



**PROCURA DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE
SONDRIO**

Sondrio 10.4.2018

**Linee guida per l'applicazione del Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216 disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.
Prime direttive alla Polizia Giudiziaria.**

A) Premessa

Il Decreto Legislativo 29.12.2017 n° 216 è stato emanato in attuazione della delega di cui all'articolo 1 commi 82,83 e 84 lett.a) e b) c) d) ed e) della legge 23 giugno 2017 numero 103 contenente modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario.

La riforma, nelle parti sopra indicate, disciplina punti essenziali del regime processuale delle intercettazioni nella prospettiva di garantire una adeguata tutela di una pluralità di finalità ed interessi potenzialmente confliggenti.

Il Decreto legislativo 216/2017 contiene una serie di norme che mirano da un lato ad assicurare l'efficacia di tale mezzo fondamentale di ricerca della prova e dall'altro lato intendono assicurare un adeguato livello di tutela della riservatezza delle comunicazioni attraverso la repressione della diffusione di intercettazioni non rilevanti ai fini di indagine e potenzialmente lesive dei diritti alla riservatezza in particolare se coinvolgenti terzi soggetti estranei al procedimento.

Nella relazione illustrativa al provvedimento si espone come le disposizioni in esame “ *perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossime alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante ai fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova*”.

Si vedrà che tale obiettivo è stato perseguito in primo luogo attraverso la rigida selezione delle trascrizioni inseribili nei verbali delle operazioni (c.d brogliacci) redatti dalla Polizia Giudiziaria oltre che con la previsione dell'inserimento solo se necessario e comunque limitato ai brani essenziali delle conversazioni e comunicazioni nell'ambito dei provvedimenti cautelari.

In questa prospettiva si colloca l'istituzione presso ogni Procura del c.d Archivio riservato delle intercettazioni, destinato alla conservazione e custodia degli atti relativi alle intercettazioni prima dell'acquisizione delle stesse al fascicolo delle indagini del Pubblico Ministero nonché delle conversazioni o comunicazioni ritenute non rilevanti ai fini di indagine. Un punto qualificante, questo, nella prospettiva della riforma ma che si traduce in una “innovazione” processuale ed

organizzativa nella maggior parte dei casi non compatibile con le attuali risorse logistiche, strumentali e di personale a disposizione delle Procure.

Nel quadro di tali esigenze sono state inoltre dettate dal legislatore specifiche disposizioni in materia di intercettazione ambientale attraverso captatori informatici installati su dispositivi elettronici mobili (c.d. trojan horses), disposizioni che saranno oggetto di specifica trattazione.

B) Disposizioni sull'efficacia temporale

Il legislatore ha introdotto all'articolo 9 del Decreto in sede di disciplina transitoria un meccanismo di applicazione differenziata sul piano della efficacia temporale delle disposizioni contenute nel decreto legislativo in esame.

Sono applicabili al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo e quindi alla data del 26 gennaio 2018 soltanto le disposizioni di cui all'articolo 1 e 6 del decreto legislativo e quindi rispettivamente le disposizioni che prevedono l'introduzione della nuova figura delittuosa di cui all'articolo 617 septies CP di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente e quelle che modificano le modalità di impiego di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione estendendo alle stesse la disciplina di cui all'art. 13 del D.L. 13.5.1991 n° 152 (v.infra).

Le restanti norme sub articoli 2 (ad eccezione della disposizioni di cui al comma 1 lettera b) di cui si dirà tra poco) 3, 4,5 e 7 in materia di deposito, trascrizione ed acquisizione delle comunicazioni e conversazioni oggetto di intercettazione nonché in materia di archivio informatico si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 180° giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto e quindi alle intercettazioni autorizzate provvedimenti emessi dal 26 luglio 2018 .

Si deve rilevare come tale norma transitoria determinerà per i procedimenti più complessi con attività di intercettazione iniziata prima del termine di efficacia della nuova normativa e che si prolunghi oltre tale termine una sovrapposizione e coesistenza all'interno del medesimo procedimento di attività di intercettazioni regolate in parte con la precedente disciplina e in parte con la disciplina introdotta dal decreto legislativo in esame.

Sarebbe stata all'evidenza più razionale il fissare in via transitoria l'applicazione delle nuove regole in materia di deposito , acquisizione e conservazione degli atti di intercettazione per i procedimenti iscritti successivamente ad una certo termine rispetto alla entrata in vigore del decreto legislativo. In quanto avrebbe determinato l'omogeneità della disciplina sul punto per tutte le intercettazioni disposte nell'ambito di un singolo procedimento.

Da ultimo la disposizione di cui all'articolo 2 comma 1 lettera b), che modifica l' articolo 114 comma 2 escludendo l'ordinanza di applicazione dal divieto di pubblicazione sino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero sino al termine dell'udienza preliminare acquisirà efficacia differita una volta decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo e quindi alla data del 26 gennaio 2019.

C) Disposizioni di modifica al codice di procedura penale in materia di riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni (art. 2 DLVO 29.12.2017 n° 216).

C1) I divieti di trascrizione delle conversazioni e comunicazioni irrilevanti ai fini di indagine , delle conversazioni e comunicazioni non rilevanti contenenti dati personali sensibili, delle conversazioni e comunicazioni inutilizzabili in quanto attinenti al rapporto difensivo

Il comma 2 bis e il comma 2 ter dell' art.268 CPP introdotti dalla novella legislativa prevedono:

2 bis E' vietata la 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. Nel verbale delle operazioni sono indicate, in tali casi, soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione e' intervenuta.

2-ter. Il Pubblico Ministero, con decreto motivato, puo' disporre che le comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-bis siano trascritte nel verbale quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova. Puo' altresì disporre la trascrizione nel verbale, se necessarie a fini di prova, delle comunicazioni e conversazioni relative a dati personali definiti sensibili dalla legge.»;

Con disposizione coordinata rispetto alle norme sopra indicate all'articolo 267, comma 4 viene aggiunto, in fine, il seguente periodo: «L'ufficiale di Polizia Giudiziaria provvede a norma dell'articolo 268, comma 2-bis, informando preventivamente il Pubblico Ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni.»;

Il legislatore è quindi intervenuto in primo luogo disponendo sul piano generale per gli organi di Polizia Giudiziaria che provvedono all'esecuzione delle operazioni di intercettazione un divieto di trascrizione , anche sommaria e in termini riassuntivi, nei verbali delle operazioni (c.d brogliacci) delle seguenti comunicazioni e conversazioni:

- 1) *comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini*
- 2) *comunicazioni o conversazioni parimenti non rilevanti che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge*

Stante il tenore letterale della norma la Polizia Giudiziaria in riferimento a tali conversazioni non potrà quindi inserire nei brogliacci neppure un'indicazione sommaria, per estratto o in termini riassuntivi del contenuto della conversazione

Il divieto di trascrizione del contenuto della conversazione appare assoluto e la norma indica espressamente quanto la Polizia Giudiziaria è legittimata ad annotare prescrivendo che in relazione a tali intercettazioni dovrà limitarsi a trascrivere nel verbale delle operazioni soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione e' intervenuta.

Sembrerebbe preclusa persino la mera indicazione da parte della PG nel verbale delle operazioni, accanto agli estremi della intercettazione, della tipologia della conversazione e delle ragioni della non trascrivibilità della stessa quale conversazione irrilevante ai fini di indagine ovvero quale conversazione non rilevante riguardante dati personali sensibili.

In realtà posto che oggetto del divieto di trascrizione è la riproduzione del contenuto della comunicazione/conversazione irrilevante e non certo l'indicazione della tipologia della conversazione tale ultima indicazione non pare in contrasto con la ratio della disposizione - e risulta per inciso utile per l'agevole rintraccio e selezione della conversazione e per le successive valutazioni sia del PM che delle parti .

Si dispone pertanto che la PG provveda ad annotare, come sinora fatto, a margine del verbale /brogliaccio , oltre agli elementi indicati espressamente (la data, l'ora e il dispositivo utilizzato per la registrazione) anche la tipologia della conversazione con le indicazioni alternative “conversazione irrilevante ai fini di indagine” ovvero “ conversazione non rilevante riguardante dati personali sensibili.

Si tratta nel complesso, come evidente, di una disciplina particolarmente rigida in ordine al regime del contenuto dei verbali delle operazioni predisposto dalla PG e che si raccorda peraltro con la previsione, di cui si dirà tra poco, di un correlativo obbligo di informazione preliminare da parte della Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero delle conversazioni ritenute dalla stessa irrilevanti e dei poteri attribuiti sul punto al Pubblico Ministero.

È fondamentale inoltre evidenziare che la previsione di non trascrivibilità di tali comunicazioni e conversazioni è certamente riferibile a quelle comunicazioni e conversazioni per cui vi sia una integrale irrilevanza ai fini delle indagini o contenenti fatti non rilevanti su dati sensibili.

Nulla si prevede espressamente in caso di irrilevanza parziale della conversazione intercettata ove la comunicazione o comunicazione contenga, come spesso si verifica nella realtà, per una parte contenuti irrilevanti o attinenti a dati sensibili ed in altra parte elementi rilevanti ai fini di indagine. Si riscontra sul punto una mancata specificazione nella disciplina di legge che impone in questa fase l'individuazione di meccanismi compatibili con le contrapposte esigenze di tutela del diritto alla riservatezza e della conservazione del materiale di indagine.

In caso di parziale irrilevanza, in forza di una corretta interpretazione sistematica, tale comunicazione / conversazione, non essendo scindibile ai fini dell'acquisizione, dovrà essere considerata, a nostro avviso, rilevante ai fini di indagine e quindi trascrivibile nel brogliaccio nella parte rilevante e per questa parte utilizzabile.

Una diversa soluzione condurrebbe ad un esito abnorme in quanto si risolverebbe in una ingiustificata perdita del materiale di indagine. In tal caso un'interpretazione conforme alla finalità della legge impone di ritenere appunto trascrivibili in brogliaccio ed utilizzabili i passaggi della comunicazione/ conversazione contenente elementi rilevanti ai fini di indagine e non confliggenti con la protezione di dati sensibili.

Alla soluzione prospettata si potrebbe obiettare che una volta ritenuta la rilevanza della registrazione la stessa verrebbe acquisita come registrazione nella sua integralità e quindi anche per le parti astrattamente irrilevanti e che in tal modo risulterebbe inserita nel fascicolo di indagine venendo meno il segreto anche sui passaggi irrilevanti o diffusivi di dati sensibili.

Unica soluzione alternativa, pur nel silenzio della legge, per evitare tale conseguenza certamente in conflitto con la ratio della novella legislativa sarebbe quella di "frazionare" la conversazione/ comunicazione in più brani o passaggi basati sulla scansioni temporali interne e di acquisire in copia la registrazione della comunicazione/ conversazione soltanto nelle parti rilevanti ai fini di indagine mediante duplicazione informatica di tali punti ed invio della registrazione integrale in originale nell'archivio riservato.

Conversazioni irrilevanti ai fini di indagine

Quanto alla prima categoria delle conversazioni irrilevanti la legge specifica che la valutazione di irrilevanza deve essere formulata sia con riferimento all'oggetto della conversazione o comunicazione sia con riferimento ai soggetti coinvolti nella intercettazione.

