanismi che consentono ai difensori di esaminare quanto depositato nell'archivio di cui all'articolo 89-*bis* disp. att. C.p.p. .

2.1 Il novellato articolo 268 C.p.p. comma 6 C.p.p.

L'articolo 268 comma 6 C.p.p. primo periodo, così come novellato dal D.L. n. 161/2019, regola uno dei possibili meccanismi di *discovery* degli atti, laddove prevede che, salvo il grave pregiudizio delle indagini, in seguito al deposito deve essere dato avviso ai difensori delle parti della facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni, ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche entro il termine fissato dal pubblico ministero.

Rispetto a quanto stabilito ante-riforma, la disposizione in questione presenta un unico aspetto di novità, legato sostanzialmente alla necessità di adattare le previsioni del codice all'avanzamento tecnologico dei tempi; com'è logico aspettarsi, coerentemente con l'istituzione dell'archivio *digitale*, le facoltà date ai difensori delle parti dovranno essere esperite « per via telematica ». Se da un lato risulta certamente apprezzabile l'emendamento attuato in sede di conversione del D.L. n. 161/2019 volto ad ampliare i soggetti legittimati all'avviso, originariamente individuati nei soli « difensori dell'imputato », per altro verso non si può che prendere mestamente coscienza della mancata previsione della facoltà per i difensori di estrarre copia degli atti visionati, confermata anche dalla Legge di conversione n. 7/2020. A parere di chi scrive, una tale menomazione del diritto di difesa non appare in alcun modo condivisibile. Neppure una eventuale *ratio* fondata sulla tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti nelle operazioni di intercettazione giustificerebbe la scelta del legislatore del 2019 di non colmare il *vulnus* normativo già presente nel codice del 1988, quale è la mancata previsione del diritto per i difensori di ottenere copia dei *files* visionati (*rectius*: ascoltati); risulterebbe fortemente pregiudizievole nei confronti dei difensori il timore che questi ultimi possano illecitamente diffondere le copie contenenti informazioni riservate dei soggetti intercettati, senza considerare il fatto che tale preoccupazione potrebbe essere arginata, se non addirittura elisa, da

meccanismi alternativi rispetto a quelli che comprimono il diritto di difesa. A tal riguardo, vi soccorre ad esempio il recentemente introdotto comma 2-*bis* art. 114 C.p.p. che, vietando la pubblicazione, anche parziale, delle intercettazioni non acquisite, impedisce la diffusione a mezzo stampa delle informazioni riservate e custodite presso l'archivio digitale di cui all'art. 269 C.p.p.. Soprattutto in considerazione della facoltà per i difensori di indicare ulteriori registrazioni ritenute rilevanti nella c.d. Udienza Stralcio di cui si tratterà in seguito, a nostro parere appare fortemente pregiudizievole del diritto di difesa limitare il diritto di copia degli atti esaminati solo quando questi siano stati trascritti (*ex art. 268 comma 8 C.p.p.*), ovvero acquisiti (*ex art. 89-bis comma 4 disp. att. C.p.p.*); per le ragioni sopra esposte non rimane che auspicare una lettura costituzionalmente orientata della norma, se non addirittura una riforma che preveda in maniera espressa tale facoltà.

2.2 La *discovery* degli atti di intercettazione a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari

La seconda disposizione che si occupa di disciplinare il primo contatto della difesa con gli atti delle intercettazioni è contenuta nel recentemente introdotto comma 2-*bis* art. 415-*bis* C.p.p.; secondo questo nuovo comma infatti, qualora non si sia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6, l'avviso di conclusione delle indagini per reati iscritti a partire dal 1 settembre 2020 dovrà contenere l'avvertimento che l'indagato e il suo difensore hanno la facoltà di esaminare per via telematica gli atti depositati presso l'archivio delle intercettazioni ed estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come rilevanti dal pubblico ministero. Entro 20 giorni dalla notifica dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* c.p.p., il difensore può inoltre depositare l'elenco di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti all'ufficio di procura e, qualora il Pubblico Ministero dovesse rigettare tale istanza⁵, il difensore è legittimato a richiedere al Giudice di procedere nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p. .

