

LA (CONTRO)RIFORMA DELLE INTERCETTAZIONI:
D.L. N. 161 DEL 2019

Claudia Larinni



SOMMARIO 1. L'ulteriore proroga dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 216/2017. — 2. “Contrordine” sulle intercettazioni: le modifiche al Codice di procedura penale, tra integrazioni del d.lgs. n. 216/2017 e cambi di rotta. — 2.1. Il captatore informatico: presupposti e procedimento. L'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in «procedimenti diversi», anche alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51). — 2.2. L'estensione della disciplina derogatoria dei requisiti delle intercettazioni (art. 13 d.l. n. 152/1991). — 2.3. La selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini. — 2.4. L'acquisizione delle intercettazioni: il ripristino del procedimento di stralcio antecedente al d.lgs. n. 216/2017. — 2.5. L'archivio riservato della documentazione delle intercettazioni. — 2.6. Intercettazioni e misure cautelari. — 3. Le modifiche relative a disposizioni non incise dal d.lgs. n. 216/2017.

1. L'ulteriore proroga dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 216/2017.

Il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, recante “Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni”, interviene, in larga parte, su quelle norme del Codice di rito che erano state oggetto di modifica da parte del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216¹, ripristinando il testo vigente prima della novella o modificandone le previsioni.

Alla data di emanazione del decreto-legge in commento, peraltro, la riforma del 2017 non era ancora vigente, essendone stata più volte prorogata l'entrata in vigore²,

¹ Recante “Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni”, in attuazione della delega prevista dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Con riferimento ai contenuti della delega, vd.: A. ZAMPAGLIONE, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. SPANGHER, Pacini, Pisa, 2017, p. 111 ss.; L. FILIPPI, *La delega in materia di uso del captatore informatico*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. SPANGHER, Pacini, Pisa, 2017, p. 151 ss. Per un approfondimento sui contenuti del d.lgs. n. 216/2017, vd.: P. DELL'ANNO – A. ZAMPAGLIONE, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, in *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. SPANGHER, Pacini, Pisa, 2018, p. 19 ss.; O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2018.

² L'entrata in vigore del d.lgs. n. 216/2017 è stata posticipata, dapprima, dal 26 luglio 2018 (data di entrata in vigore prevista dal testo originario dell'art. 9 d.lgs. n. 216/2017) all'1 aprile 2019 (d.l. 25 luglio 2018, n. 91, conv. in l. 21 settembre 2018, n. 108), poi nuovamente all'1 agosto 2019 (l. 30 dicembre 2018, n. 145), e, infine, all'1 gennaio 2020 (d.l. 14 giugno 2019, n. 53, conv. in l. 8 agosto 2019, n. 77).

fatta eccezione per l'art. 6 d.lgs. n. 216/2017, avente ad oggetto i presupposti delle intercettazioni in procedimenti per delitti contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali, sottoposto alla *vacatio legis* ordinaria e dunque già operativo dal 26 gennaio 2018³.

L'art. 1 d.l. n. 161/2019 pospone ulteriormente (per la quarta volta) l'entrata in vigore delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 216/2017, le quali troveranno applicazione soltanto ai procedimenti penali iscritti in data successiva al 29 febbraio 2020 e non, come da ultimo previsto (d.l. 14 giugno 2019, n. 53), alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019 (art. 9, c. 1 d.lgs. n. 216/2017, come modificato, da ultimo, dal d.l. n. 161/2019). L'incidenza della proroga sotto il profilo temporale risulta accentuata in considerazione del fatto che la stessa assume, quale parametro per determinare la disciplina applicabile, la data di iscrizione della notizia di reato nel relativo registro, escludendo dall'ambito di operatività della nuova regolamentazione le intercettazioni che, seppure autorizzate dopo la data di entrata in vigore della novella, siano disposte nell'ambito di procedimenti iscritti prima di tale data.

Analogamente, la previsione di cui all'art. 2, c. 1, lett. b) d.lgs. n. 216/2017 (modificativa dell'art. 114, c. 2 c.p.p.) acquisterà efficacia a decorrere dall'1 marzo 2020 (art. 9, c. 2 d.lgs. n. 216/2017, come modificato, da ultimo, dal d.l. n. 161/2019).

La proroga è stata giustificata alla luce dell'esigenza, «diffusa su gran parte del territorio nazionale, di completare l'avviata opera di adeguamento strutturale ed organizzativo presso tutti gli uffici delle procure della Repubblica alle nuove disposizioni», con particolare riguardo alla «predisposizione degli aspetti organizzativi imprescindibilmente connessi con l'avvio della digitalizzazione del sistema documentale e del software delle intercettazioni predisposto dal Ministero della giustizia»⁴. Si tratta, a ben vedere, delle medesime motivazioni poste a fondamento delle precedenti proroghe dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 216/2017.

³ Analogamente, con riguardo alla disciplina penale sostanziale, risulta già vigente (dal 26 gennaio 2018) la disposizione di cui all'art. 1 d.lgs. n. 216/2017, che ha introdotto nel nostro ordinamento il delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (nuovo art. 617-*septies* c.p.).

⁴ Atto Camera n. 2324 - D.d.l. di conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, presentato alla Camera il 31 dicembre 2019, in <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.2324.18PDL0088160.pdf>, p. 2.

Al fine di coordinare la vigenza del decreto-legislativo del 2017 con quella del d.l. n. 161/2019, quest'ultimo prevede, all'art. 2, c. 8, che le nuove disposizioni (analoga-mente a quelle del d.lgs. n. 216/2017) possano essere applicate soltanto ai procedimenti penali iscritti successivamente al 29 febbraio 2020.

La proroga dell'entrata in vigore di entrambe le riforme solleva problematiche di rilevante entità soprattutto con riguardo all'utilizzazione del captatore informatico nelle attività di intercettazione ambientale, alle quali si farà cenno nel prosieguo del presente contributo.

2. “Contrordine” sulle intercettazioni: le modifiche al Codice di procedura penale, tra integrazioni del d.lgs. n. 216/2017 e cambi di rotta.

Venendo all'esame delle modifiche apportate alla disciplina delle intercettazioni, preme innanzitutto sottolineare che la quasi totalità delle disposizioni del d.l. n. 161/2019 interviene sulle stesse norme del Codice di rito oggetto di modifica nel 2017. Si configura, pertanto, una vera e propria “controriforma”, seppure in mancanza di un'abrogazione espressa del d.lgs. n. 216/2017, di cui al contrario viene prorogata l'entrata in vigore. Tuttavia, in sede di presentazione del d.d.l. di conversione del d.l. n. 161/2019 alla Camera, è stato dichiarato che il decreto-legge è volto ad apportare dei meri «*correttivi*» alla riforma del 2017, al fine di «eliminare alcuni effetti distorsivi, specialmente sul piano della tutela delle garanzie difensive e della funzionalità nello svolgersi delle indagini preliminari, che si potrebbero produrre con l'immediata ed integrale applicazione» della stessa.