L'irrilevanza quindi deve essere valutata in relazione ad entrambi gli indicatori indicati dal legislatore. E così a titolo esemplificativo non potrà essere considerata irrilevante ai fini dell'indagine un' intercettazione che pur contenendo riferimenti o indicazioni relative a terzi soggetti non sottoposti ad indagine sia comunque utile fornendo un apporto conoscitivo rilevante; a titolo esemplificativo ciò potrebbe accadere se in una conversazione si facesse riferimento alla disponibilità economica di terze persone appartenenti al nucleo familiare quando vi siano ragioni per far ritenere che tali disponibilità conseguano ad attività illecita del soggetto indagato. Allo stesso modo, nell'ambito di un procedimento penale per reati di corruzione nell'ambito di un appalto di rilievo, una conversazione avente ad oggetto contatti personali del pubblico ufficiale

indagato con soggetti non sottoposti ad indagine che rivestono un particolare incarico politico istituzionale potrebbe assumere rilevanza, quanto al profilo oggettivo e soggettivo, ai fini di dimostrare i collegamenti dell'indagato, le sue capacità di influenza politico-amministrativa e rafforzare la complessiva attendibilità di dichiarazioni rese a carico dell'indagato in ordine alla sua capacità di condizionamento della procedura amministrativa.

Conversazioni non rilevanti su dati sensibili

In ordine alla seconda categoria rappresentata dalle comunicazioni o conversazioni non rilevanti che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge si deve subito sottolineare che il divieto di trascrizione presuppone appunto la non rilevanza ai fini probatori di tali conversazioni contenenti dati sensibili. E quindi se il dato sensibile assume rilevanza per l'oggetto e ai fini di indagine lo stesso potrà essere legittimamente trascritto; si pensi a titolo esemplificativo il riferimento in una registrazione allo stato di tossicodipendenza di un terzo soggetto acquirente nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto il reato di cui all'art 73 aggravato ex art. 80 comma 1 lett.f) DPR 309/90.

Quanto al concetto di dato sensibile si deve fare riferimento alle previsioni di cui all'articolo 4 lettera B del decreto legislativo 30 giugno 2003 n° 196 che definisce dati sensibili i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale

L'informazione preventiva della Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero sulle conversazioni astrattamente non trascrivibili. I poteri attribuiti al Pubblico Ministero

In correlazione alla particolare delicatezza di tale valutazione di irrilevanza delle comunicazioni o conversazioni intercettate il legislatore ha opportunamente previsto con la modifica dell'art.267 comma 4 cpp che la Polizia Giudiziaria fornisca un'informazione preventiva al Pubblico Ministero sui contenuti di tali comunicazioni o conversazioni per le quali la Polizia Giudiziaria abbia operato una valutazione di non trascrivibilità.

Tale informazione deve essere fornita dalla Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero in una comunicazione in forma scritta mediante un'annotazione di PG che deve indicare non soltanto gli estremi delle comunicazioni e conversazioni ma anche il contenuto delle stesse.

Non si pone con riferimento a quest'ultima parte dell'annotazione un problema di compromissione della riservatezza del contenuto delle stesse, in contrasto con quanto sopra previsto nella novella per le intercettazioni irrilevanti, poiché in base all'articolo 269 comma 1 cpp tali annotazioni, così come i verbali delle registrazioni escluse dal provvedimento di acquisizione da parte del GIP o non acquisite dal Pm in quanto non utilizzate in sede cautelare, sono destinati a confluire nel c.d Archivio riservato istituito presso il Pubblico Ministero (v.infra).

Il Pubblico Ministero in base alla previsione dell'articolo 268 comma 2 ter c.p.p potrà disporre con decreto motivato, ove valutati diversamente rispetto alla PG la rilevanza della conversazione o comunicazione, che le stesse siano trascritte nel verbale/brogliaccio quando ne ritenga la rilevanza per i fatti oggetto di prova. Allo stesso modo può disporre la trascrizione nel verbale se necessarie ai fini di prova delle comunicazioni e conversazioni relative a dati personali definiti sensibili dalla legge.

Si deve rilevare come il legislatore per quanto riguarda la prima categoria di conversazioni (conversazione ritenuta irrilevante dalla PG non contenente dati sensibili) ha ritenuto che il Pubblico Ministero possa disporre la trascrizione con decreto motivato sulla base di una semplice valutazione di rilevanza di tali intercettazioni.

Per quanto riguarda invece la seconda categoria di conversazioni (conversazione ritenuta irrilevante dalla PG contenente dati sensibili) ha previsto che il decreto del Pubblico Ministero sia fondato su una valutazione di necessità ai fini di prova di tali intercettazioni e quindi con un criterio più severo di inserimento delle conversazioni nel verbale evidentemente fondato sulle peculiari caratteristiche delle conversazioni stesse in quanto contenenti dati sensibili. Pertanto in via esemplificativa il riferimento a un dato sensibile semplicemente utile ai fini probatori ma non necessario dovrebbe portare il Pubblico Ministero a non disporre con decreto motivato la trascrizione di tale conversazione.

Risulta utile precisare da ultimo che il meccanismo di comunicazione formale sopra descritto non preclude naturalmente ed anzi implica contatti, interlocuzioni e comunicazioni in via informale e preventiva con il PM da parte della PG in tutti quei casi che appaiono di dubbia valutazione ; ed anzi deve essere sempre sollecitato in tal senso un collegamento ed un raccordo immediato tra la Polizia Giudiziaria e il Pubblico Ministero titolare dell'indagine e che esercita i poteri direttivi sulla stessa per sottoporre al PM i casi di conversazioni "problematiche" in punto di rilevanza e/o trascrivibilità anche in relazione al coinvolgimento di dati sensibili.

Si dispone a tale fine che la PG segnali immediatamente in forma orale al Pubblico Ministero titolare dell'indagine il contenuto di conversazioni/comunicazioni ritenute dubbie o problematiche sul piano della trascrivibilità in quanto tale segnalazione risulta funzionale al meccanismo normativo ed alla ratio delle disposizioni consentendo una rapida valutazione della rilevanza fatto salva il successivo inoltro da parte della PG della annotazione formale indirizzata al Pubblico Ministero ove risulti confermata la valutazione di non trascrivibilità.

Conversazioni tra indagato e difensore

Il legislatore è intervenuto sul punto non nel corpo dell'art. 268 cpp ma aggiungendo all'articolo 103, comma 7 cpp, nella parte finale , il seguente periodo: «Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.»

La norma estende la previsione espressa del divieto di trascrizione e la relativa disciplina già dettata per le conversazioni irrilevanti ai fini di indagine o su dati sensibili anche per le conversazioni tra indagato e difensore, disciplina del resto conseguente alla preventiva non intercettabilità e comunque alla assoluta inutilizzabilità di tali conversazioni e comunicazioni anche se successivamente intercettate .

La sovrapposizione delle disciplina riguarda anche le indicazioni ammesse e inseribili dalla PG nei verbali delle operazioni mentre non vi è estensione della previsione inerente l'interlocuzione tra PG e Pm sulla valutazione in ordine alla trascrivibilità delle intercettazioni stante l'assoluta e preliminare inutilizzabilità delle conversazioni intercorse con il legale avente la qualifica di difensore , quando siano inerenti alla funzione difensiva, a prescindere da ogni valutazione in ordine alla rilevanza delle stesse ai fini di indagine.

Giova rilevare a questo riguardo in ordine alla nozione e all'ambito delle conversazioni del difensore tutelate dalla previsione dell'articolo 103 comma 5° e comma 7 cpp, nell'ambito della disciplina delle garanzie di libertà del difensore, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione "ha reiteratamente avuto modo di affermare che il divieto di intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste tale qualifica, e per il solo fatto di possederla, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata, in quanto la "ratio" della regola posta dall'art. 103 cod. proc. pen., va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa " (si veda tra le altre Cassazione Sezione 2 penale Sentenza 12111/2015).

Come detto la novella legislativa stanti il chiaro divieto di utilizzazione non prevede un meccanismo di comunicazione e interlocuzione formale tra PG e PM attraverso l'invio di annotazione scritta da parte della Polizia Giudiziaria relativamente alle conversazioni-comunicazioni comunque intercettate con il difensore. Peraltro ove la Polizia Giudiziaria per la peculiarità del caso concreto abbia dei dubbi in ordine all'inerenza della specifica conversazione intercettata rispetto all'esercizio delle funzioni difensive dovrà necessariamente raccordarsi ed interloquire in via informale con il Pubblico Ministero titolare dell'indagine per le conseguenti valutazioni.

Allo stesso modo si ritiene, analogamente a quanto in precedenza esposto, che non contrasti con le disposizioni del decreto legislativo la previsione anche in questo caso di una breve indicazione da parte della PG nel verbale delle operazioni/brogliaccio, accanto agli estremi della comunicazione/conversazione intercettata, della dizione “ conversazione/ comunicazione non utilizzabile ex art 103 comma 7 cpp”.

C2)La trasmissione da parte della PG dei verbali e delle registrazioni per la conservazione nell'archivio riservato (art. 2 comma 1 lettera d) DLVO 29.12.2017 n° 216).

Il decreto legislativo interviene con la modifica del comma 4 dell'articolo 268 cpp di seguito riportato in merito alle procedure di trasmissione dei verbali e delle registrazioni da parte della Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero, disposizioni che vengono inserite in modo significativo nel corpo delle previsioni relative alla tutela della riservatezza delle comunicazioni intercettate, coordinando le stesse con la previsione della introduzione dell'archivio riservato della Procura .

« I verbali e le registrazioni sono trasmessi al Pubblico Ministero, per la conservazione nell'archivio di cui all'articolo 269, comma 1, immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga. Il Pubblico Ministero dispone con decreto il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni quando la prosecuzione delle operazioni rende necessario, in ragione della complessità delle indagini, che l'ufficiale di Polizia Giudiziaria delegato all'ascolto consulti le risultanze acquisite. Con lo stesso decreto fissa le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso.»;

I commi successivi 5, 6,7 e 8 dell'articolo 268 cpp sono invece abrogati in quanto tali disposizioni vengono inserite nel nuovo articolo 268 bis CPP specificamente dettato in materia di deposito di verbali e registrazioni e di cui si tratterà al paragrafo successivo.

Il legislatore ha dunque previsto che i verbali delle operazioni e le registrazioni delle conversazioni/comunicazioni siano di regola trasmesse al Pubblico Ministero da parte della Polizia Giudiziaria per la conservazione di tali atti da parte del primo nell'archivio riservato previsto dall'articolo 269 c.p.p: tali atti quindi sono coperti dal segreto di indagine.

Si specifica che la trasmissione da parte della PG deve essere immediata in riferimento temporale alla scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga, da intendersi naturalmente con riferimento al singolo utenza o al singolo luogo/bersaglio oggetto di intercettazione telefonica ed ambientale.