Com'è stato evidenziato dal Parere del CSM sul D.L. n. 161/2019, sorgono non poche perplessità in relazione alla ristrettezza dei termini stabiliti dal Legislatore; soprattutto laddove il materiale delle intercettazioni dovesse essere cospicuo, appare irrisorio il termine di 20 giorni entro cui il difensore

⁵ Il Pubblico Ministero accoglie o rigetta tale istanza con decreto motivato.

è vincolato ad esaminare gli atti ed eventualmente poi produrre l'elenco delle ulteriori intercettazioni.

Ci si domanda infine quale sia la soluzione nel caso in cui il Pubblico Ministero ometta di depositare formalmente gli atti di intercettazione nell'archivio a seguito dell'avviso di cui all'art. 415-*bis*; l'Ufficio del Massimario della Suprema Corte con la Relazione n. 35/2020⁶, al fine di rispondere al presente quesito, ha enunciato i due principali e antitetici orientamenti in tema di intempestivo deposito di elementi di prova. Secondo una prima tesi più risalente nel tempo⁷, il mancato deposito tempestivo di un elemento di prova determinerebbe non già la nullità del rinvio a giudizio e del conseguente decreto che dispone il giudizio, quanto l'inutilizzabilità del singolo atto, tranne nei casi di acquisizione dell'atto in un momento successivo all'avviso di conclusione delle indagini preliminari e prima del rinvio a giudizio, ovvero di indagine integrativa *ex art.* 419, comma 2 C.p.p., e suppletiva *ex art.* 430 C.p.p.; a questo orientamento se ne contrappone uno più recente⁸, secondo cui l'omesso deposito degli atti di indagine contestualmente alla notifica dell'avviso di cui all'art. 415-*bis* C.p.p. determina una nullità di ordine generale a regime intermedio per violazione delle prerogative difensive (*ex art.* 178, lett. c) C.p.p.). L'assunto su cui si fonda la seconda tesi è costituito dal fatto che in tale ipotesi non si verifica alcuna delle cause di inutilizzabilità di cui all'art. 271 C.p.p., essendo state le operazioni di intercettazioni legittimamente eseguite, ma si assiste piuttosto ad una violazione del procedimento dovuta all'omessa selezione e acquisizione delle stesse al fascicolo del dibattimento, eccezionale a richiesta di parte.

2.3 La *discovery* degli atti di intercettazione nel caso di giudizio immediato

Il legislatore del 2019 si è altresì premurato di disciplinare la *discovery* degli atti di intercettazione anche nel caso di giudizio immediato; all'articolo 454

⁶ Amoroso M. C. – Di Geronimo P. – Giordano L. – Tripicciono D., Relazione della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, n. 35 del 23 marzo 2020.

⁷ Cfr. Cass., V Sez., Sentenza n. 8353 del 16 gennaio 2013, Rv. 254714.

⁸ Cfr. Cass., II Sez., Sentenza n. 20125 del 10 aprile 2018, Rv. 272901.

C.p.p. è stato infatti introdotto il comma *2-bis* che prevede l'obbligo in capo al pubblico ministero di depositare l'elenco delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei flussi unitamente alla richiesta di giudizio immediato nel caso in cui non abbia proceduto ai sensi dell'art. 268 commi 4, 5 e 6 C.p.p. . Il nuovo comma affida al difensore le stesse facoltà garantite dall'art. 415-*bis* comma *2-bis*; la difesa può dunque depositare al Pubblico Ministero l'elenco delle ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti e di cui si chiede copia, e presentare altresì, in caso di rigetto o contestazioni dell'organo dell'accusa, istanza al Giudice affinché si proceda nelle forme di cui all'articolo 268 comma 6 C.p.p..