Così come il d.lgs. n. 216/2017, il recente decreto-legge mira principalmente a modulare la disciplina codicistica per garantire una maggiore tutela della «riservatezza delle persone»⁵, nonché a regolamentare l'utilizzo del captatore informatico (virus *trojan*) nell'ambito di attività di intercettazione ambientale⁶.

⁵ Atto Camera n. 2324 - D.d.l. di conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, *cit.*, pp. 1-2.

⁶ Per un approfondimento dei profili critici del d.lgs. n. 216/2017, vd. gli interventi svolti da G. GARUTI e A. SCALFATI nel corso dell'incontro “*Il processo penale dopo la riforma Orlando: l'attuazione delle deleghe in tema di intercettazioni e di sistema penitenziario*”, svoltosi in data 18 maggio 2018 presso l'Università degli Studi di Firenze nell'ambito del Corso di perfezionamento in Diritto e procedura penale “La recente legislazione penale”. La videoregistrazione dell'incontro è disponibile al seguente link: <https://discrimen.it/videos/la-recente-legislazione-penale-corso-di-perfezionamento-in-diritto-e-procedura-penale/>.

Per necessità di chiarezza espositiva, in questo paragrafo saranno delineati gli interventi su quelle disposizioni del Codice di rito che erano già state sottoposte a modifica da parte del legislatore nel 2017, affinché emergano più chiaramente differenze ed analogie tra le scelte operate nelle due riforme.

Il successivo paragrafo (n. 3) sarà invece dedicato alle modifiche che appaiono autonome rispetto alla precedente riforma, non avendo ad oggetto disposizioni già incise dal d.lgs. n. 216/2017.

2.1 – Il captatore informatico: presupposti e procedimento. L'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in «procedimenti diversi», anche alla luce della recente sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51).

La prima modifica, di particolare rilievo, ha ad oggetto le disposizioni di cui agli **artt. 266 e 267 c.p.p.**, relative ai presupposti delle operazioni di intercettazione ed ai contenuti del relativo provvedimento autorizzativo.

Sul punto il d.lgs. n. 216/2017 era intervenuto per prevedere espressamente, al comma 2 dell'art. 266 c.p.p., la possibilità di eseguire intercettazioni di comunicazioni tra presenti (c.d. intercettazioni ambientali) anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile (quali computer, smartphone o tablet)⁷, alla ricorrenza dei medesimi requisiti previsti, per la generalità delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, al comma 1 dell'art. 266 c.p.p. Veniva, in tal modo, disciplinato per la prima volta l'utilizzo di questo nuovo strumento investigativo, che, nonostante gli sforzi correttivi operati, sul piano ermeneutico, dalle Sezioni Unite del 2016⁸, continuava, in assenza di un'espressa disciplina legislativa, ad essere disposto quale prova atipica, ai sensi dell'art. 189 c.p.p.

Inoltre, introducendo un nuovo **comma 2-bis all'art. 266 c.p.p.**, il legislatore del 2017 ha previsto che l'intercettazione mediante captatore informatico «è sempre consentita» nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. La misura potrà pertanto essere disposta anche nei luoghi previsti dall'art. 614 c.p. (comprendenti l'abitazione, altri luoghi di privata dimora e le appartenenze di essi): in

⁷ Vd. M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 36.

⁸ Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, con nota di P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 5, 2016, p. 21 ss.

quest'ultimo caso, peraltro, non è neppure richiesto, come per i restanti reati per i quali le intercettazioni sono consentite (individuati al comma 1 dell'art. 266 c.p.p.), che vi sia fondato motivo di ritenere che presso questi luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa.

La possibilità di eseguire intercettazioni ambientali c.d. "domiciliari" mediante l'utilizzo del captatore informatico senza la necessità della prova del reato *in fieri* è stata in seguito estesa dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge "spazzacorrotti") ai «delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4» c.p.p.⁹. Al contrario, il d.lgs. n. 216/2017 aveva adottato una soluzione maggiormente garantista, prevedendo, al comma 2 dell'art. 6 (poi abrogato dalla l. n. 3/2019), che in quest'ultima ipotesi l'intercettazione ambientale nel domicilio non potesse essere eseguita mediante captatore informatico, quando non vi fosse motivo di ritenere che in tale sede si stesse svolgendo l'attività criminosa.

Il d.l. n. 161/2019 ha infine operato un'ulteriore estensione, prevedendo l'applicazione della disciplina derogatoria anche laddove i predetti reati siano commessi da incaricati di pubblico servizio (art. 2, c. 1, lett. c) d.l. n. 161/2019).

L'art. 267 c.p.p. è stato oggetto di un'analoga evoluzione in senso ampliativo. Dapprima il d.lgs. n. 216/2017, modificando il **comma 1** della predetta norma, ha disposto che il decreto del g.i.p. che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante l'utilizzo del captatore informatico debba indicare (qualunque sia il reato per il quale si procede) «le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini», nonché, soltanto laddove si proceda per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., «i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono». Successivamente il regime d'eccezione previsto per i delitti di criminalità organizzata è stato esteso dalla l. n. 3/2019 ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena edittale della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, e dal d.l. n. 161/2019 all'ipotesi questi ultimi reati siano commessi da incaricati di pubblico servizio (art. 2, c. 1, lett. d), n. 1 d.l. n. 161/2019).

⁹ Vd. sul punto: L. CAMALDO, *Il doppio binario in tema di intercettazioni di comunicazioni tra presenti*, in *La c.d. legge "spazzacorrotti". Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di C. IASEVOLI, Cacucci, Bari, 2019, p. 179 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità dei risultati*, in *L'intercettazione di comunicazioni*, a cura di T. BENE, Cacucci, Bari, 2018, p. 227 ss.

Il d.l. n. 161/2019 interviene anche sul **comma 2-bis dell'art. 267 c.p.p.**, introdotto dal d.lgs. n. 216/2017. La norma individua i presupposti per la disposizione d'urgenza di intercettazioni ambientali mediante l'inoculazione del virus *trojan* su dispositivo elettronico portatile: nel testo previsto dalla riforma del 2017, il pubblico ministero avrebbe potuto disporre la misura con decreto motivato allorquando vi fosse «fondato motivo» di ritenere che dal ritardo potesse derivare «grave pregiudizio alle indagini» (art. 267, c. 2 c.p.p.) e soltanto nell'ambito di procedimenti per i delitti di cui 51, c. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. Il recente decreto-legge ha, da ultimo, esteso la possibilità di procedere d'urgenza alle intercettazioni ambientali mediante l'impiego del captatore informatico anche nei procedimenti per delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena edittale della reclusione non inferiore a cinque anni (art. 2, c. 1, lett. d, n. 2 d.l. n. 161/2019).