Il legislatore ha peraltro previsto che il Pm al momento della scadenza del termine delle operazioni possa differire con decreto “in ragione della complessità delle indagini” il differimento da parte della PG della trasmissione dei verbali e delle registrazioni per consentire alla PG l'attività di “consultazione delle risultanze acquisite” impartendo nel contempo le prescrizioni per la conservazione del materiale da parte della PG stessa .

Si tratta di una disposizione assolutamente opportuna posto che in molti casi nei procedimenti di maggiore complessità e con una pluralità di intercettazioni le indagini implicano una attività articolata su più “bersagli” e che la Polizia Giudiziaria ha normalmente la necessità di compiere un’ analisi complessiva del materiale registrato in tempi adeguati. La PG deve infatti approfondire il materiale di registrazione raccolto, anche in relazione alla mole ed alla resa tecnica delle registrazioni (si pensi ad intercettazioni ambientali prolungate e/o disturbate) , valutare la rilevanza delle conversazioni con sguardo sinottico, completare la trascrizione dei verbali di operazioni delle intercettazioni rilevanti, analizzare e raccordare compiutamente le risultanze di una pluralità di intercettazioni al fine di completare la trascrizione delle stesse; elaborare in vari casi ulteriori richieste di intercettazioni e nella fase finale predisporre nella maggior parte dei casi l’ annotazione conclusiva sulle risultanze d'indagine..

Risulta quindi funzionale alla completezza delle indagini che la PG possa trattenere per un tempo adeguato i brogliacci e le registrazioni per lo studio e la valutazione delle risultanze d'indagine prima di trasmettere gli atti al Pubblico Ministero.

Stante la genericità del presupposto indicato nella norma per giustificare il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni degli atti da parte della P.G si ritiene che il Pubblico Ministero possa autorizzare anche di propria iniziativa il differimento con succinta motivazione nell'ipotesi di attività di indagine che requisiti di complessità senza necessità di una particolare e specifica motivazione del provvedimento , se non il riferimento appunto alla indicata complessità dell'indagine e all'esigenza per la PG di consultare le risultanze acquisite specie se riferite ad attività di intercettazione complessa e/o prolungata nel tempo.

A conclusione delle operazioni di intercettazione sul singolo “bersaglio” appare peraltro opportuno che la Polizia Giudiziaria, ove valuti l'esistenza dei presupposti indicati dalla norma e non sia in grado di provvedere alla trasmissione dei verbali delle operazioni e delle registrazioni immediatamente dopo la conclusione delle operazioni stesse, lo segnali immediatamente per iscritto al PM al fine di consentire allo stesso l'emanazione del relativo decreto.

Il differimento del termine di trasmissione dei verbali e delle registrazioni da parte della Polizia Giudiziaria si riverbera naturalmente sulla cadenza temporale degli adempimenti conseguenti, previsti dall'articolo 268 bis CPP, posti a carico del Pubblico Ministero relativi al deposito delle annotazioni, dei verbali delle registrazioni unitamente ai decreti che hanno autorizzato o prorogato le intercettazioni , deposito che è previsto nei casi ordinari entro cinque giorni (salvo richiesta di ritardato deposito), dalla conclusione delle operazioni di intercettazione e successivamente all'immediata trasmissione dei verbali e degli atti da parte della Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero.

Con il decreto di differimento il Pubblico Ministero dovrà dare disposizioni, in base alla previsione normativa, in ordine alle modalità di conservazione degli atti e delle registrazioni da parte della Polizia Giudiziaria .

Si deve osservare sul punto che la collocazione naturale di tali atti, ove non fosse disposto il differimento della trasmissione al PM, sarebbe all'interno dell'archivio riservato. Di conseguenza opportunamente il legislatore ha ritenuto che nel caso vi sia un ritardo nel passaggio di tali atti al Pubblico Ministero per la custodia nell’archivio riservato sia onere della Polizia Giudiziaria di assicurare e preservare il diritto alla riservatezza individuando ambienti che siano idonei a garantire adeguatamente la segretezza di tali atti.

Sarà quindi necessario che i singoli organi di PG delegati alle indagini individuino, interfacciandosi eventualmente con le Amministrazioni di appartenenza, ambienti e collocazioni idonee degli atti di intercettazione al fine di garantire la custodia e riservatezza di tali atti e registrazioni.

A tale fine la PG dovrà fornire al Pubblico Ministero titolare dell'indagine con apposito verbale in relazione al singolo procedimento penale l'indicazione specifica del luogo di conservazione, prima della trasmissione al PM stesso, dei verbali delle operazioni e delle registrazioni delle conversazioni/comunicazioni

D) Disposizioni di modifica al codice di procedura penale in materia di trascrizione e deposito dei verbali di intercettazione e di acquisizione delle intercettazioni rilevanti al fascicolo di indagine (art. 3 DLVO 29.12.2017 n° 216).

Il deposito degli atti di intercettazione, la formazione dell'elenco e l'acquisizione delle comunicazioni e conversazioni rilevanti nel duplice caso di intercettazioni non poste alla base di richieste di misure cautelari e di intercettazioni poste alla base di richieste di misure cautelari.

Con l'introduzione ex articolo 3 degli articoli 268 bis, 268 ter e 268 quater CPP (v infra) il legislatore è intervenuto riformulando le procedure relative ai punti sopraindicati in particolare innovando sulla precedente disciplina per quanto riguarda la trascrizione e l'acquisizione al fascicolo delle indagini di cui all'art 373 comma 5 CPP delle conversazioni o comunicazioni rilevanti.

Con riferimento ai profili dell'acquisizione sarà necessario distinguere poi tra conversazioni poste a fondamento di una richiesta di applicazione di misura cautelare e le restanti comunicazioni e conversazioni non utilizzate per richieste cautelari .

Art. 268-bis (Deposito di verbali e registrazioni). - 1. Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, il Pubblico Ministero deposita le annotazioni, i verbali e le registrazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, e forma l'elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti a fini di prova.

2. Ai difensori delle parti e' immediatamente dato avviso della facolta' di esaminare gli atti, di prendere visione dell'elenco di cui al comma 1, nonche' di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche.

3. Se dal deposito puo' derivare un grave pregiudizio per le indagini, il Giudice autorizza il Pubblico Ministero a ritardarlo, non oltre la chiusura delle indagini.

Art. 268-ter. (Acquisizione al fascicolo delle indagini). L'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni utilizzate, nel corso delle indagini preliminari, per l'adozione di una misura cautelare e' disposta dal Pubblico Ministero, con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5.

2. Fuori dai casi di cui al comma 1, il Pubblico Ministero, entro cinque giorni dal deposito, presenta al Giudice la richiesta di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenuti nell'elenco formato a norma dell'articolo 268-bis, comma 1, e ne da' contestualmente comunicazione ai difensori.

3. I difensori, nel termine di dieci giorni dalla ricezione dell'avviso di cui all'articolo 268-bis, comma 2, hanno facolta' di richiedere l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell'elenco formato dal Pubblico Ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui e' vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale, ai sensi di quanto disposto dal comma 2-bis dell'articolo 268. Tale termine puo' essere prorogato dal Giudice per un periodo non superiore a dieci giorni, in ragione della complessita' del procedimento e del numero delle intercettazioni.

4. La richiesta, unitamente agli atti allegati, e' depositata nella segreteria del Pubblico Ministero che ne cura l'immediata trasmissione al Giudice.

5. Il Pubblico Ministero e i difensore, sino alla decisione del Giudice, possono integrare le richieste e presentare memorie.

6. Il Pubblico Ministero, in relazione alle comunicazioni o conversazioni di cui al comma 1, può chiedere al Giudice, con le modalità e nei termini indicati dai commi precedenti, l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni di cui ritiene, per elementi sopravvenuti, l'irrelevanza.

Art. 268-quater. (Termini e modalità della decisione del Giudice).

1. Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il Giudice dispone con ordinanza, emessa in camera di consiglio senza l'intervento del Pubblico Ministero e dei difensori, l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che siano manifestamente irrilevanti, e ordina, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. A tal fine può procedere all'ascolto delle conversazioni e comunicazioni.

2. Quando necessario, l'ordinanza è emessa all'esito dell'udienza fissata per il quinto giorno successivo alla scadenza del termine indicato al comma 1, con tempestivo avviso al Pubblico Ministero e ai difensori.

3. Con l'ordinanza viene meno il segreto sugli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione. Essi sono inseriti nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5. A tal fine il Giudice ordina la trascrizione sommaria, a cura del Pubblico Ministero, del contenuto delle comunicazioni o conversazioni acquisite su richiesta dei difensori, se nel verbale delle operazioni di cui all'articolo 268, comma 2, sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

4. I difensori possono fare eseguire la trasposizione delle registrazioni acquisite su supporto informatico o altro strumento idoneo alla riproduzione dei dati e possono ottenere copia dei verbali delle operazioni concernenti le comunicazioni e conversazioni acquisite.

5. Gli atti e i verbali relativi a comunicazioni e conversazioni non acquisite sono immediatamente restituiti al Pubblico Ministero per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'articolo 269, comma 1.

6. Alle operazioni di acquisizione provvede il Giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni.»;

La trasmissione dei verbali e delle registrazioni da parte della Polizia Giudiziaria al Pubblico Ministero, come illustrato nel precedente paragrafo, è prodromica al successivo deposito di tali atti da parte del Pubblico Ministero nell'Archivio riservato.

Al deposito sono collegate in stretta connessione sia la messa a disposizione degli atti nei confronti dei difensori sia la conseguente attività di inserimento da parte del PM delle comunicazioni e conversazioni ritenute rilevanti in apposito elenco per la successiva acquisizione delle stesse agli atti di indagine.

Sebbene l'articolo 268 bis cpp (a differenza di quanto prevede l'articolo 268 ter CPP in materia di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini) non contenga una disciplina differenziata tra il deposito di verbali e delle registrazioni dei procedimenti a secondo che le intercettazioni siano state utilizzate o meno per l'adozione di una misura cautelare si deve sottolineare che, in base alla lettura sistematica delle norme introdotte dal decreto legislativo 216/2017, il regime anche nella fase del deposito è parzialmente differenziato nei due casi.

D1) Modalità di deposito e acquisizione delle intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni non utilizzate per l'adozione di una misura cautelare

È previsto nell'articolo 268 bis CPP che entro cinque giorni (termine corrispondente a quello previsto dall'articolo 268 cpp ora vigente) dalla conclusione delle operazioni e comunque dalla trasmissione dei verbali e degli atti di registrazione da parte della Polizia Giudiziaria (nel termine ordinario o in caso di differimento), si provveda da parte del Pubblico Ministero al deposito delle intercettazioni ed alle conseguenti attività finalizzate all'acquisizione delle stesse.