Giova rilevare l'aggiunta al comma *2-bis*, attuata in sede di conversione del D.L. n. 161/2019, del quarto periodo che legittima il difensore a richiedere una proroga di 10 giorni, oltre ai 15 canonici, entro cui poter esercitare le facoltà summenzionate. In estrema sintesi quindi, in caso di giudizio immediato, il termine finale entro cui la difesa può depositare l'elenco delle ulteriori intercettazioni ritenute rilevanti, ovvero richiedere il procedersi nelle forme di cui all'articolo 268, comma 6 C.p.p., è di 25 giorni dalla notifica di cui all'articolo 456, comma 4 C.p.p.; a parere di chi scrive, risulta incomprensibile la scelta operata dal legislatore in sede di conversione del D. L. n. 161/2019 di non prevedere la facoltà per il difensore di richiedere la proroga anche nel caso di cui all'art. 415-*bis* comma *2-bis* C.p.p., lasciando così inalterato il termine di 20 giorni, paradossalmente più compresso rispetto a quello previsto nel caso di giudizio immediato.

2.4 La *discovery* dei verbali di intercettazione a seguito del procedimento applicativo di una misura cautelare

In tema di applicazione di una misura cautelare, gli aspetti di novità relativi alle intercettazioni risultano essere principalmente due, e concernono rispettivamente il procedimento applicativo della misura, e le facoltà del difensore in seguito all'avvenuta notifica dell'ordinanza che applica la misura cautelare. In particolare, in sede di conversione del D.L. n. 161/2019, il legislatore ha previsto l'obbligo in capo al Pubblico Ministero di indicare al Giudice i verbali di cui all'articolo 268 comma 2 C.p.p. su cui si fonda la richiesta di applicazione di una misura cautelare, « limitatamente alle

comunicazioni o conversazioni rilevanti e comunque conferiti nell'archivio di cui all'art. 269 »⁹. I brani allegati nella richiesta dall'accusa al Giudice devono essere quindi rilevanti, così come espressamente richiesto dalla norma, e devono essere depositati nell'archivio digitale. Dal dettame normativo, si deduce che la pubblica accusa possa allegare anche solo i c.d. brogliacci di ascolto, non essendo previsto l'obbligo di presentare le registrazioni delle comunicazioni intercettate.

A corollario della richiesta del pubblico ministero e in linea con la Sentenza della Corte Costituzionale 10 ottobre 2008, n. 336, il novellato articolo 293, comma 3 C.p.p. prevede la facoltà in capo al difensore di « esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate » poste dall'accusa a fondamento della richiesta di applicazione della misura, nonché di ottenere la trasposizione delle registrazioni su idoneo supporto. Come auspicato, la Legge 28 febbraio 2020, n.7, ha modificato la previsione originariamente prevista dal Disegno del D.L. n. 161/2019 volta a sopprimere le facoltà per il difensore di esame e di copia dei verbali introdotte dal D. Lgs. n. 216/2017, ed ha ripristinato così in pieno il diritto di difesa, particolarmente rilevante e incisivo nel delicato momento cautelare. Giova infatti ricordare che in caso di applicazione di una misura cautelare, il diritto all'ascolto diretto e alla copia delle intercettazioni sono prerogative incompressibili, la cui violazione dà luogo ad un'ipotesi di nullità a regime intermedio¹⁰.

3. La c.d. Udienza Stralcio

La seconda parte dell'art. 268 comma 6 C.p.p. prevede che, una volta scaduto il termine fissato dal pubblico ministero entro cui i difensori dell'imputato possono esaminare per via telematica gli atti e ascoltare le registrazioni, il Giudice « dispone l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti, che non appaiano irrilevanti, procedendo anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza ».

⁹ Art. 291 comma 1 C.P.P. così come modificato

¹⁰ Cfr. Cass., S.U., Sentenza n. 20300 del 22 aprile 2010, Lasala, Rv. 246907.