L'equiparazione tra fattispecie di criminalità organizzata e delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione è stata oggetto di forti critiche, in considerazione del fatto che, «essendo in gioco una libertà fondamentale (art. 15 Cost.), appare irragionevole parificare l'incursione investigativa di fronte a due modelli criminali molto diversi per genesi, morfologia, manifestazione e beni violati»¹⁰. Si tratta di una scelta sintomatica di un più generale intento repressivo dei reati contro la pubblica amministrazione, già emerso in modo evidente con la legge «spazza-corrotti», e che incide negativamente sulla coerenza e la razionalità del rapporto tra disciplina generale e derogatoria, ovvero tra regola ed eccezione, che dovrebbe caratterizzare la sistematica del Codice: non si comprende infatti sulla base di quale argomentazione di carattere logico (ancor prima che giuridico, *rectius* di politica criminale *lato sensu* intesa) possa essere giustificata la sottoposizione dei predetti delitti ad una disciplina volta ad agevolare le attività di indagine attenuando i profili di garanzia, a fronte del mantenimento di tipi d'illecito di gravità ben maggiore (*in primis*, in ragione della natura del bene giuridico leso) nell'ambito applicativo della regolamentazione ordinaria (si pensi, tra gli altri, ai delitti di criminalità organizzata non contemplati dall'art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., come le fattispecie di associazione per delinquere *ex artt.* 416, c. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 c.p.)¹¹.

¹⁰ A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen.*, fasc. 1, 2020, p. 2.

¹¹ L. FILIPPI, *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, in *Arch. pen.*, fasc. 3, 2019, p. 42.

Quanto alla possibilità per la polizia giudiziaria di avvalersi, durante le operazioni di intercettazione ambientale mediante captatore informatico, di ausiliari *ex art.* 384, c. 4 c.p.p., ed al regime delle inutilizzabilità dei dati acquisiti, il d.l. n. 161/2019 non ha apportato alcuna modifica alle previsioni di cui agli artt. 268, c. 3-*bis* e 271, c. 1-*bis* c.p.p., introdotte dal d.lgs. n. 216/2017, rispetto alle quali, dunque, continuano a porsi i dubbi interpretativi già evidenziati in passato dalla dottrina¹².

La complessiva rimodulazione della disciplina del captatore informatico è completata dalla sostituzione, all'**art. 270 c.p.p.**, del **comma 1-*bis***, introdotto dal d.lgs. n. 216/2017 e relativo alla utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni tra presenti operate con tale strumento d'indagine per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione.

La riforma del 2017 aveva escluso l'utilizzabilità, fatta eccezione per la sola ipotesi in cui tali risultati fossero «indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza». Il d.l. n. 161/2019 adotta invece una soluzione di tutt'altro tenore, prevedendo l'utilizzabilità dei risultati anche per la prova di reati diversi, purché «compresi tra quelli indicati dall'articolo 266, comma 2-*bis*» c.p.p. Si tratta, ancora una volta, dei delitti di criminalità organizzata (art. 51, c. 1-*bis* e 1-*quater* c.p.p.) e di quei delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione che siano puniti con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. A ben vedere, il mancato inserimento del requisito della «indispensabilità» per l'accertamento del fatto riduce gli oneri di motivazione imposti al giudice e legittima l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in un numero ben più ampio di casi.

La scelta di legittimare l'utilizzo «esterno» del *trojan* risulta indubbiamente influenzata (come è stato espressamente ammesso anche in sede di presentazione alla Camera del d.d.l. di conversione¹³) dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi rispetto a quello nell'ambito del quale sono state autorizzate le attività di captazione (sent. 28 novembre 2019, n. 51). Tuttavia, occorre tenere in considerazione che il giudizio *de quo* aveva ad oggetto operazioni di intercettazione telefonica, e non di conversazioni tra presenti mediante captatore informatico.

¹² Vd. sul punto T. BENE, «*Il re è nudo*»: *anomie disapplicative a proposito del captatore informatico*, in *Arch. pen.*, fasc. 3, 2019, p. 5 ss.

¹³ Atto Camera n. 2324 - D.d.l. di conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, *cit.*, p. 3.

La questione sottoposta all'esame della Suprema Corte atteneva alla corretta interpretazione dell'art. 270, c. 1 c.p.p., il quale esclude l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni «in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza». Occorreva, in particolare, determinare l'esatta portata della nozione di «*procedimenti diversi*», al fine di stabilire se, come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità prevalente e dalle stesse Sezioni Unite in una precedente pronuncia¹⁴, essa si riferisca ai «reati non oggetto della intercettazione *ab origine* disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione»¹⁵.

La soluzione ermeneutica individuata dalle Sezioni Unite restringe l'ambito operativo del divieto di utilizzazione di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p. Secondo la Corte, infatti, quest'ultimo non opera «con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino *connessi ex art. 12 cod. proc. pen.* a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge». Rispetto a tali reati, pertanto, non sarà necessaria la verifica del carattere "indispensabile" dei risultati delle intercettazioni ai fini dell'accertamento di delitti per i quali l'arresto in flagranza di reato è previsto come obbligatorio.

Le Sezioni Unite, aderendo all'orientamento maggioritario, hanno privilegiato una nozione sostanziale e strutturale di "diverso procedimento", rispetto alla quale risulta privo di rilevanza l'aspetto estrinseco e formale del numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato (ritenuto invece decisivo dall'opposto filone interpretativo¹⁶).

Tuttavia, diversamente dalla giurisprudenza prevalente, la Suprema Corte non valorizza qualunque tipo di nesso sul piano oggettivo, probatorio o finalistico, ma esclusivamente la connessione *stricto sensu* intesa tra procedimenti, la quale ricorre

¹⁴ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 32695, Floris, con nota di A. INNOCENTI, *Le Sezioni Unite aprono all'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni disposte in "diverso procedimento"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1337 ss. Nello stesso senso, *ex plurimis*: Cass., sez. III, 28 febbraio 2018, n. 28516; Cass., sez. VI, 23 marzo 2016, n. 17698; Cass., sez. II, 5 luglio 2013, n. 43434; Cass., sez. II, 10 ottobre 2013, n. 3253; Cass., sez. VI, 15 novembre 2011, n. 46244.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51, punto 1 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ In base a questo orientamento, si sarebbe in presenza del "medesimo" procedimento e, dunque, non opererebbe il divieto di cui al comma 1 dell'art. 270 c.p.p., anche allorquando un procedimento, inizialmente unitario, sia stato successivamente frazionato, in quanto l'art. 270 c.p.p. postula l'esistenza di più procedimenti *ab origine* tra loro distinti. In tal senso, *xx plurimis*: Cass., sez. IV, 8 aprile 2015, n. 29907; Cass., sez. I, 17 dicembre 2002, n. 2930; Cass., sez. III, 14 aprile 1998, n. 1208.

nelle ipotesi formalizzate dall'art. 12 c.p.p. Secondo le Sezioni Unite, infatti, soltanto in quest'ultimo caso può essere ravvisato quel "legame sostanziale" tra il reato in relazione al quale il provvedimento autorizzativo all'intercettazione è stato emesso ed il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione che rende «quest'ultimo reato riconducibile al provvedimento autorizzatorio e, dunque, in linea con l'art. 15 Cost.»¹⁷, il quale, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, vieta "autorizzazioni in bianco"¹⁸. Il nesso che lega i procedimenti connessi ex art. 12 c.p.p. si fonda infatti sull'identità, totale o parziale, della regiudicanda oggetto di ciascuno di essi: si riscontra, pertanto, un «legame oggettivo tra due o più reati»¹⁹, del tutto indipendente dalla vicenda procedimentale.