In termini riassuntivi le scadenze delle attività del Pubblico Ministero sono le seguenti;

a) deposito degli atti complessivi di intercettazione e dei relativi provvedimenti autorizzativi

(annotazioni di PG, verbali delle operazioni , registrazioni, unitamente ai decreti di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni) presso l'Archivio riservato;

b) formazione contestuale dell'elenco delle comunicazioni e conversazioni e dei flussi di comunicazione informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova;

c) notifica immediata ai difensori delle parti dell'avviso per l'esercizio delle facoltà di esaminare gli atti di intercettazione depositati , di prendere visione dell'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, di ascoltare le registrazioni e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche; tali facoltà dei difensori delle parti (da esercitarsi presso gli ambienti destinati ad Archivio riservato ai sensi del combinato disposto dell'articolo 269 c.p. P e 89 bis norme di attuazione c.p.p) non comprendono la possibilità in questa fase di estrarre copia delle registrazioni, facoltà che potrà essere esercitata solo una volta emessa da parte del Giudice l'ordinanza di acquisizione delle conversazioni/ comunicazioni indicate dalle parti ai sensi dell'art 268 quater comma 3 cpp.

d) entro i successivi cinque giorni dal deposito degli atti di intercettazione presentazione al Giudice della richiesta di acquisizione delle comunicazioni conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenuti nell'elenco e contestuale comunicazione ai difensori delle parti della presentazione di tale richiesta.

Quanto all'attività ulteriore delle parti e del Giudice si prevede:

e) i difensori nel termine di 10 giorni (prorogabile dal Giudice per un periodo non superiore ad ulteriori 10 giorni) hanno facoltà di richiedere l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, rilevanti a fini di prova, non comprese nell'elenco formato dal Pubblico Ministero, ovvero l'eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui e' vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale, ai sensi di quanto disposto dal comma 2-bis dell'articolo 268. Tali richieste devono essere presentate nella segreteria del Pubblico Ministero per la successiva trasmissione al Giudice.

Si deve rilevare che anche il Pubblico Ministero ha la possibilità in caso di valutazione di sopravvenuta irrilevanza di conversazioni e comunicazioni inizialmente inserite nell'elenco di richiedere al Giudice di eliminare dal fascicolo delle indagini tali conversazioni e comunicazioni;

f) sulle richieste di acquisizione decide il Giudice (il GIP che ha autorizzato , convalidato o prorogato le intercettazioni ex art.268 quater comma 6 CPP) con ordinanza in conformità alla disciplina dettata dall'articolo 268 quater CPP con previsione solo eventuale di udienza camerale per la individuazione delle conversazioni o comunicazioni rilevanti ; il GIP acquisisce le conversazioni /comunicazioni indicate dalle parti salvo la manifesta irrilevanza e ordina anche di ufficio lo stralcio delle registrazioni dei verbali è vietata l'utilizzazione.

Il deposito degli atti di intercettazione presso l'Archivio riservato; la proroga del deposito

Come già evidenziato, a differenza di quanto previsto dalla norma attualmente in vigore, il deposito da parte del Pubblico Ministero degli atti sopra indicati (annotazioni di PG, verbali delle operazioni , registrazioni unitamente ai decreti di autorizzazione e di proroga delle intercettazioni) avverrà non presso la segreteria del Pubblico Ministero ma presso l'archivio riservato istituito ex articolo 269 CPP, unico luogo deputato alla conservazione degli atti di intercettazione coperti da segreto di indagine.

Al pari di quanto previsto attualmente il legislatore ha mantenuto la previsione che, ove dal deposito possa derivare un grave pregiudizio per le indagini, il Pubblico Ministero possa richiedere al GIP la proroga del termine del deposito ritardando il deposito stesso , non oltre la chiusura delle

indagini (e quindi al momento dell'invio dell'avviso ex art 415 bis cpp o alla scadenza dei termini previsti per la presentazione della richiesta di giudizio immediato ordinario o cautelare ex artt 453 e 454 cpp , richiesta che implica la trasmissione al GIP del fascicolo delle indagini del PM).

Il presupposto del grave pregiudizio per le indagini per le richieste e l'autorizzazione della proroga del termine di deposito viene indicato in termini assolutamente corrispondenti rispetto alla normativa attualmente in vigore.

La formazione contestuale dell'elenco delle conversazioni/comunicazioni rilevanti

Contestualmente al deposito degli atti di intercettazione si dovrà provvedere alla formazione da parte del Pubblico Ministero dell'elenco delle comunicazioni e conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti ai fini di prova.

Si prescrive che la Polizia Giudiziaria in questa fase , previa interlocuzione con il Pubblico Ministero, formi a sua volta un elenco preventivo delle comunicazioni e conversazioni rilevanti da inviare e sottoporre al PM contestualmente alla trasmissione dei verbali e delle registrazioni ai sensi dell'articolo 268 comma quattro CPP.

In tal modo si facilita la predisposizione da parte del Pubblico Ministero del proprio elenco nei tempi estremamente brevi (sia pure ordinatori) indicati dalla norma e decorrenti dalla trasmissione dei verbali e delle registrazioni.

Si è in precedenza evidenziato come, a seguito del deposito da parte del PM , i difensori delle parti possano (presso gli ambienti destinati ad Archivio riservato ai sensi del combinato disposto dell'articolo 269 c.p. P e 89 bis norme di attuazione c.p.p) solo visionare ma non estrarre copia dei verbali delle operazioni né abbiano la possibilità di avere copia delle registrazioni , registrazioni che potranno essere oggetto solo di ascolto presso tale archivio riservato.

Tali diritti di estrazione di copie potranno essere esercitati dalle difese delle parti solo una volta emessa da parte del Giudice l'ordinanza di acquisizione delle conversazioni/ comunicazioni indicate dalle parti ai sensi dell'art 268 quater comma 3 cpp.

Si tratta di una disposizione chiaramente penalizzante nei confronti delle difese delle parti in quanto impone alle stesse la necessità di ascoltare presso l'archivio riservato le intercettazioni depositate, a prescindere dalla rilevanza valutata dal Pm, per la selezione delle conversazioni rilevanti ai fini difensivi e per le successive determinazioni . Tale ascolto che potrà risultare prolungato e defaticante specie in procedimenti complessi e caratterizzati da lunghe attività di intercettazione anche in considerazione dei tempi contenuti (10 giorni prorogabili dal Giudice per un periodo non superiore ad ulteriori 10 giorni) riservati alle difese per la formulazione delle richieste di acquisizione delle intercettazioni.

La norma peraltro risulta strettamente collegata al regime di rigida segretezza voluto dal legislatore per il complesso delle intercettazioni depositate in Archivio (comprensivo di comunicazioni non rilevanti e riferite dati sensibili) nella fase precedente alla fase di acquisizione al fascicolo di indagine delle intercettazioni rilevanti per le parti .

L'ordinanza di acquisizione

Come anticipato il Giudice con ordinanza emessa sulla base della disciplina dettata dall'articolo 268 quater CPP acquisisce le conversazioni/ comunicazioni indicate dalle parti salvo la manifesta irrilevanza e ordina anche di ufficio lo stralcio delle registrazioni dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione.

Gli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione non permangono nell'Archivio riservato ma sono inseriti nel fascicolo di indagine del PM di cui all'articolo 373, comma 5 cpp. I verbali delle operazioni e le registrazioni oggetto di acquisizione da parte del GIP non sono coperti dal segreto di indagine pur permanendo il divieto di pubblicazione ex art. 114 comma 2 cpp.

In questa fase il Giudice ordina altresì la trascrizione sommaria a cura del Pubblico Ministero del contenuto delle comunicazioni conversazioni acquisite su richiesta dei difensori, se nel verbale delle operazioni di cui all'articolo 268 comma 2 cpp sono indicati soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

A seguito della emissione dell'ordinanza di acquisizione, come anticipato, i difensori hanno il diritto di far eseguire la trasposizione delle registrazioni acquisite su supporto informatico o altro strumento idoneo alla riproduzione dei dati e possono ottenere copia dei verbali delle operazioni concernenti le comunicazioni e conversazioni acquisite.

Si dispone per quanto riguarda i supporti informatici contenenti le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni depositate ed oggetto di successiva acquisizione che gli stessi, pur facendo parte formalmente del fascicolo di indagine del PM, continuino ad essere custoditi, in conformità alle direttive sinora emesse, presso gli appositi armadi blindati e casseforti nella disponibilità della Procura.

A seguito dell'ordinanza di acquisizione delle comunicazioni e conversazioni il legislatore prevede invece che gli atti di intercettazioni non acquisiti, in quanto riferiti a conversazioni non rilevanti siano immediatamente restituiti al Pubblico Ministero, per la conservazione nell'archivio riservato rimanendo tali verbali e le registrazioni coperti dal segreto.

D2) Modalità di deposito e acquisizione delle intercettazioni delle conversazioni e comunicazioni utilizzate per l'adozione di una misura cautelare

L'articolo 291 cpp attualmente vigente prevede che il PM in sede di formulazione della richiesta per l'applicazione di misure cautelari personali presenti al Giudice competente in termini complessivi "gli elementi su cui la richiesta si fonda" (oltre agli elementi a favore dell'indagato e le memorie e deduzioni difensive).

Con la novella legislativa è stata aggiunta l'espressa indicazione, quali atti compresi negli elementi alla base della richiesta di misura cautelare, dei verbali delle operazioni compiute di cui all'articolo 268 comma 2 cpp (verbali comprensivi del contenuto anche sommario delle comunicazioni intercettate) limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti per la formulazione della richiesta e quindi in sede di applicazione del provvedimento cautelare. Trattandosi di intercettazioni utilizzate ai fini di sostenere una richiesta di misura cautelare e ritenute rilevanti a tal fine è implicita la valutazione di rilevanza ai fini di indagine e la sussistenza dei presupposti per la trascrizione delle stesse.

Il deposito dei verbali delle operazioni compiute in relazione alle conversazioni e comunicazioni telefoniche, ambientali ed informatiche poste a fondamento della richiesta di misura cautelare, così come tutti gli atti a fondamento della richiesta di misura cautelare e la richiesta stessa, viene effettuato anche nel nuovo regime normativo presso la cancelleria del Giudice destinatario della richiesta dopo l'esecuzione o notificazione della ordinanza di misura cautelare ai sensi dell'articolo 293 comma 3 CPP.

La novella legislativa è intervenuta indicando in forma espressa, con recepimento sul punto degli arresti giurisprudenziali dopo la pronuncia della Cassazione SSUU n 27 maggio 2010 n° 20300 Lasala, conseguenti alla declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art 268 cpp intervenuta con la sentenza Corte Cost. n° 336/2008, le facoltà e i diritti della difesa conseguenti al deposito dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare con riferimento alla richiesta del Pubblico Ministero e agli atti presentati a fondamento della stessa statuendo che «Il difensore ha diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate. Ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati e delle relative registrazioni.».

Viene pertanto confermato e riconosciuto il diritto pieno di accesso dei difensori degli indagati destinatari di ordinanza di misura cautelare al materiale di intercettazione nella sua integralità posto alla base della richiesta di misura cautelare prevedendo il diritto delle difese non solo di esaminare ma di estrarre copia dei verbali delle operazioni di intercettazione nonché il pieno diritto di estrazione di copia integrale delle registrazioni stesse e non di semplice ascolto delle registrazioni a differenza di quanto previsto in caso di deposito, come visto, per le intercettazioni non collegate a misura cautelare depositate dal PM nell' Archivio riservato.