Il D.L. 161/2019 riprende quasi *in toto* la disciplina prevista ante-riforma, rinnegando quindi la scelta operata dal legislatore del 2017 di rendere solo eventuale l'udienza di stralcio: il D. Lgs. n. 216/2017 infatti prevedeva in via principale che il G.I.P. acquisisse con ordinanza le intercettazioni non manifestamente irrilevanti indicate dalle parti a seguito di un'udienza camerale non partecipata.

Con la novella del 2019 invece, le "parti" hanno il diritto di essere avvisate almeno 24 ore prima dell'udienza così da potervi partecipare, ed hanno l'onere di presentare al giudice le conversazioni e/o i flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire in udienza. Nel caso in cui l'udienza di stralcio intervenga nel corso delle indagini preliminari, le sole parti che hanno il diritto di parteciparvi sono la pubblica accusa e l'indagato, non essendo la persona offesa dal reato una parte processuale in senso stretto; qualora invece, la l'udienza di stralcio dovesse intervenire in un momento successivo alla udienza preliminare e la persona offesa si sia costituita parte civile, si deve ritenere che anche questa abbia il diritto di parteciparvi.

Rispetto a quanto previsto ante-riforma, le principali novità della c.d. Udienza Stralcio sono due: innanzitutto, il legislatore ha inciso sulla sfera delle registrazioni oggetto di acquisizione che, per i procedimenti penali iscritti dal 1 settembre 2020 in avanti, dovranno essere « non irrilevanti », non essendo più prevista la non *manifesta* irrilevanza; in secondo luogo, il novellato comma 6 dell'art. 268 c.p.p. amplia i poteri del giudice consentendogli di procedere d'ufficio allo stralcio non solo delle conversazioni inutilizzabili¹¹, ma anche di quelle riguardanti « categorie particolari di dati personali », salvo che non ne sia dimostrata la rilevanza. Seppure il legislatore non fornisca una definizione di « dati personali », questa può essere ricavata in via indiretta dall'art. 268 comma 2 C.p.p., disposizione che impone all'accusa di non trascrivere le conversazioni lesive della reputazione di una persona e quelle aventi ad oggetto dati personali definiti come sensibili dalla legge¹².

In quest'ultimo caso, spetta al soggetto che intende far acquisire l'intercettazione concernente i dati *personali* dimostrare al giudice non già la non irrilevanza, bensì la rilevanza ai fini del procedimento attraverso

¹¹ Tali sono le intercettazioni operate in divieto alla legge.

¹² Si fa qui riferimento al D. Lgs. 196/2003, art. 4, comma 1, lett. d).

l'allegazione di elementi specifici ed idonei a dimostrare la necessità della comunicazione in questione al *thema probandum*.

Come precedente affermato, si procede all'udienza di stralcio anche nelle ipotesi in cui il difensore chieda di procedersi nelle forme di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p. a seguito del diniego del pubblico ministero all'acquisizione di ulteriori registrazioni ritenute rilevanti nei casi di cui all'art. 415-*bis* comma 2-*bis* ovvero 454 comma 2-*bis* c.p.p. .

A mente di quanto previsto ante-riforma, una volta conclusasi l'udienza di stralcio il giudice dispone la trascrizione ovvero la stampa in forma intellegibile delle intercettazioni ammesse, «osservando le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie » (art. 268 comma 7 c.p.p.), e dette trascrizioni o stampe sono inserite nel fascicolo del dibattimento di cui all'art. 431 c.p.p. . Il D.L. n.161/2019, in un'ottica di economia processuale, specifica poi che la perizia trascrittiva può essere disposta dal giudice « anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 », legittimando così il G.U.P. a nominare il perito anche a seguito dell'udienza preliminare, in modo da anticipare la perizia e circoscrivere le dilazioni processuali dovute all'espletamento di questa.