Non è possibile, al contrario, giungere alle medesime conclusioni con riguardo alle ipotesi di collegamento investigativo di cui all'art. 371, c. 2, lett. b) c.p.p., in cui il nesso è di carattere meramente "occasionale", intercorrendo «non già tra il reato in riferimento al quale è stata emessa l'autorizzazione e quello messo in luce dall'intercettazione, ma tra le "conseguenze" del primo e il secondo»²⁰. Rispetto a tali ipotesi, pertanto, i risultati delle intercettazioni potranno essere impiegati soltanto al fine di desumere notizie di reato e di procedere alla raccolta di nuovi ed autonomi elementi di prova da porre a fondamento dell'azione penale: tale modalità di impiego, infatti, non rientra nell'ambito applicativo del divieto di cui all'art. 270, c. 1 c.p.p.

Le Sezioni Unite hanno sottolineato che, in ogni caso, i risultati ottenuti sulla base dell'intercettazione autorizzata in relazione ad un diverso reato, nell'ambito di un procedimento connesso ex art. 12 c.p.p., possono essere utilizzati unicamente al fine di accertare un reato rispetto al quale ricorrano i requisiti di ammissibilità di cui agli artt. 266 e 267 c.p.p.²¹, i quali sono «espressione diretta e indefettibile della riserva assoluta di legge ex art. 15 Cost. (...) e dell'istanza di rigorosa - e inderogabile - tassatività che da essa discende»²².

¹⁷ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51, punto 11 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 361.

¹⁹ Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2017, n. 53390.

²⁰ Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51, punto 11.2 del *Considerato in diritto*.

²¹ In senso contrario: Cass., sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 19496; Cass., sez. F., 23 agosto 2016, n. 35536.

²² Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, n. 51, punto 8 del *Considerato in diritto*. Vd. anche Corte cost., 10 febbraio 1994, n. 63.

Risulta evidente come il riconoscimento dell'utilizzabilità dei risultati delle attività di intercettazione in procedimenti differenti, già idoneo a produrre effetti dirompenti, in ordine all'esercizio dei diritti di difesa, con riguardo alle intercettazioni "tradizionali", suscita perplessità ancora maggiori rispetto alle intercettazioni ambientali effettuate mediante captatore informatico, in ragione del carattere particolarmente invasivo e sofisticato di questa modalità di captazione delle comunicazioni e, conseguentemente, del più elevato rischio di lesione del diritto alla riservatezza non soltanto di soggetti terzi, estranei al procedimento e solo occasionalmente coinvolti dall'attività di ascolto, ma anche dello stesso indagato.

Inoltre, la proroga dell'entrata in vigore sia del d.lgs. n. 216/2017, che del recente decreto-legge in commento fa sì che l'utilizzo di questo strumento d'indagine continui ad essere impiegato facendo leva «sulle maglie larghe della prova atipica»²³, peraltro a fronte di un ampliamento, a livello legislativo, dell'utilizzo del captatore informatico. Peraltro, i requisiti richiesti dall'art. 189 c.p.p., di per sé non particolarmente stringenti, risultano insufficienti rispetto alle intercettazioni, rispetto alle quali, in quanto compiute in segreto durante le indagini preliminari, non è in alcun modo configurabile un previo contraddittorio davanti al giudice per determinare le modalità di svolgimento delle operazioni di captazione. Tali aspetti dovranno essere necessariamente oggetto di dettagliata regolamentazione da parte dei successivi decreti del Ministero della Giustizia, destinati a sostituire o ad integrare le previsioni del già vigente d.m. 20 aprile 2018 e la cui adozione è espressamente prevista dall'art. 2, c. 3 d.l. n. 161/2019.

In attesa dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, l'impiego del captatore informatico in operazioni di intercettazione ambientale appare ammissibile esclusivamente nelle ipotesi delineate dalle Sezioni Unite Scurato, ossia nell'ambito di procedimenti per reati di criminalità organizzata, comprensivi sia dei delitti di cui all'art. 51, c. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., sia dell'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p., e con esclusione del mero concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p. Inoltre, in base a quanto statuito dalla Suprema Corte, in tali casi il captatore informatico potrà essere impiegato anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 c.p., peraltro anche in mancanza di un reato *in fieri*²⁴.

²³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2019, p. XXVI.

²⁴ L. FILIPPI, *Riforme attuate, riforme fallite e riforme mancate degli ultimi 30 anni. Le intercettazioni*, cit., p. 42.

2.2 – L'estensione della disciplina derogatoria dei requisiti delle intercettazioni (art. 13 d.l. n. 152/1991).

Tra le più rilevanti integrazioni operate dal d.l. n. 161/2019 alle soluzioni normative individuate dalla riforma del 2017, rientra senza dubbio l'ulteriore estensione dell'ambito applicativo della disciplina derogatoria dei requisiti per disporre le intercettazioni, prevista dall'**art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152** (conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203). Si tratta di requisiti fortemente attenuati, in quanto l'intercettazione è consentita, in deroga ai presupposti ordinari previsti dall'art. 267 c.p.p. per i reati "comuni" ex art. 266, c. 1 c.p.p., quando questa risulti «necessaria» (non «assolutamente indispensabile») ai fini dello «svolgimento» (e non della «prosecuzione») delle indagini, potendo quindi essere disposte come primo atto d'indagine; inoltre occorre che vi siano indizi di reato «sufficienti» (non «gravi»). In aggiunta, l'art. 13 d.l. 152/1991 prevede termini di durata massima delle operazioni di intercettazione maggiori rispetto a quelli ordinari (pari a quaranta, anziché a quindici giorni) e periodi di proroga più ampi (venti giorni, in luogo degli ordinari quindici).