Tale effetto sul piano delle garanzie della difesa è del resto strettamente conseguente al dato procedimentale secondo cui per le conversazioni o comunicazioni utilizzate in sede cautelare dopo il deposito in favore delle difese degli atti di intercettazione l'acquisizione di tali atti al fascicolo delle indagini è un atto processuale rientrante nella sfera di attività del Pubblico Ministero e di fatto coincidente e " fissato " al momento dell'adozione della misura cautelare, a differenza di quanto previsto per le conversazioni non collegate a misura cautelare.

Il diritto delle difese di estrazione di copia delle registrazioni delle conversazioni e comunicazioni intercettate, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni poste dal Pubblico Ministero alla base della richiesta cautelare, costituisce un diritto non subordinato ad un provvedimento espresso da parte del Magistrato titolare delle indagini. Verrà attivato con una richiesta avanzata dal difensore al Pubblico Ministero da presentare in tempo utile per l'espletamento degli incombenzi conseguenti da parte delle segreterie del Pubblico Ministero. La messa a disposizione delle registrazioni da parte del Pubblico Ministero deve conseguentemente avvenire, in conformità alle pronunce giurisprudenziali richiamate e come del resto già avviene all'interno di questa Procura, attraverso opportuni meccanismi organizzativi, in termini temporali compatibili quindi con le scansioni temporali dettate dall'articolo 309 cpp per la proposizione eventuale da parte delle difese della richiesta di riesame avendo l'obbligo le segreterie del PM di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale "de libertate".

L'acquisizione e l'inserimento nel fascicolo delle indagini dei verbali e degli atti delle comunicazioni e conversazioni intercettate e poste alla base della richiesta di applicazione di una misura cautelare, come anticipato, viene delineata dalla novella secondo modalità differenziate rispetto a quanto previsto per le conversazioni e comunicazioni intercettate che non svengono poste a fondamento di una richiesta di misura cautelare.

In quest'ultimo caso, come abbiamo visto in precedenza, l'acquisizione degli atti relativi alle conversazioni/comunicazione rilevanti, inseriti nell'elenco formato dal PM, viene disposta dal Giudice con ordinanza ex articolo 268 quater cpp. Per effetto e a seguito di tale ordinanza di acquisizione emessa dal Giudice gli atti e verbali delle conversazioni o comunicazioni oggetto di ordinanza di acquisizione sono inseriti nel fascicolo di indagine del PM (art 268 quater comma 3 cpp).

L'articolo 268 ter comma 1 cpp prevede invece che l'acquisizione al fascicolo delle indagini delle comunicazioni o conversazioni utilizzate nel corso delle indagini preliminari per l'adozione di una misura cautelare viene disposta, si potrebbe dire in forma autonoma e automatica senza alcun atto del Giudice, dal Pubblico Ministero, con inserimento dei verbali e degli atti ad esse relativi nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5 cpp.

Con l'inserimento dei verbali delle operazioni e delle registrazioni delle comunicazioni e conversazioni nel fascicolo delle indagini del Pubblico Ministero ex articolo 373 comma 5 CPP viene meno il segreto su tali atti così come espressamente previsto dall'articolo 269 comma 1 bis CPP.

L'inserimento dei verbali delle operazioni di intercettazione e degli atti ad esse relativi nel fascicolo delle indagini del Pubblico Ministero discende dunque dalla pregressa selezione autonoma

effettuata dal Pubblico Ministero delle intercettazioni rilevanti poste alla base della richiesta di misura cautelare e non consegue alla emissione di un provvedimento del Giudice.

E questo in quanto la valutazione di rilevanza di tali intercettazioni risulta strettamente connessa alla fase incidentale cautelare ed è frutto di una valutazione operata in autonomia dal Pubblico Ministero al momento della presentazione della richiesta di misura cautelare e degli elementi a sostegno della stessa. La rilevanza consegue dunque automaticamente all'inserimento di tali intercettazioni tra gli elementi posti alla base della richiesta di applicazione di misure cautelari con conseguente discovery degli stessi all'atto dell'esecuzione dell'ordinanza ed inserimento di tali elementi di intercettazione nel fascicolo delle indagini del Pubblico Ministero.

E, del resto, le intercettazioni di comunicazioni e conversazioni poste a fondamento di una richiesta di misura cautelare, anche se derivanti da operazioni di intercettazioni già definite e concluse, sono naturalmente oggetto in una prima fase di una richiesta di autorizzazione al ritardato deposito da parte del Pubblico Ministero e come tali non destinate alla conservazione nell'Archivio riservato.

Al momento dell'adozione della misura cautelare gli atti di intercettazione e le registrazioni, come in precedenza esposto, vengono acquisiti al fascicolo di indagine del PM sulla base di un potere autonomamente esercitato dal Pubblico Ministero stesso e nei confronti di tali atti viene meno di conseguenza il segreto di indagine: quali atti allegati al fascicolo delle indagini costituiscono elementi fisiologicamente estranei al materiale conservato presso l'Archivio riservato della Procura. Da ultimo si osserva che l'inserimento nell'Archivio riservato di tali intercettazioni prima dell'acquisizione delle stesse con l'adozione della ordinanza cautelare contrasterebbe con lo stesso sistema di accessibilità esteso anche alle parti delle registrazioni conservate al suo interno. L'articolo 269 cpp come novellato prevede infatti la possibilità incondizionata di accesso all'Archivio riservato oltre che da parte del Giudice da parte dei difensori dell' "imputato" per l'esercizio dei loro diritti e facoltà per la consultazione degli atti e per l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate.

Va evidenziato che le regole sopra descritte di deposito ed acquisizione delle conversazioni e comunicazioni poste a fondamento di una richiesta di misura cautelare risultano applicabili anche nell'ipotesi in cui il Giudice, in accoglimento parziale delle richieste formulate dalla Procura emetta ordinanza di misura cautelare soltanto con riferimento ad alcune delle ipotesi e ad alcuni degli indagati ricompresi originariamente nella richiesta di misura cautelare del Pubblico Ministero.

In tal caso infatti il materiale di intercettazione deve essere considerato nella sua unitarietà oggetto di discovery e di acquisizione al fascicolo delle indagini del Pubblico Ministero all'atto dell'adozione della ordinanza di applicazione della misura cautelare.

Nella diversa ipotesi in cui vi sia invece il rigetto integrale della richiesta di applicazione di misure cautelare formulato dal Pubblico Ministero per le conversazioni o comunicazioni originariamente poste alla base della stessa risulteranno invece applicabili le regole di deposito e di acquisizione indicate sub D1.

Dal complesso di tali norme per riassumere si ricava che :

- 1) l'acquisizione al fascicolo delle indagini degli atti di intercettazione alla base della richiesta di misura cautelare (comprese le registrazioni) e il venir meno conseguente del segreto di indagine coincide con il momento dell'adozione della misura cautelare da parte del Gip;
- 2) i verbali delle operazioni e le registrazioni delle conversazioni o comunicazioni utilizzate per la formulazione della richiesta di misura cautelare non devono pertanto essere custoditi in alcuna fase, per effetto della disciplina sopra esposta, nell'Archivio riservato del Pubblico Ministero, archivio destinato, come più volte evidenziato, al deposito esclusivamente degli atti di intercettazioni coperti dal segreto di indagine prima dell'acquisizione di tali atti al fascicolo di indagine del Pubblico Ministero;

3) i supporti informatici contenenti le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni trasmessi al GIP all'atto della presentazione della richiesta ed oggetto di successiva acquisizione da parte del PM al fascicolo delle indagini in quanto poste alla base della misura cautelare adottata, pur facendo parte formalmente del fascicolo di indagine, continueranno ad essere custoditi anche in questo caso, in conformità alle direttive sinora emesse, presso gli appositi armadi blindati e casseforti nella disponibilità dell'Ufficio.

Si dispone che anche in questo caso la Polizia Giudiziaria, previa interlocuzione con il Pubblico Ministero, predisponga un elenco delle comunicazioni e conversazioni rilevanti per la presentazione della richiesta di misura cautelare da inviare unitamente agli atti di indagine rilevanti a tal fine. Tale elenco risulterà tra l'altro utile al fine di ripartire il materiale di intercettazione distinguendo le conversazioni a fondamento della ordinanza di applicazione di misura cautelare rispetto alle restanti conversazioni per le quali valgono le distinte regole di deposito e di acquisizione illustrate.

E) La trascrizione delle intercettazioni ex articolo 493 bis CPP (art. 3 lett m DLVO 29.12.2017 n° 216).

L'attività di trascrizione del contenuto delle conversazioni e comunicazioni intercettate o di stampa dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche non costituisce attività diretta di formazione della prova ma integra un'attività derivativa rispetto ad una prova già formata e costituita dalla registrazione della conversazione telefonica, della comunicazione ambientale o della comunicazione telematica.

In materia il legislatore è intervenuto in primo luogo inserendo nell'ambito delle disposizioni relative agli atti introduttivi del dibattimento l'articolo 493 bis cpp per effetto del quale si prevede che il Giudice dibattimentale disponga, su richiesta delle parti, la trascrizione delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche acquisite. In tale attività si devono osservare le forme, i modi e le garanzie previsti per lo svolgimento delle perizie. Viene previsto altresì il diritto delle parti di estrarre copia delle trascrizioni, delle registrazioni e delle stampe dei flussi di dati.

Viene correlativamente abrogato l'articolo 268 comma 7 c.p. p, che prevedeva, come noto, una competenza del Giudice delle indagini preliminari in materia di trascrizione integrale delle intercettazioni o la stampa in forma intelligibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche sempre con l'osservanza delle forme e dei modi della perizia.

Una residuale competenza in materia di trascrizioni in capo al GIP può essere astrattamente individuabile nei casi in cui il PM richieda nella forma dell'incidente probatorio la trascrizione in forma peritale delle intercettazioni in presenza dei presupposti indicati dall'articolo 393 comma 2 c.p. p ovvero sia allorché l'attività di trascrizione peritale delle intercettazioni, se fosse disposta nel dibattimento, potrebbe determinare una sospensione del dibattimento superiore a 60 giorni.

Si tratta peraltro di un'eventualità scarsamente concretizzabile. Vi è infatti da rilevare in base alla concreta esperienza come, nei dibattimenti più complessi i tempi di esecuzione di una trascrizione peritale delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, pur numericamente consistenti, sono assolutamente compatibili con i tempi medi di svolgimento del giudizio di primo grado. Un eventuale incarico peritale per la trascrizione conferito dal Tribunale nelle fasi iniziali del dibattimento ha dunque la possibilità di esaurirsi con il deposito della relazione di perizia delle conversazioni/comunicazioni in tempi compatibili con lo svolgimento e la prosecuzione contestuale, nelle more del deposito della perizia, di parte dell'istruttoria dibattimentale e senza determinare in concreto l'esigenza di una sospensione del dibattimento oltre i termini indicati.

F) Disposizioni di modifica al codice di procedura penale in materia di redazione delle richieste di misure cautelari personali e delle ordinanze di applicazione delle stesse in ordine all'esposizione del contenuto delle conversazioni /comunicazione oggetto di intercettazione (art. 3 DLVO 29.12.2017 n° 216) .