Uno degli aspetti maggiormente rilevanti della *neo*-disciplina è racchiuso periodo terzo, art. 268, comma 7 C.p.p., introdotto in sede di conversione attraverso la Legge n. 7/2020; nello specifico, la disposizione prevede che, nel caso di consenso delle parti, il giudice può utilizzare anche i c.d. “brogliacci di ascolto”, senza procedere alla trascrizione operata attraverso la perizia. Tale emendamento recepisce in maniera espressa l'orientamento ormai consolidato in giurisprudenza¹³ secondo cui anche i c.d. brogliacci di ascolto possono essere utilizzati nel giudizio ordinario ai fini della decisione, se vi è il consenso delle parti all'acquisizione di questi nel fascicolo del dibattimento¹⁴. In caso di contrasto, specifica poi la norma, si deve invece procedere nelle forme di cui all'articolo 268 comma 7 primo periodo C.p.p., quindi attraverso la perizia delle intercettazioni.

¹³ Cfr. C. Cass., VI Sez., Sentenza n. 24744 del 28 marzo 2018; C. Cass., III Sez., Sentenza n. 31299 del 16 maggio 2019.

¹⁴ Per una spiegazione approfondita sul punto si rimanda alla Relazione della Suprema Corte di Cassazione relativa alla Legge 28 febbraio 2020, n. 7, p. 34 ss.

4. La riforma sulle intercettazioni con riferimento all'art. 270 C.p.p.

Al fine di meglio determinare le modifiche attuate dalla riforma sulle intercettazioni con riferimento all'art. 270 C.p.p., risulta utile suddividere la trattazione delle modifiche che sono intervenute sulle intercettazioni "tradizionali" da un lato, e quelle inerenti alle intercettazioni operate con il c.d. *trojan horse* dall'altro.

Il punto di partenza, nonché punto in comune, delle due analisi è da ricercarsi nelle plurime pronunce rese dalla Corte Costituzionale aventi ad oggetto il diritto costituzionalmente garantito *ex art. 15 Cost.*

Chiamata ad esprimersi proprio in relazione alla questione di costituzionalità dell'art. 270 C.p.p., la Consulta nella Sentenza n. 336/1991 ha delineato i caratteri essenziali del diritto di libertà e di segretezza, marcandone l'inviolabilità sotto un duplice profilo; come si legge nella Sentenza menzionata, il valore espresso all'art. 15 Cost. non può essere oggetto né di revisione costituzionale né di limitazione o restrizione da alcuno dei poteri « se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante ». L'inviolabile diritto ad una comunicazione libera e segreta risulta strettamente connesso al « nucleo essenziale dei valori di personalità » posto a fondamento della garanzia per l'uomo di esistere e svilupparsi secondo i postulati della dignità umana. Per le ragioni poc'anzi espresse, la Corte Costituzionale giunge ad affermare che solo l'atto autorizzativo dell'autorità giudiziaria « puntualmente motivato » può legittimare un mezzo di ricerca della prova così fortemente invasivo della *privacy* di un soggetto, quale è lo strumento delle intercettazioni. La motivazione dell'atto che autorizza le intercettazioni vincola di fatto le operazioni sia per quanto attiene ai soggetti sottoposti a tale controllo, che ai fatti costituenti reato per i quali sono state disposte, elidendo così la minaccia di "autorizzazioni in bianco" lesive del bene tutelato *ex art. 15 Cost.* . Queste sono le principali ragioni espresse dalla Consulta per dichiarare infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'articolo 270 C.p.p., quale disposizione attuativa e non lesiva dei principi costituzionali relativi all'art. 15 Cost.. Verranno di seguito analizzate le modifiche relative a tale disposizione, attuate dalla riforma sulle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni.