La predetta disciplina trovava applicazione, fino alla novella del 2017, soltanto ai delitti di criminalità organizzata²⁵, di minaccia col mezzo del telefono, di terrorismo, anche internazionale (art. 407, c. 2, lett. a, n. 4 c.p.p.; art. 3 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374; artt. 270-*ter* e 280-*bis* c.p.), ed ai delitti contro la libertà individuale (art. 9 l. 11 agosto 2003, n. 228; artt. 600-604 c.p.). L'art. 6 d.lgs. n. 216/2017 ne ha disposto l'estensione ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Infine, il d.l. n. 161/2019 (art. 2, c. 7), modificando l'**art. 6 d.lgs. n. 216/2017**, ha operato un ulteriore ampliamento, in ragione del quale i requisiti attenuati sono applicati anche laddove gli anzidetti delitti contro la pubblica amministrazione siano commessi da incaricati di pubblico servizio. Si tratta delle medesime categorie di reati rispetto alle quali sia la legge "spazza-corrotti" (l. n. 3/2019), che il più recente d.l. n. 161/2019 hanno previsto un più ampio e semplificato utilizzo del captatore informatico nelle intercettazioni ambientali.

Come detto in precedenza, le disposizioni di cui all'art. 6 d.lgs. n. 216/2017 sono entrate in vigore, al contrario delle restanti previsioni in materia processuale, in data 26 gennaio 2018, non essendo stata disposta, rispetto ad esse, alcuna proroga. I nuovi

²⁵ Tale nozione ricomprende, secondo la giurisprudenza maggioritaria, non soltanto i delitti di criminalità mafiosa ed assimilati, ma anche l'associazione a delinquere ex art. 416 c.p. È, invece, escluso il semplice concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p.

requisiti per la disposizione di intercettazioni nell'ambito di procedimenti per delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione devono quindi ritenersi, allo stato attuale, già operativi. Quanto all'ipotesi in cui i medesimi reati siano posti in essere da incaricati di pubblico servizio (contemplata dall'art. 2, c. 7 d.l. n. 161/2019), a ben vedere trovano ancora applicazione, alla data di pubblicazione del presente contributo, i requisiti ordinari di cui all'art. 267 c.p.p., in quanto le disposizioni del d.l. n. 161/2019 potranno essere applicate soltanto ai procedimenti penali iscritti in data successiva al 29 febbraio 2020 (art. 2, c. 8 d.l. n. 161/2019).

2.3 – *La selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini.*

Venendo alle modifiche apportate alla disciplina codicistica del sotto-procedimento di esecuzione ed acquisizione delle intercettazioni, risulta di particolare importanza la soppressione dell'**ultimo periodo del comma 4 dell'art. 267 c.p.p.**, introdotto dal d.lgs. n. 216/2017. La disposizione in parola era stata oggetto di aspre critiche da parte non soltanto della dottrina, ma anche di alcuni Procuratori della Repubblica, in quanto attribuiva alla polizia giudiziaria un compito preliminare (ma di notevole importanza) di selezione delle intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini ed un conseguente obbligo di informazione preventiva al pubblico ministero, mediante annotazione scritta *ex art. 357 c.p.p.* sui soli «contenuti» delle intercettazioni e comunicazioni, e non sul testo integrale delle comunicazioni captate.

Nell'operare tale giudizio di rilevanza, l'ufficiale di polizia giudiziaria, delegato all'ascolto dal pubblico ministero, avrebbe dovuto attenersi alle prescrizioni di cui al **comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p.**, anch'esso superato dal recente d.l. n. 161/2019. La disposizione prevedeva il divieto di «trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni *irrilevanti* ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle, parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge».

Nella Relazione illustrativa al testo del d.lgs. n. 216/2017, conformandosi alle indicazioni in precedenza fornite dal CSM²⁶, il legislatore aveva, peraltro, chiarito che il combinato disposto degli artt. 267, c. 4 e 268, c. 2-bis c.p.p. imponeva alla polizia

²⁶ Circolare sulla «Ricognizione delle buone prassi in materia di intercettazione» del Consiglio Superiore della Magistratura, Delibera C.S.M. 29 luglio 2016, num. 285/VV/2016, in <https://www.pena-lecontemporaneo.it/upload/1473329938Delibera%20CSM%20290716.pdf>, p. 9.

giudiziaria di informare preventivamente il pubblico ministero sia in caso di conversazioni ritenute irrilevanti ai sensi dell'art. 268, c. 2-*bis* c.p.p., affinché la pubblica accusa potesse svolgere un controllo e, se del caso, esprimere un giudizio contrario (disponendo la trascrizione *ex art.* 268, c. 2-*ter* c.p.p.), sia allorquando sussistesse un dubbio circa la rilevanza della registrazione. La soluzione, tuttavia, rischiava di porsi in contrasto con il divieto, espresso dall'art. 268, c. 2-*bis* c.p.p., di trascrivere, anche sommariamente (e quindi anche nell'ambito di un'interlocuzione preliminare tra polizia giudiziaria e pubblico ministero), conversazioni o comunicazioni prive di rilevanza ai fini delle indagini²⁷.

Nell'ambito di questo meccanismo, dunque, il pubblico ministero era chiamato a svolgere un controllo successivo sulla selezione delle captazioni operata dalla polizia giudiziaria, potendo disporre, ai sensi del **comma 2-*ter* dell'art. 268 c.p.p.** (anch'esso abrogato dal d.l. n. 161/2019), che le comunicazioni e conversazioni giudicate *prima facie* irrilevanti fossero trascritte, laddove ritenute dallo stesso «rilevanti» (o, se relative a dati sensibili, «necessarie») ai fini di prova²⁸.

Le modifiche operate dal d.lgs. n. 216/2017, volte a tutelare la riservatezza delle comunicazioni captate e ad impedirne la divulgazione al di fuori del procedimento, avevano suscitato perplessità non soltanto con riferimento all'attribuzione di un potere di considerevole importanza alla polizia giudiziaria, spogliando, nella sostanza, il pubblico ministero delle sue prerogative in ordine alla valutazione della rilevanza della captazione²⁹, ma anche in ragione della difficoltà di svolgere una corretta verifica circa la rilevanza delle comunicazioni nella fase iniziale delle indagini preliminari. Come è stato opportunamente osservato, «è, infatti, oltremodo frequente nella pratica che i dialoghi vengano captati in una serie di intercettazioni, anche intervallate, che maturano un più ampio esito comunicativo solo a distanza e nella loro lettura complessiva»³⁰.

²⁷ Vd. sul punto G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1, 2018, p. 174.

²⁸ Sostiene l'insufficienza dei controlli postumi del pubblico ministero a compensare l'assenza di garanzie insita nell'operato selettivo della polizia giudiziaria O. MAZZA, *Amorfismo legale e adiaforia costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. 4, 2018, p. 684.

²⁹ F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, in *Proc. pen. giust.*, fasc. 4, 2018, p. 790. Vd. sul punto anche L. FILIPPI, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 3, 2018, p. 298.

³⁰ F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, cit., p. 790. Nello stesso senso, vd.: C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2017, p. 83; G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in*

Contestualmente all'espunzione dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 267 c.p.p. è stato anche sostituito il **comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p.**, il quale, venute meno le attribuzioni della polizia giudiziaria in punto di valutazione della rilevanza delle intercettazioni, attualmente dispone che sia il pubblico ministero a dare indicazioni ed a vigilare «affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini»³¹.