L'articolo 3 del decreto legislativo contiene ulteriori disposizioni in materia di redazione delle richieste di misure cautelari personali e delle conseguenti ordinanze di applicazione quanto alla riproduzione del contenuto delle conversazioni oggetto di intercettazioni ,modifiche introdotte intervenendo sia sull'articolo 291 cpp che sull'articolo 292 cpp.

Con l'inserzione nel corpo dell'art.291 cpp del comma uno ter cpp, si dispone che « Quando e' necessario, nella richiesta sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate.».

Corrispondente modifica è stata introdotta con l'art.292 comma 2 quater cpp con riferimento alla motivazione dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare con la previsione che “quando è necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi, delle comunicazioni e conversazioni intercettate sono riprodotti soltanto i brani essenziali.».

L'inserimento da parte del PM dei contenuti delle comunicazioni / conversazioni rilevanti nella motivazione della richiesta di misura cautelare in base alla novella legislativa deve pertanto rispondere in primo luogo ad una necessità espositiva degli elementi dotati di gravità indiziaria e deve essere comunque limitata ai passaggi essenziali delle comunicazioni e conversazioni essendo finalizzato alla compiuta indicazione da parte del PM degli elementi strettamente funzionali alla adeguata rappresentazione del materiale indiziario.

Evidente la finalità della riforma sul punto tesa a contenere l'esposizione indifferenziata in sede di richieste e provvedimenti cautelari di elementi non strettamente rilevanti in sede di indagine e ai fini cautelari.

Si deve osservare che nell'ambito delle indagini di maggiore complessità , specie se fondate su prolungate attività di intercettazione, risulta necessaria ai fini di una completa esposizione del materiale indiziario ed agevola in buona sostanza la conoscenza delle cadenze e del materiale complessivo dell'indagine. una riproduzione coerente e completa all'interno della richiesta di applicazione di misure cautelari delle conversazioni e comunicazioni. Ovviamente deve trattarsi di una esposizione non indifferenziata ma limitata ai punti essenziali e “mirata” del materiale di intercettazione unitamente alle altre risultanze di indagine.

Di converso l'esposizione in forma esclusivamente riassuntiva dei contenuti delle intercettazioni o attraverso una tecnica di semplici richiami agli estremi delle intercettazioni nei brogliacci o alle Annotazioni di PG nella maggior parte dei casi costituisce un limite oggettivo alla completezza della ricostruzione delle risultanze d'indagine e può comunque incidere sulla chiarezza e completezza espositiva in caso di sintesi eccessiva o incongrua tanto per il Giudice chiamato a pronunciarsi quanto successivamente per le parti.

Tale tecnica espositiva infatti richiede sovente per il destinatari comunque la necessità di completare l'esame delle risultanze di indagine con la lettura integrale dei verbali delle conversazioni e comunicazioni sintetizzate o richiamate.

In considerazione della novella legislativa e di quanto in precedenza osservato sul punto risulta di conseguenza necessario che anche la Polizia Giudiziaria si conformi a tale disciplina nella predisposizione delle annotazioni in vista della presentazione da parte di questo Ufficio di richieste di misure cautelari .

In tale prospettiva, anche per finalità di sintesi , la PG si limiterà a riportare nei suoi atti il contenuto necessario delle conversazioni e comunicazioni rilevanti per le finalità sottese e i passaggi essenziali delle conversazioni o comunicazioni intercettate, evitando di inserire in modo pedissequo passaggi irrilevanti a fini di indagine.

Si assicurerà tra l'altro in tal modo in via progressiva una coerenza ed un'organicità espositiva degli elementi rilevanti di indagine desunti dall'attività di intercettazione.

Da ultimo si segnala che con riferimento alla ordinanza di applicazione di misura cautelare e al collegato regime di pubblicità il legislatore è intervenuto con la disposizione di cui all'articolo 2 comma 1 lettera b), che modifica l'articolo 114 comma 2 c.p. p in materia di divieto di pubblicazione di atti .

Con tale modifica normativa si prevede che il divieto di pubblicazione anche parziale degli atti non più coperti dal segreto già previsto fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine della udienza preliminare non riguardi le ordinanze di applicazione delle misure cautelari personali sia coercitive che interdittive indicate dall'articolo 292 c.p. p.

Tali ordinanze saranno quindi pubblicabili prima del termine delle indagini preliminari o della conclusione dell'udienza preliminare sin dal momento del deposito delle stesse atto a seguito della esecuzione o notifica della misura cautelare.

Tale norma, come anticipato , acquisirà efficacia una volta decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo e quindi alla data del 26 gennaio 2019.

La norma transitoria in oggetto appare all'evidenza motivata dall'esigenza di pervenire alla pubblicazione di ordinanze di applicazione di custodia cautelare che presentino un contenuto coerente con il dettato normativo mediante la previsione di un'efficacia ulteriormente differita rispetto all'entrata in vigore fissata al luglio 2018 delle disposizioni della novella in ordine alle modalità di inserimento dei contenuti delle intercettazioni in sede di redazione delle ordinanze cautelari.

G) L'archivio riservato delle intercettazioni della Procura (art 269 CPP- art 89 Bis, 92 Disp. Attuazione CPP) (art. 3 lett. c DLVO 29.12.2017 n° 216) .

Si sono già evidenziati supra gli atti destinati alla custodia e conservazione presso l'Archivio riservato delle intercettazioni istituito con la modifica dell'articolo 269 c.p. p. presso l'ufficio del Pubblico Ministero che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni .

Nell'ipotesi peraltro di successivo invio integrale del procedimento ad altro ufficio del Pubblico Ministero ex art 54 comma 1 cpp gli atti di intercettazione coperti dal segreto trasmessi unitamente al procedimento e , pur in assenza di previsione normativa, verranno custoditi presso l'Archivio riservato della Procura destinataria del procedimento benché nel caso specifico non sia l'ufficio di Procura che ha richiesto ed eseguito le operazioni di intercettazione.

In tale archivio devono essere dunque custoditi integralmente e sono coperti dal segreto :

1) le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni, prima dell' acquisizione delle conversazioni o comunicazioni al fascicolo di indagine del Pubblico Ministero in quanto ritenute rilevanti riferiti agli atti di intercettazione delle conversazioni/comunicazioni non utilizzati per fondare una richiesta di applicazione di una misura cautelare;

2) gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal Giudice non rilevanti o inutilizzabili (art 92 comma 1 bis Disp. Attuazione CPP).

Il Giudice in vista delle valutazioni in punto di acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti e i "difensori dell'imputato" per l'esercizio dei loro diritti e facoltà sul punto possono accedere all'Archivio riservato per la consultazione degli atti e per l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate.

Con la modifica dell'articolo 269 comma 2 cpp si prevede altresì che con riferimento alle registrazioni per le quali sussiste l'obbligo di conservazione fino alla sentenza non più soggetta a

impugnazione gli interessati a tutela della riservatezza possono richiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite.

Come già esposto non sono invece coperti da segreto e non sono destinati alla conservazione nell'Archivio riservato:

1) gli atti, i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni dichiarati utilizzabili e come tali acquisiti e facenti parti del fascicolo di indagine del PM di cui all'articolo 373, comma 5 cpp

2) gli atti di intercettazione utilizzati per fondare la richiesta di applicazione di una misura cautelare pure destinati all'acquisizione ed all'inserimento nel fascicolo di indagine del Pubblico Ministero.

L'Archivio riservato viene gestito anche con modalità informatiche e rientra nella direzione e sorveglianza diretta del Procuratore della Repubblica che deve assicurare modalità idonee a tutelare la segretezza della documentazione custodita impartendo, con particolare riguardo alle modalità di accesso, le prescrizioni necessarie per garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

L'articolo 269 comma 1 cpp prevede, come detto, che al Giudice per le indagini preliminari e ai difensori dell'imputato per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è in ogni caso consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate. Tali accessi, in particolare nella fase delle indagini, sono strettamente finalizzati all'ascolto e selezione delle conversazioni e comunicazioni da considerarsi come rilevanti e da acquisire ai fini delle indagini.

Le disposizioni di coordinamento del codice di procedura penale prevedono altresì le modalità di accesso all'archivio riservato a cui hanno diritto di accedere oltre al Giudice che procede e i suoi ausiliari, il Pubblico Ministero i suoi ausiliari ivi compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, e i difensori delle parti, assistiti se necessario da un interprete.

Con disciplina di dettaglio è previsto altresì che ogni accesso sia annotato in apposito registro gestito con modalità informatiche contenente l'indicazione della data iniziale e dell'ora finale degli accessi e degli atti specificamente consultati. I difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchio a disposizione dell'archivio ma, come visto, non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi.

È facilmente comprensibile come la strutturazione dell'Archivio riservato delle intercettazioni posto nella diretta responsabilità organizzativa del Procuratore costituisca un'innovazione sicuramente molto impegnativa sul piano organizzativo, logistico, e dei conseguenti investimenti strumentali e informatici.

Tale struttura comporta oneri e costi di personale, strutturali ed economici rilevanti per il reperimento e/o la modifica di adeguate strutture logistiche, per la dotazione di personale e di supporti informatici e strumentali per la registrazione degli accessi, per l'impegno di personale amministrativo e di supporti strumentali, in particolare mediante sistemi di videosorveglianza, per la verifica e il controllo costante delle modalità di consultazione ad opera delle parti di atti di intercettazione che costituiscono materiale probatorio in originale e di fondamentale per lo sviluppo del procedimento.

In mancanza di interventi straordinari si prospettano evidenti difficoltà (e per questa Procura la sostanziale impossibilità) di individuare all'interno di uffici di Procura spesso caratterizzati da scarsità di spazi e risorse strumentali, adeguate strutture logistiche, risorse di personale e di supporti informatici e di sicurezza che consentano la custodia e conservazione degli atti relativi alle intercettazioni oltre che l'ascolto, in condizioni di riservatezza, ad opera delle parti processuali e in particolare da parte delle difese, delle registrazioni originali.

H) Il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art 617 septies C.P.) (art. 1 comma 1 DLVO 29.12.2017 n° 216) .

Il legislatore ha introdotto nel Codice con efficacia dalla data del 26 gennaio 2018 l'articolo 617 septies cp nell'ambito della sezione dei delitti contro la inviolabilità dei segreti, una nuova ipotesi

delittuosa che sanziona “chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione”

Tale delitto viene punito con la reclusione fino a quattro anni ed è procedibile a querela della persona offesa.

Trattasi di reato di competenza del Tribunale monocratico e definibile con citazione diretta.

La competenza a indagare è attribuita alla singola Procura circondariale non essendo stata inserita tale nuova figura criminosa nell'elenco dei delitti ex articolo 51 comma 3 quinquies cpp di competenza dell'ufficio del Pubblico Ministero presso il tribunale distrettuale.

Viene prevista una causa di non punibilità avente nella maggior parte dei casi indicati le caratteristiche di una vera e propria causa di giustificazione connessa all'esercizio di diritti e di difesa o espressivi del diritto di cronaca essendo esclusa la punibilità se la diffusione delle riprese o delle registrazioni deriva in via diretta ed immediata dalla loro utilizzazione in un procedimento amministrativo o giudiziario o per l'esercizio del diritto di difesa o del diritto di cronaca.