4.1 L'utilizzabilità delle intercettazioni "tradizionali" in procedimenti diversi

La Legge 28 febbraio 2020, n. 7, è andata ad incidere in maniera significativa sulla disposizione di cui all'art. 270, comma 1, C.p.p., in tema di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, modificandone sensibilmente la portata. Procedendo con ordine nell'esposizione, va rilevato che il regime previsto dal codice del 1988 ed efficace per i procedimenti penali iscritti fino al 31 agosto 2020 dispone l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, « salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ». Attraverso la Sentenza 2 gennaio 2020, n. 51, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si è espressa proprio sulla portata della disposizione oggetto della trattazione, valorizzando il bilanciamento attuato dal comma 1 art. 270 C.p.p. tra l'inviolabile diritto di libertà e segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost. e l'interesse primario dello Stato alla prevenzione e repressione dei reati che destano particolare allarme sociale, quali sono i delitti che consentono l'arresto obbligatorio in flagranza. In un'ottica del tutto garantista, la Suprema Corte ha così esplicitato la *ratio* sottesa alla deroga espressa dalla norma, ed ha sottolineato l'importanza del divieto operato dall'art. 270 comma 1 C.p.p. come unico strumento idoneo ad annullare il pericolo delle « autorizzazioni in bianco » fortemente lesive del diritto di libertà dell'uomo. Il principio di diritto a cui sono giunti i Giudici di Piazza Cavour concerne la inoperatività del divieto di utilizzazione dei risultati di intercettazioni in procedimenti connessi *ex art. 12 C.p.p.* a quello in cui queste furono autorizzate, non trattandosi solo in questo caso di procedimenti diversi.

Nonostante le letture garantiste date sia dalla Corte Costituzionale, che dalla Corte di Cassazione e riassunte in questo commento, in sede di conversione del D. L. n. 161/2019, il legislatore ha notevolmente ampliato l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni in procedimenti diversi, sostituendo l'art. 270, comma 1, C.p.p. con il seguente: « i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di

delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266 comma 1 ». In altri termini, i risultati delle intercettazioni disposte nei procedimenti penali iscritti a far data dal 1 settembre 2020 potranno essere utilizzati, se rilevanti e indispensabili, anche in procedimenti *diversi*, purché si tratti di procedimenti che in astratto consentano lo strumento delle intercettazioni. Se da un lato appare evidente il concretizzarsi del pericolo di « autorizzazioni in bianco », dall'altro non si possono nemmeno escludere dubbi di legittimità costituzionale.

4.2 L'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate mediante il *trojan horse* in procedimenti diversi

Trattando ora il tema della utilizzabilità dei risultati di intercettazioni operate mediante il captatore informatico, giova fare una breve ma doverosa premessa. Il D. Lgs. n. 261/2017 prima, e il D. L. n. 161/2019 poi, hanno esteso la sfera dei reati per i quali risulta ammissibile l'intercettazione attraverso il c.d. *trojan horse* all'interno del domicilio; al comma 2-*bis* dell'art. 266 è ora previsto che l'intercettazione di comunicazione tra presenti mediante l'inserimento del captatore informatico « è sempre consentita per i delitti di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, e previa indicazione delle ragioni che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 Codice Penale, *per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4* ». Rispetto ai principi di diritto enucleati dalla Sentenza Scurato¹⁵, il legislatore ha esteso la sfera dei reati per i quali vengono consentite le intercettazioni operate mediante captatore informatico nei luoghi del privato domicilio anche se ivi non si stia svolgendo attività criminosa; in particolare, le intercettazioni ambientali nei luoghi di privato domicilio relative ai delitti contro la pubblica amministrazione di cui al titolo II, libro II del Codice Penale si pongono in un regime intermedio tra le intercettazioni ambientali dei reati comuni da un lato e dei reati di criminalità

¹⁵ Cass., S.U., Sentenza n. 26889 del 28 aprile 2016, Rv. 266905.

organizzata dall'altro: al pari di queste ultime possono essere disposte nel domicilio anche laddove non vi sia motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo attività criminosa, tuttavia, il decreto che le autorizza deve enunciare le ragioni che giustifichino l'intrusione nei luoghi di cui all'art. 614 C.P.