2.4 – *L'acquisizione delle intercettazioni: il ripristino del procedimento di stralcio antecedente al d.lgs. n. 216/2017.*

Con riferimento al profilo delle modalità di acquisizione delle intercettazioni, il recente decreto-legge adotta una soluzione diametralmente opposta a quella abbracciata dal d.lgs. n. 216/2017, ripristinando il testo dell'**art. 268 c.p.p.** antecedente alla riforma del 2017 (fatta eccezione per alcune limitate modifiche, che saranno a breve analizzate). Viene, pertanto, sostituito il comma 4 dell'art. 268 c.p.p., che era stato in larga parte modificato dal d.lgs. n. 216/2017, e sono abrogati gli artt. 268-*bis*, 268-*ter* e 268-*quater* c.p.p., anch'essi introdotti dal predetto decreto-legislativo. Quest'ultimo aveva anche abrogato i commi 5, 6, 7 e 8 dell'art. 268 c.p.p., oggi nuovamente vigenti.

Si abbandona, in tal modo, il meccanismo differenziato (a seconda che intervenisse o meno, *medio tempore*, una richiesta di misura cautelare) di acquisizione dei risultati delle intercettazioni al fascicolo delle indagini previsto dalla riforma del 2017³², per tornare all'originario sub-procedimento c.d. di "stralcio".

Rispetto al testo anteriore alla riforma del 2017, i **commi 4, 5, 6, 7 e 8 dell'art. 268 c.p.p.** sono stati oggetto di alcune modifiche.

Si tratta in particolare della previsione, al **comma 4**, della conservazione dei verbali (c.d. brogliacci d'ascolto) e delle registrazioni non più presso la segreteria del pub-

materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1, 2018, p. 173.

³¹ Si esprime in senso critico sul punto A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., pp. 2 s.

³² Sul punto vd. *amplius* F. VERGINE, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, cit., p. 792 ss.

blico ministero, bensì all'interno dell'archivio gestito, diretto e sorvegliato dal Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni (artt. 269, c. 1 c.p.p. e 89-*bis* disp. att. c.p.p.), istituito dal d.lgs. n. 216/2017.

Inoltre, al **comma 6** viene circoscritto l'obbligo, imposto all'organo inquirente, di dare avviso della facoltà di esaminare gli atti ed ascoltare le registrazioni: tale obbligo informativo viene previsto soltanto a favore del difensore dell'imputato, mentre il testo della norma antecedente alla novella del 2017 lo estendeva ai difensori delle altre parti private. Sempre al comma 6, si prevede che il giudice debba disporre l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni indicati dalle parti, laddove non appaiano «*irrilevanti*». Viene previsto, inoltre, che il giudice proceda, anche d'ufficio, allo stralcio non soltanto delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione (secondo quanto prevedeva l'art. 268, c. 6 c.p.p. prima della novella del 2017), ma anche di «quelli che riguardano categorie particolari di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza».

In base alla versione originaria dell'art. 268, c. 6 c.p.p. (antecedente alla riforma del 2017), al contrario, il giudice poteva rigettare la richiesta di acquisizione soltanto in caso di «*manifesta irrilevanza*» dell'intercettazione: pertanto, in caso di dubbio circa la rilevanza, questa avrebbe dovuto essere acquisita. Si determina, in tal modo, un significativo ampliamento dei margini di discrezionalità del giudizio affidato all'organo giudicante, il quale sarà legittimato a disporre l'acquisizione della conversazione del materiale intercettivo soltanto in caso di piena e certa *rilevanza* dello stesso.

A ben vedere, il d.l. n. 161/2019 ha accolto i criteri a suo tempo espressi dalla legge di delega (art. 84, lett. a) l. n. 103/2017) all'emanazione del d.lgs. n. 216/2017: quest'ultimo, al contrario, aveva adottato una soluzione maggiormente conservativa, continuando a prevedere il requisito della non manifesta irrilevanza.

L'adozione del criterio «positivo» della rilevanza, se da una parte assicura una maggiore protezione del diritto alla riservatezza, circoscrivendo il materiale intercettivo da acquisire, dall'altra parte risulta essere scarsamente consentaneo ai criteri generali di ammissione della prova di cui all'art. 190 c.p.p. (che si riferisce alla irrilevanza di carattere non manifesto) e limitativo del diritto alla prova. Inoltre il giudizio sulla (piena) rilevanza della conversazione intercettata, diversamente da quello sulla non manifesta irrilevanza, oltre a presentare indubbi profili di discrezionalità che ri-

schiano di pregiudicare la piena attuazione del principio dispositivo della prova, appare difficilmente praticabile in concreto³³. Si profila, pertanto, il rischio che il giudice interpreti il requisito in esame in senso eccessivamente restrittivo o che, al contrario, torni (seppure non apertamente) ad adottare, in caso di dubbio, il parametro della ir-rilevanza non manifesta.

Infine, si dispone, al **comma 7**, che la trascrizione integrale delle registrazioni (ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazione), ai fini del successivo inserimento nel fascicolo per il dibattimento, possa essere disposta «anche nel corso delle attività di formazione del fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'articolo 431» c.p.p., nell'osservanza delle forme e delle garanzie previste per l'espletamento delle perizie.

Occorre tuttavia sottolineare che il recente intervento normativo non ha regolamentato l'ipotesi in cui la trascrizione delle intercettazioni sia disposta nel corso del dibattimento, come talora avviene nella prassi. Al contrario, il d.lgs. n. 216/2017, integrando il comma 1 dell'art. 472 c.p.p., aveva disposto che si dovesse procedere a porte chiuse alle operazioni di acquisizione delle intercettazioni (disciplinate dall'art. 268-ter c.p.p., introdotto dal d.lgs. n. 216/2017 e in seguito abrogato dal d.l. n. 161/2019) «quando le ragioni della rilevanza a fini di prova emergono nel corso dell'istruzione dibattimentale». Il d.l. n. 161/2019 ha eliminato tale previsione: si deve ritenere, pertanto, che la riservatezza delle parti private e degli altri soggetti coinvolti nell'attività di captazione possa essere tutelata soltanto mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 472, c. 2 c.p.p., sulla scorta delle statuizioni della Corte costituzionale in materia³⁴.

Per esigenze di completezza, si segnala, relativamente al profilo della trascrizione delle intercettazioni, l'abrogazione dell'**art. 493-bis c.p.p.** (introdotto dal d.lgs. n. 216/2017): la trascrizione integrale o la stampa in forma intellegibile, per effetto del recente decreto-legge, dovrà nuovamente essere disposta ai sensi del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. Conseguentemente, per esigenze di coordinamento è stato modificato anche l'**art. 242 c.p.p.**, in cui era stato inserito un riferimento all'art. 493-bis c.p.p. Sempre

³³ Vd. sul punto le considerazioni svolte da A. CAMON, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in *Arch. pen.*, Supplemento al n. 1/2018, p. 461. Vd. anche C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 82 ss. L'Autrice sottolinea come «le intercettazioni che riguardano fatti o circostanze estranei alle indagini» appaiano «“non pertinenti” prima e piuttosto che “irrilevanti”», in quanto il requisito della rilevanza attiene, più propriamente, alla idoneità del dato probatorio a fornire un'informazione utile per l'accertamento del fatto.