La condotta oggettiva del reato (in relazione alla quale verrà anche determinato il momento e il luogo di consumazione del delitto) è costituita dalla diffusione con qualsiasi mezzo:

- 1) delle riprese audio o video di incontri privati compiute fraudolentemente
- 2) delle registrazioni, sempre fraudolente, di conversazioni anche telefoniche o telematiche.

Quanto all'elemento soggettivo si richiede la finalità specifica di danneggiare l'altrui reputazione o immagine da parte del soggetto partecipante all'incontro ed alla conversazione.

Le riprese e registrazioni devono riferirsi, come detto, ad incontri e conversazioni caratterizzate dalla presenza dell'autore della diffusione stessa ma compiute attraverso attività fraudolenta e quindi occultando l'attività di registrazione nei confronti dell'interlocutore.

Assume rilievo penale nella nuova ipotesi incriminatrice pertanto la diffusione di tali riprese e registrazioni fraudolente sempre se finalizzata al pregiudizio della reputazione e dell'immagine altrui.

La semplice attività di registrazione e di svolgimento delle riprese audio o video poste in essere da soggetto partecipante all'incontro o alla conversazione anche se all'insaputa dell'interlocutore costituiscono del resto, come reiteratamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, condotta penalmente lecita e dotata altresì di validità probatoria in sede penale (v. Cassazione SSUU 28 maggio 2003 n° 6747, Torcasio “.. La registrazione fotografica di un colloquio svolto tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque si ammesso ad assistervi, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova del processo secondo la disposizione dell'articolo 234 CP P, salvo le eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa..”; ancora v. tra le altre Cassazione penale 13 maggio 2011 n° 18908; da ultimo tra le altre Cassazione 3 febbraio 2017 n° 5241) e questo al di là di quanto individuato in sede interpretativa per legittimare l'utilizzabilità in sede processuale penale di tali atti con particolare riferimento peraltro alla ipotesi di registrazione previo accordo o con supporti forniti dalla PG.

In base a quanto sopra anticipato il delitto è punibile, quanto all'elemento soggettivo, a titolo di dolo specifico costituito dalla finalità danneggiare i beni giuridici della reputazione o immagine di altro soggetto solitamente ma non necessariamente coincidente con l'interlocutore nell'incontro o nella conversazione del reo.

I) Disposizioni di modifica al codice di procedura penale in materia di intercettazione mediante captatore informatico - disposizioni per l'impiego delle intercettazioni dei procedimenti per i più gravi reati di pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 4,6 e 7 DLVO 29.12.2017 n° 216).

1. La normativa sul captatore informatico

Il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 ha inteso dare una regolamentazione specifica, in parte differenziata da quella più generale delle intercettazioni, allo strumento convenzionalmente indicato come captatore informatico(c.d trojan horses),.

Il captatore informatico è uno strumento tecnologico (cd. malware) che consente, in realtà, lo svolgimento di molteplici attività non tutte rientranti nel concetto di intercettazione in senso stretto; e infatti, come del resto oggetto di

disamina nella sentenza della Cassazione Sez. Un. del 28 aprile 2016 n. 26889, Rv. 266905 Scurato, consente :

1. di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo "infettato" (navigazione e posta elettronica, sia web mail, che outlook);
2. di attivare il microfono e, dunque, di apprendere per tale via i colloqui che si svolgono nello spazio che circonda il soggetto che ha la disponibilità materiale del dispositivo, ovunque egli si trovi;
3. di mettere in funzione la web camera, permettendo di carpire le immagini;
4. di accedere al contenuto dell'hard disk e di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira;
5. di decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (keylogger) e visualizzare ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (screenshot);
6. di sfuggire agli antivirus in commercio.

Nell'ambito dell'attività di accesso al contenuto dell'Hard disk esso consente:

- di acquisire i contatti della rubrica telefonica,
- di intercettare il traffico email,
- di estrapolare copia del contenuto delle memorie di massa o rimovibili aggiuntive,
- di geolocalizzare il dispositivo sfruttando il sistema g.p.s.,
- di acquisire le comunicazioni e conversazioni intrattenute mediante applicazioni di instant messaging (quali ad esempio whatsapp, telegram, facebook messenger o simili),

I dati così raccolti sono trasmessi, per mezzo della rete internet, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.

L'utilizzo del captatore informatico era già ampiamente praticato nella realtà investigativa, ma non era stato in precedenza oggetto di alcuna regolamentazione specifica a livello normativo, motivo per cui, gli interpreti e gli operatori del diritto avevano, di volta in volta, ricondotto ciascuna delle funzioni, innanzi indicate, a quelle tipologie di mezzi di ricerca della prova o strumenti d'indagine atipici più confacenti per il singolo caso (facendo così riferimento agli istituti delle ispezioni, delle perquisizioni, delle intercettazioni e delle cd. "prove atipiche" di cui all'art. 189 c.p.p.) e, da ultimo, era dovuta intervenire la giurisprudenza di legittimità, in particolare con la citata sentenza Cassazione Sez. Un. del 28 aprile 2016 n. 26889, Rv. 266905 Scurato per definire gli ambiti in ordine all'uso del captatore maggiormente pervasivo della privacy, ovverosia la captazione delle

conversazioni tramite attivazione del microfono su dispositivi portatili e con particolare riferimento alle situazioni in cui le conversazioni captate avvenivano nei luoghi di privata dimora.

2. Ammissibilità dell'uso del captatore informatico in relazione alle figure delittuose (art.266 cpp - art 6 al comma 2 Dlvo 216/2017)

L'art. 266 c. 2 prima parte c.p.p. è stato modificato come segue "Negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti , che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile".

La legge delega ha dunque inteso disciplinare esclusivamente le intercettazioni tramite captatore informatico di conversazioni tra presenti su dispositivi mobili, le quali, tuttavia, per quanto detto in precedenza, sono solo uno dei possibili utilizzi di tale strumento.

Tale scelta, come accennato innanzi, è stata in parte imposta dalla circostanza che proprio in riferimento a tale utilizzo del cd. agente intrusore (che consente intercettazioni ubiquitarie ovvero che si spostano di luogo in luogo seguendo il possessore del dispositivo target oggetto di intercettazione) si sono posti, nella prassi, i maggiori interrogativi di compatibilità dello strumento tecnico investigativo con la disciplina relativa alle intercettazioni tra presenti, alla luce della necessità , più volte riaffermata anche dalla giurisprudenza di legittimità, di preventiva individuazione, in seno al decreto autorizzativo, dei luoghi in cui possano avvenire le operazioni.

La previsione normativa espressa della possibilità di ricorrere al cd. captatore informatico per intercettazioni tra presenti, potrebbe, ad una prima lettura, apparire ultronea (dato che tale strumento era già ampiamente utilizzato ed il suo uso era stato legittimato da varie pronunce giurisprudenziali); tale previsione è apparsa peraltro necessitata sia in considerazione delle peculiarità tecnologiche dello strumento di intercettazione sia alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali creatisi in seguito alla citata sentenza Scurato, che avevano apparentemente escluso la possibilità di ricorrere alle intercettazioni mediante captatore informatico su dispositivi mobili per i delitti diversi da quelli di criminalità organizzata.

Rimangono fuori del focus del decreto legislativo tutte le restanti attività, svolte a mezzo di programmi informatici che comportino acquisizione di dati preesistenti sugli apparecchi portatili (es. acquisizione dei dati della rubrica telefonica), nonché tutte quelle attività di intercettazione in senso stretto che comportino l'utilizzo del captatore su un dispositivo non portatile (ad esempio un personal computer fisso, una smart-tv e così via) posto che l'attivazione del microfono garantisce comunque la sicura determinabilità del luogo in cui avvengono le captazioni.

Considerato che le intercettazioni mediante utilizzo di captatore informatico sono da ritenersi rientranti nel genus delle intercettazioni tra presenti , di cui costituiscono una forma peculiare, esse soggiacciono alla relativa disciplina, ovvero;

- sono sempre consentite nei luoghi diversi da quelli di privata dimora, di cui all'art. 614 c.p.;
- se invece devono svolgersi nei luoghi di privata dimora, di cui all'art. 614 c.p., esse sono autorizzabili dal Giudice per i delitti diversi da quelli di seguito indicati soltanto qualora sussista fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa;
- per i delitti di c.d. criminalità organizzata di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. la novella legislativa ha poi introdotto un nuovo comma 2bis, all'art. 266 c.p.p. per cui ove si proceda per tali delitti l'intercettazione per mezzo del captatore informatico è sempre consentita e quindi anche se si svolge nei luoghi domiciliari indipendentemente dal fatto che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa;
- Un ulteriore regime è previsto per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni per i quali il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 dopo aver previsto all'art. 6 comma 1 disp. cit., l'applicabilità a tali delitti (sulla quale ci si soffermerà più dettagliatamente in seguito) delle disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito,

con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 all'art 6 al comma 2 prevede che "L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa". Su tale disposizione, apparentemente simile all'ipotesi di cui all'art. 266 c. 2, parte seconda, c.p.p. si tornerà in seguito evidenziando sin d'ora che in essa non si parla più di "fondato motivo" ma soltanto di "motivo"

3. Presupposti e forme per l'uso del captatore informatico (art 267 cpp)

La novella legislativa ha inoltre modificato l'art. 267 c.p.p. introducendo, per i decreti autorizzativi delle intercettazioni mediante uso del captatore informatico su dispositivi portatili, una serie di condizioni ulteriori rispetto a quelle normalmente richieste per le normali intercettazioni tra presenti.

Infatti, il comma 1 dell'art. 267 come novellato dal d.lvo 216/2017 richiede che, nel caso di utilizzo del captatore informatico per le intercettazioni su dispositivi portatili (e dunque non negli altri casi), il decreto autorizzativo debba indicare :

1. "...le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini...";
2. "...nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono".

Dunque per tutti i reati (siano essi rientranti o meno nel novero di quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater) è richiesto un ulteriore sforzo motivazionale dovendo il decreto autorizzativo indicare le specifiche ragioni che rendano necessaria (sia pure in termini non assoluti), tale specifica modalità esecutiva della intercettazione per la riuscita dell'operazione di captazione.

Un possibile esempio sarà quello dell'intercettazione mediante captatore informatico di una conversazione tra due interlocutori che passeggino lungo una via pubblica, poiché in questo caso non si può ricorrere a microspie tradizionali che richiedono la loro preventiva collocazione in un luogo determinato oppure un incontro tra due correi in un locale pubblico di cui, però, non si conosce e non sia neppure successivamente determinabile l'esatta ubicazione.

Tale requisito si riferisce dunque alle specifiche modalità esecutive dell'intercettazione e non va confuso con il requisito della assoluta indispensabilità del ricorso alle intercettazioni per lo svolgimento delle indagini di cui alla prima parte dell'art. 267 c. 1 c.p.p., prevista, per i reati diversi da quelli di cui all'art. 13 decreto legge 13 maggio 1991 n. 152 , in relazione alla attività di intercettazione in generale.