Fatta questa precisazione, e tornando ora alla trattazione dell'art. 270 C.p.p. in relazione alle intercettazioni operate mediante il *trojan horse*, la Legge 28 febbraio 2020, n. 7, modifica l'emendamento a sua volta apportato dal D. L. n. 161/2019 al comma 1-*bis*, introdotto attraverso il D. Lgs. n. 216/2017. Se la c.d. Riforma Orlando prevedeva l'inutilizzabilità dei risultati di intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico in procedimenti diversi, salvo che questi non risultassero indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza, la novellata disposizione prevede ora che « fermo restando quanto previsto dal comma 1, i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione qualora risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis* ». Non risulta di facile e diretta comprensione la sfera di operatività della presente disposizione poiché dalla scelta legislativa del termine « reati », non si comprende se l'utilizzabilità dei risultati di intercettazione sia consentita in relazione ad un diverso reato nell'ambito di uno stesso procedimento, ovvero se nell'ambito di diversi procedimenti. In attesa di una sufficiente elaborazione giurisprudenziale sul punto, si riportano qui le motivazioni espresse nel Parere del CSM al D. L. n. 161/2019, secondo cui dalla Relazione Tecnica al D. L., con l'inserimento della previsione all'interno dell'art. 270 C.p.p. (rubricato "Utilizzazione in altri *procedimenti*"), ed infine dall'esplicito richiamo al comma 1 se ne deve dedurre l'intenzione del legislatore di riferire il regime di utilizzabilità di cui all'art. 1-*bis* a procedimenti diversi, e non già a reati diversi all'interno di un medesimo procedimento.

Anche in questo caso, tuttavia, così come nel caso di cui all'art. 270 comma 1 C.p.p., vengono vanificate le letture garantiste date dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, potendo i decreti autorizzativi trasformarsi in «autorizzazioni in bianco», fortemente lesivi del diritto di cui all'articolo 15 Cost. . Per queste ragioni, non si può che auspicare una

riforma maggiormente protettiva dei diritti inviolabili e costituzionalmente garantiti qui sicuramente messi a rischio.

5. Il controllo sulla legittimità delle intercettazioni operate mediante captatore informatico

Al fine di consentire il controllo sulla legittimità delle operazioni di intercettazione tra presenti operate con il captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, la riforma Orlando aveva da un lato introdotto il terzo periodo all'art. 267 C.p.p., comma 1, disponendo che in caso in intercettazioni mediante il *trojan horse* per i delitti diversi da quelli di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater* C.p.p., nonché quelli diversi dai delitti dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (determinata ai sensi dell'articolo 4), il decreto autorizzativo dovesse indicare i luoghi e il tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono; e dall'altro, il D. Lgs. n. 216/2017 aveva modificato l'art. 89, comma 1 disp. att. C.p.p., aggiungendone il secondo periodo, in forza del quale nei verbali dovevano essere indicati sia il tipo di programma impiegato, che i luoghi in cui si svolgono le conversazioni o comunicazioni. Il D. L. n. 161/2019, all'art. 2, comma 2, lett. a), modifica la previsione di cui all'art. 89 comma 1 Disp. att. C.p.p. così come introdotta dalla Riforma Orlando, disponendo che nei verbali sia data l'indicazione dei luoghi in cui si svolgono le conversazioni o comunicazioni solo « ove possibile ». Appare evidente la lesione al diritto di difesa conseguente a tale modifica; nello specifico, laddove la polizia giudiziaria dovesse – *legittimamente* – omettere nel verbale l'indicazione dei luoghi in cui si sono svolte le conversazioni, non sarebbe in alcun modo possibile effettuare alcun controllo di legittimità delle operazioni, nonostante il decreto autorizzativo vincoli l'attivazione dei microfoni in determinati luoghi¹⁶.

¹⁶ L'indicazione dei luoghi in cui è consentito attivare i microfoni non risulta invece obbligatoria nei decreti autorizzativi nell'ambito di procedimenti penali aventi ad oggetto i reati di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4.

6. La tutela della riservatezza quale obiettivo dichiaratamente perseguito dal D. L. n. 161/2019

Attraverso il D.lgs. n. 216/2017 è stato introdotto l'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p., norma di dettaglio sull'archivio delle intercettazioni tenuto sotto la direzione e sorveglianza del Procuratore della Repubblica.