³⁴ Corte cost., 5 novembre 2012, n. 255.

con riguardo al dettato dell'art. 242 c.p.p., la desueta nozione di «nastro magnetofonico» è stata sostituita con il più moderno concetto di «registrazione», sia nel testo che nella rubrica della norma.

2.5 - *L'archivio riservato della documentazione delle intercettazioni.*

All'art. 269 c.p.p., il d.l. n. 161/2019 reintroduce il sistema di conservazione della documentazione relativa alle intercettazioni vigente prima dell'intervento normativo del 2017, mantenendo, tuttavia, la previsione dell'archivio gestito dalla procura della Repubblica, istituito dallo stesso d.lgs. n. 216/2017 e destinato ad ospitare i verbali, le registrazioni ed ogni altro atto relativo alle intercettazioni.

Se resta invariata la natura del materiale contenuto nell'archivio, mutano, quantomeno sotto il profilo strettamente formale, alcune caratteristiche organizzative dello stesso. Modificando il comma 1 dell'art. 269 c.p.p., il recente decreto-legge ha eliminato la qualificazione dell'archivio come «riservato»³⁵ e la previsione secondo cui i documenti custoditi nell'archivio sono «coperti da segreto». Come è stato condivisibilmente sostenuto, l'espunzione dell'aggettivo «riservato» non comporta la libera accessibilità all'archivio di soggetti terzi: «anzi, con malizia, qualcuno potrebbe persino ritenere che, se non è «riservato», gli interessati allo *scoop* mediatico potrebbero accedervi»³⁶.

Il carattere della segretezza è, peraltro, espressamente affermato nel nuovo testo dell'art. 89-*bis* disp. att., sostituito dal d.l. n. 161/2019. Il comma 2, dispone, infatti, che l'archivio *ex art.* 269, c. 1 c.p.p. «è gestito con modalità tali da assicurare la *segretezza* della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie per il procedimento, ed a quelle irrilevanti o di cui è vietata l'utilizzazione ovvero riguardanti categorie particolari di dati personali». Il comma 3 dell'art. 89-*bis* disp. att. c.p.p. individua i soggetti legittimati ad accedere all'archivio: la formulazione risulta essere identica a quella prevista dal d.lgs. n. 216/2017.

Un'importante novità attiene, invece, alle facoltà riconosciute alle parti che abbiano accesso all'archivio riservato: mentre la riforma del 2017 prevedeva che i difensori delle parti potessero soltanto ascoltare le registrazioni, in base al d.l. n. 161/2019

³⁵ L'art. 92, c. 1-*bis* disp. att. c.p.p. è stato oggetto della medesima modifica.

³⁶ A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 3.

le parti possono anche «ottenere copia delle registrazioni e degli atti quando acquisiti a norma degli articoli 268 e 415-*bis*» c.p.p.

Il recente decreto-legge prevede, inoltre, che l'archivio sia «gestito e tenuto sotto la direzione e la sorveglianza del Procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha chiesto ed eseguito le intercettazioni», mentre il d.lgs. n. 216/2017 disponeva, in termini più generali, la collocazione dell'archivio in esame «presso l'ufficio del pubblico ministero che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni».

È opportuno precisare che resta comunque immutata la previsione secondo cui al g.i.p. ed al difensore dell'imputato è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate (art. 269, c. 1 c.p.p.). È stato invece abrogato l'art. 268-*bis* c.p.p., introdotto nel 2017 per disciplinare, nell'ambito del sistema differenziato di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini, le modalità di deposito del materiale nell'archivio riservato.

A seguito della eliminazione del meccanismo differenziato di acquisizione previsto dal d.lgs. n. 216/2017 ed al conseguente ripristino del procedimento di stralcio, è stato soppresso il comma 1-*bis* dell'art. 269 c.p.p., introdotto dalla riforma del 2017. In base alla disposizione *de qua*, dopo che il g.i.p. avesse disposto, con ordinanza, l'acquisizione delle intercettazioni rilevanti al fascicolo delle indagini preliminari (se si fosse proceduto in via ordinaria *ex art. 268-*quater** c.p.p., ora abrogato), o dopo che il pubblico ministero avesse disposto l'inserimento all'interno del medesimo fascicolo (se si fosse proceduto *ex art. 286-*ter**, c. 1 c.p.p. – non più vigente –, essendo stata disposta *medio tempore* una misura cautelare), i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni così acquisite cessavano di essere coperti da segreto istruttorio, con conseguente possibilità, per i difensori delle parti, di estrarne copia e di ottenerne la trasposizione su idoneo supporto.

Essendo nuovamente vigente la disciplina della procedura di stralcio, le predette facoltà delle parti potranno essere esercitate ai sensi del comma 8 dell'art. 268 c.p.p.

Il d.l. n. 161/2019 ha anche riportato il testo del **comma 2 dell'art. 269 c.p.p.** alla versione vigente prima della riforma del 2017. Quest'ultima aveva infatti previsto che le parti potessero chiedere, a tutela della riservatezza, la distruzione di quelle registrazioni, conservate nell'archivio riservato fino a sentenza irrevocabile, che non fossero state «acquisite». Era stato, in tal modo, estesa la portata della richiesta in esame, in quanto le registrazioni «non acquisite» costituiscono una categoria più ampia rispetto a quella delle registrazioni «non necessarie per il procedimento», prevista dal testo originario del comma 2 dell'art. 269 c.p.p. È stato, peraltro, osservato come tale soluzione

normativa determinasse potenziali «rischi di dispersione (meglio: perdita) della prova», laddove, a seguito dell'accoglimento dell'istanza di distruzione delle registrazioni (e, dunque, della loro "perdita" non soltanto giuridica, ma anche e soprattutto *in rerum natura*), queste fossero state invece ritenute rilevanti per i fatti oggetto di prova³⁷.

2.6 – Intercettazioni e misure cautelari.

Un ulteriore intervento di rilievo ha ad oggetto la documentazione allegata alla richiesta di misura cautelare presentate al giudice dal pubblico ministero. Il d.lgs. n. 216/2017, integrando il comma 1 dell'**art. 291 c.p.p.**, aveva disposto che la pubblica accusa dovesse non soltanto indicare «gli elementi su cui la richiesta si fonda», «tutti gli elementi a favore dell'imputato» e le «eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate», ma anche presentare i verbali di intercettazione di cui all'art. 268, c. 2 c.p.p., «limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti». Il d.l. n. 161/2019, al contrario, ha eliminato l'obbligo di allegazione dei verbali di intercettazione: viene meno, pertanto, l'onere per il pubblico ministero della selezione preventiva, già in fase cautelare, delle conversazioni o comunicazioni da trasmettere al g.i.p. chiamato a pronunciarsi sull'istanza cautelare.