Tale disposizione, così come modificata dal legislatore del 2019, non solo prescrive al pubblico ministero di depositare i verbali, gli atti e le registrazioni nell'archivio digitale di cui all'art. 269 C.p.p., ma impone altresì le modalità di gestione di tale archivio volte ad assicurare la segretezza delle intercettazioni non necessarie per il procedimento, di quelle irrilevanti, di quelle inutilizzabili, ovvero di quelle riguardanti dati personali come definiti dalla legge o dal regolamento in materia, così come specificato nella Relazione Tecnica al decreto legge.

L'accesso all'archivio di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p. è consentito ad una cerchia limitata di soggetti che va via via ampliandosi contestualmente allo sviluppo del procedimento; salvo l'applicazione di una misura cautelare, durante la fase delle indagini preliminari sono legittimati ad accedere all'archivio il pubblico ministero, i suoi ausiliari e il G.I.P.; nei casi di cui agli artt. 268 C.p.p. e 415-*bis* C.p.p., sono altresì legittimati all'eccesso l'imputato ed il suo difensore; infine, a seguito dell'esercizio dell'azione penale, anche la persona offesa costituitasi parte civile e le altre parti processuali dovrebbero essere legittimate ad accedervi.

L'accesso all'archivio pone la difesa nella posizione di prendere cognizione di tutto il materiale risultante dalle intercettazioni, ivi compreso quello ritenuto non rilevante da parte del pubblico ministero. Una volta visionati tutti gli atti, compresi quelli coperti da segreto perché inutilizzabili o irrilevanti a parere del Procuratore, ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali, il difensore sarà in grado di - eventualmente - indicare le ulteriori registrazioni da acquisire al fine di contrastare l'accusa, anche in un momento successivo a quello di cui all'art. 415-*bis* C.p.p., potendo l'istruttoria dibattimentale determinare la rilevanza di intercettazioni giudicate come irrilevanti in un primo momento.

Il D.L. 161/2019 ha poi modificato sensibilmente l'originaria previsione di cui all'art. 89-*bis* disp. att. C.p.p. sopprimendo al comma 4 il divieto per i

difensori di fare copia delle registrazioni e degli atti custoditi nell'archivio riservato, modifica confermata anche in sede di conversione; viene ora prevista la facoltà in capo ai difensori delle parti di ottenere copia delle registrazioni acquisite a norma degli articoli 268, 415-*bis* e 454 C.p.p..

La novità di maggiore rilievo è però costituita dall'introduzione nel corpo dell'art. 114 C.p.p. di un comma 2-*bis* che prescrive il divieto assoluto di pubblicazione anche parziale delle intercettazioni non acquisite o acquisite irregolarmente. L'intenzione del legislatore è di eliminare la mala prassi di pubblicare o diffondere brani o stralci di conversazioni che nulla hanno a che fare con l'accertamento del reato ma solleticano solo la curiosità per dati sensibili che invece vanno ora affidati al necessario segreto.

7. Il divieto di trascrizione delle conversazioni e comunicazioni con il difensore.

L'art. 103 C.p.p., recante disposizioni in materia di garanzie di libertà del difensore, viene arricchito dal D.lgs. 216/2017, laddove il legislatore aggiunge una seconda parte al comma 7; trattasi del divieto di trascrizione, anche in forma riassuntiva, delle comunicazioni con il difensore casualmente captate che si aggiunge al divieto di utilizzabilità delle stesse.

Detta modifica, non soppressa dal D.L. 161/2019, impone ora - in aggiunta al divieto di utilizzazione - di non trascrivere nemmeno nei c.d. brogliacci di ascolto le conversazioni tra difensore e assistito; nel verbale infatti dovranno essere indicati soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

Trattasi, all'evidenza, di uno scudo aggiuntivo, ma ancora insufficiente, per garantire il diritto di difesa che avrebbe meritato, a nostro avviso, maggiore protezione con l'inserimento di diversa modalità operativa comportante direttamente l'interruzione dell'intercettazione stessa.