Sempre nell'ambito del procedimento cautelare, appare significativa, in ragione della sua incidenza sull'esercizio dei diritti di difesa, l'eliminazione dei periodi aggiunti dal d.lgs. n. 216/2017 al **comma 3 dell'art. 293 c.p.p.**: questi ultimi attribuivano alle parti, per mezzo dei loro difensori, il «diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate», nonché il «diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative intercettazioni», a seguito della notifica dell'ordinanza cautelare. Come osservato in dottrina³⁸, l'espunzione si pone in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale, la quale, al fine di colmare le lacune normative in tema di esercizio del diritto di difesa, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p.³⁹.

³⁷ G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, cit., p. 179.

³⁸ A. SCALFATI, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 4.

³⁹ Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 336 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate. Vd. anche Corte cost., 17 giugno 1997, n. 192, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 293,

3. Le modifiche relative a disposizioni non incise dal d.lgs. n. 216/2017.

Sebbene la quasi totalità delle disposizioni del d.l. n. 161/2019 intervenga sulle scelte operate dalla riforma del 2017, non mancano previsioni di carattere del tutto autonomo.

Viene in considerazione, in primo luogo, **l'introduzione, all'interno dell'art. 415-bis c.p.p., di un nuovo comma 2-bis**. Quest'ultimo prevede che, qualora non si sia proceduto al deposito ai sensi dell'art. 268, c. 4, 5 e 6 c.p.p., l'avviso di conclusione delle indagini preliminari deve anche contenere «l'avvertimento che l'indagato ed il suo difensore hanno facoltà di esaminare per via telematica gli atti relativi ad intercettazioni ed ascoltare le registrazioni, ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni», nonché di «estrarre copia delle registrazioni o dei flussi indicati come *rilevanti* dal pubblico ministero».

Viene prevista anche l'instaurazione (eventuale) di un contraddittorio, nell'ambito del quale il difensore dell'indagato è ammesso a depositare, entro il termine di venti giorni, l'elenco delle ulteriori registrazioni che, nonostante il parere contrario della pubblica accusa, ritiene rilevanti e di cui, dunque, richiede copia. Sul punto, tuttavia, è chiamato a decidere non il giudice, ma lo stesso pubblico ministero con decreto motivato. In caso di rigetto dell'istanza, il difensore potrà rivolgersi al giudice, chiedendo di procedere allo stralcio ai sensi dell'art. 268, c. 6 c.p.p.

A ben vedere, la scelta di attribuire alla pubblica accusa il potere di decidere sull'istanza del difensore, già di per sé discutibile in ragione del contrasto con il principio di parità delle parti processuali ed il diritto alla prova dell'indagato, risulta ancor più opinabile alla luce del parametro, particolarmente restrittivo, in base al quale il pubblico ministero è chiamato ad operare tale valutazione: questi, infatti, è tenuto a selezionare soltanto le registrazioni ed i flussi di comunicazioni che reputi, in positivo, rilevanti, ben potendo escludere quelli in ordine ai quali residui un dubbio circa l'effettiva rilevanza. Sulla base del medesimo criterio sarà, poi, assunta la decisione sull'istanza eventualmente presentata dal difensore.

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento al **nuovo comma 2-bis dell'art. 454 c.p.p.**, relativo alla richiesta di giudizio immediato. Viene infatti previsto che, laddove non si sia proceduto al deposito ai sensi dell'art. 268, c. 4, 5 e 6 c.p.p., il pubblico ministero deposita, unitamente alla richiesta di giudizio immediato, il solo

c. 3 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa.

elenco delle intercettazioni o dei flussi di comunicazioni che reputa rilevanti ai fini di prova. Il difensore ha facoltà, entro quindici giorni dalla notifica ex art. 456, c. 4 c.p.p., di depositare l'elenco delle ulteriori registrazioni ritenute rilevanti e di cui chiede copia. Analogamente a quanto previsto dall'art. 415-*bis*, c. 2-*bis* c.p.p., sull'istanza provvede il pubblico ministero con decreto motivato e, in caso di rigetto, il difensore può avanzare al giudice istanza affinché proceda ai sensi dell'art. 286, c. 6 c.p.p.

Occorre sottolineare, inoltre, che ben difficilmente il difensore potrà presentare una richiesta ponderata e consapevole di integrazione della selezione delle captazioni rilevanti, potendo avere accesso non ai verbali, alle registrazioni ed ai flussi di comunicazioni (dei quali non è previsto il deposito), ma soltanto all'elenco delle comunicazioni, che non è idoneo a rivelare alcunché con riguardo alla rilevanza delle stesse a fini di prova.

Un'ultima modifica attiene al sistema di divieti di pubblicazione degli atti del procedimento penale con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione. Mediante l'introduzione di un nuovo comma 2-*bis* all'art. 114 c.p.p., viene previsto il divieto di «pubblicazione, anche parziale, del *contenuto* delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268 e 415-*bis* c.p.p.».

Si tratta, a ben vedere, di un divieto di carattere assoluto, analogo a quello di cui al comma 1 del medesimo articolo: è infatti preclusa la pubblicazione (anche parziale) non soltanto del testo dell'atto, ma anche del contenuto dello stesso.

La modifica, pur perseguendo finalità di tutela, al contempo, della riservatezza dei soggetti coinvolti dalle attività di captazione e delle esigenze investigative, rischia tuttavia di rivelarsi inefficace, in considerazione della sanzione irrisoria prevista per la contravvenzione di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale (art. 684 c.p.), peraltro suscettibile di oblazione ex art. 162-*bis* c.p.⁴⁰ Anche la nuova fattispecie incriminatrice di cui all'art. 617-*sexies* c.p., introdotta dal d.lgs. n. 216/2017, non sembra idonea ad impedire la diffusione delle intercettazioni, avendo ad oggetto la diversa ipotesi della divulgazione emulativa di registrazioni realizzate fraudolentemente (ossia occultamente) da un soggetto che abbia partecipato alla conversazione o alla cui presenza

⁴⁰ Per un approfondimento sul tema della tutela del segreto penale c.d. esterno, con particolare riguardo alle intercettazioni, vd.: R. BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2017, p. 71 ss.; A. CAMON, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, fasc. 2, 2017, p. 1 ss.; R. ORLANDI, *La giustizia penale nel gioco di specchi dell'informazione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3, 2017, p. 9 ss.

la stessa si sia svolta. Peraltro, il comma 2 della norma in esame dispone che «la punibilità è esclusa se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione», tra gli altri casi, per l'esercizio del diritto di cronaca, rinunciando ad operare qualunque tipo di bilanciamento tra tutela della riservatezza e del segreto investigativo ed esigenze di pubblica informazione.