Per i soli reati diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., il decreto autorizzativo deve indicare anche i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Pertanto, mentre per i delitti rientranti nella competenza ad indagare distrettuale ex articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p. per i quali l'intercettazione mediante captatore è sempre ammessa su dispositivi mobili in qualunque luogo ed in qualunque tempo senza limitazioni e non risulta necessaria dunque la specificazione nel decreto dei luoghi e del tempo in cui è ammessa l'attivazione del microfono , l'intercettazione tramite captatore per i restanti reati , a pena di inutilizzabilità ex art. 271 c. 1 c.p.p., presuppone che nel decreto autorizzativo si indichino i luoghi ed il tempo in cui è possibile "accendere" ed utilizzare il captatore informatico.

Si tratta, come si può chiaramente vedere, di una norma di non agevole applicazione per la mancanza di parametri oggettivi e per le difficoltà, proprio in relazione alle esigenze che sono spesso alla base di tale strumento di intercettazione, di una indicazione preventiva di tali elementi

spazio- temporali . Di tali difficoltà del resto è ben consapevole il legislatore che infatti ha previsto che l'indicazione "dei luoghi e del tempo" per l'utilizzo del captatore informatico in tali casi possa essere fatta identificando tali elementi "anche indirettamente".

Appare evidente, dunque, che occorrerà attendere i primi arresti giurisprudenziali , per verificare in che limiti e con quale standard di dettaglio possa avvenire in sede autorizzativa la determinazione di luoghi e tempi entro i quali è possibile l'utilizzo del captatore informatico per intercettazioni su dispositivi mobili E, tuttavia, sul punto, possono qui svolgersi, alcune considerazioni di natura pratica.

In primo luogo, in relazione alla determinazione ed indicazione dei luoghi dove si può utilizzare il captatore, appare evidente che la locuzione "anche indirettamente determinati" consentirà al Giudice di concedere l'uso del captatore in ogni luogo (dunque anche di privata dimora) in cui gli indagati potranno in essere attività rientranti nella condotta tipica del delitto o anche preparatorie ad esse. Per esempio ove nel corso di un'intercettazione telefonica emerga che acquirente e spacciatore concordano un appuntamento in un luogo non determinato, nè altrimenti individuato e/o individuabile, per la cessione della sostanza stupefacente il Giudice potrà autorizzare, ferma la sussistenza del requisito di necessità del ricorso a tale forma di intercettazione, l'utilizzo del captatore "con riferimento al luogo in cui Tizio e Caio si troveranno all'atto della movimentazione e/o cessione dello stupefacente " (tenuto conto che proprio la mancata conoscenza del luogo dell'appuntamento non rende possibile la preventiva installazione delle microspie "classiche").

Per quanto attiene, invece, alla determinazione del tempo, in relazione al quale è consentita l'intercettazione a mezzo captatore il decreto autorizzativo dovrà individuare i "momenti temporali" nei quali sarà legittimato l'utilizzo dello strumento informatico con apertura del microfono ovviamente nell'ambito cronologico più ampio di durata delle intercettazioni come autorizzate o prorogate.

Tale previsione introduce un sistema in molti casi profondamente diverso dalle intercettazioni, telefoniche e/o tra presenti, di tipo tradizionale, dove gli ascolti proseguono indistintamente e senza soluzione di continuità (salvi i casi di intercettazione ambientale attivata ad esempio in relazione ad un singolo incontro tra gli indagati in luogo e tempi specificamente o meno individuati) per tutto l'arco temporale disposto di durata della intercettazione . Nelle intercettazioni mediante agente "intrusore" infatti, fissata la durata complessiva delle operazioni, gli ascolti avverranno in ragione di specifiche occasioni preventivamente determinate (anche indirettamente).

In molti casi la determinazione del tempo di attivazione del microfono nel decreto autorizzativo costituirà elemento strettamente ed inevitabilmente connesso anche ai luoghi di attivazione determinati dal decreto in dipendenza ai contatti ed agli incontri degli indagati in relazione alla commissione dei reati.

Si pensi alla seduta riservata di una gara pubblica che si terrà indifferibilmente dalle ore 14 alle ore 17: in tal caso il Giudice potrà, ed anzi dovrà, autorizzare la captazione limitatamente a tale intervallo temporale, ferma restando la possibilità di indicare i termini anche indirettamente, per esempio, nel caso in cui risulti acclarato che alcuni degli indagati coinvolti nella attività di turbata libertà degli incanti abbiano deciso di vedersi prima della gara per meglio concordare l'attività illecita; in questo caso il Giudice potrà autorizzare l'intercettazione , appunto indirettamente quanto ai tempi , con riferimento al momento (e al luogo) in cui almeno due degli indagati si siano incontrati ed abbiano iniziato a discutere dell'attività illecita. Ovviamente, ove sia noto che i soggetti monitorati abbiano deciso di incontrarsi più volte, il Giudice potrà autorizzare l'attivazione e l'uso del captatore informatico per ognuno degli incontri che avverranno, con l'indicazione generica del momento "d'inizio" (es. dal momento in cui i correi si incontrano fisicamente) e di quello di "fine" della serie di incontri (es. fino al momento in cui essi si separino e dunque la captazione non è più necessaria).

Il legislatore è inoltre intervenuto con l'introduzione del comma 2-bis all'art. 267 c.p.p., in materia d'intercettazione d'urgenza da parte del Pubblici Ministero limitandone l'applicabilità, in caso

d'intercettazione mediante captatore informatico su dispositivo mobile , soltanto ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.. Si tratta di una disposizione che desta perplessità , in quanto tale limitazione, evidentemente collegata ai presupposti più rigidi in materia di intercettazione nei luoghi di privata dimora per le indagini su reati "ordinari", appare quantomeno irragionevole atteso che in ogni caso sui presupposti dell'intercettazione d'urgenza opera il controllo successivo del G.I.P. in sede di convalida.

Nei casi in cui, comunque, risulti possibile per il P.M. adottare il decreto di urgenza, questi dovrà indicare, oltre a quanto previsto dal comma 1, secondo periodo, "le ragioni di urgenza che rendono impossibile attendere il provvedimento del Giudice".

Tale requisito, affinché il P.M. possa procedere d'urgenza, appare descritto in termini lessicali in parte diversi e apparentemente più gravosi rispetto dalla condizione, già prevista dal comma 2 dell'art. 267 c.p.p., per procedere con decreto d'urgenza negli altri casi d'intercettazione: infatti, nel caso d'intercettazioni diverse da quelle con captatore informatico su dispositivo portatile, il decreto d'urgenza richiederà che vi sia "fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini" mentre nel caso di intercettazione con captatore per il P.M. dovranno sussistere ragioni di tale "urgenza", come detto, da rendere "impossibile attendere il provvedimento del Giudice " Si ritiene peraltro che sul piano concreto la diversificazione terminologica non comporti in concreto una sostanziale differenza sul piano della individuazione dei requisiti e dei presupposti necessari per l'attivazione della intercettazione d'urgenza mediante captatore su supporto mobile.

4. Esecuzione delle operazioni di intercettazione (art 268 comma 3 bis)

Il D.lvo 216/2017 ha fortemente innovato, come in precedenza visto, l'art. 268 c.p.p., relativo alle modalità di esecuzione delle intercettazioni, abrogando i commi 5, 6, 7 ed 8 dell'art. 268 c.p.p., aggiungendo i nuovi articoli 268bis, 268ter e 268quater.

Per quanto attiene alla disciplina dell'uso del captatore informatico per intercettazioni tra presenti su dispositivo portatile, il d.lvo in esame ha tra l'altro modificato il comma 3bis dell'art. 268 prevedendo che per le operazioni di avvio e di cessazione delle registrazioni "....l'ufficiale di polizia giudiziaria può avvalersi di persone idonee di cui all'articolo 348, comma 4.". Si tratta ovviamente della possibilità di avvalersi dei tecnici delle società private (di cui all'art. 268 c. 3bis prima parte) che gestiscono il servizio d'intercettazione fornendo le apparecchiature necessarie e il programma del captatore e che collaboreranno con la Polizia Giudiziaria nella complessa fase di inoculazione (e successivamente anche di disattivazione) del virus all'interno del bersaglio elettronico portatile.

5. Le intercettazioni nelle indagini per i reati contro la pubblica amministrazione; l'uso del captatore informatico

L'art. 6 comma 1 del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 ha previsto che nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

Tale norma rende applicabile con efficacia dalla data del 26 gennaio 2018 ai delitti contro la Pubblica Amministrazione più gravi (puniti nel massimo con pena non inferiore a 5 anni, ovvero quelli per cui ai sensi della lett. b) dell'art. 266 c.p.p. sono consentite le intercettazioni), la più snella e meno gravosa disciplina, dell'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, in materia

d'intercettazioni per reati di criminalità organizzata e, pertanto, si potrà ricorrere alle intercettazioni (di qualunque tipologia):

1. in presenza di “sufficienti indizi di reato” invece che di “gravi indizi di reato”;
2. basterà che l'intercettazione sia “necessaria per lo svolgimento delle indagini” e non “assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini”;
3. Vi è la facoltà dell'ufficiale di Polizia Giudiziaria delegato all'ascolto di farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria;
4. La durata delle operazioni in luogo del tradizionale termine di massimo 15 giorni iniziale con proroghe massime di 15 giorni è di ora 40 giorni massimo per il primo decreto con possibilità di proroghe per periodi successivi di 20 giorni, qualora ne permangano i presupposti applicativi;
5. nei casi di urgenza alla proroga può provvedere direttamente il Pubblico Ministero, secondo le disposizioni del comma 2 dell'art. 267 c.p.p. trasmettendo al Giudice il decreto per la convalida.

Deve osservarsi per inciso che la disciplina dell'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, alla luce dei principi affermati della sentenza Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889 in punto di interpretazione della nozione di delitti di criminalità organizzata, risulta estensibile anche ai procedimenti comunque aventi ad oggetto un'associazione per delinquere seppur diversa da quelle richiamate all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p..

Giova peraltro ricordare che ai delitti di criminalità organizzata “comune”, così come individuati, non si applicherà la più estensiva disciplina del nuovo comma 2-bis dell'art. 266 c.p.p. proprio in materia di intercettazione tramite il captatore informatico su dispositivi mobili stante l'esclusivo richiamo di tale articolo, nel consentire tali intercettazioni senza limiti, ai soli procedimenti per delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. .

Per quanto attiene alle intercettazioni per i più gravi delitti contro la p.a tramite captatore informatico su dispositivi mobili, il regime cui esse sono assoggettate, come vedremo tra poco, in virtù della novella del 2017 con l'applicabilità in termini generali della più snella e meno gravosa disciplina dell'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 diverge peraltro, in una parte specifica in punto di intercettazione nei luoghi di privata dimora, sia rispetto al regime previsto sia per i reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., sia, in parte, rispetto ai delitti di criminalità organizzata cd. comune (non rientranti nei casi di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.).

Infatti il comma 2 dell'art 6 del D.lvo 216/2017 prevede per i delitti di P.A. che ““l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.”.

Per i reati di criminalità organizzata “comune” si richiede invece, in positivo, la sussistenza di “fondati motivi” di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa .

Da ultimo non può non osservarsi l'incongruità derivante dal combinato disposto del nuovo comma 2bis dell'art. 267 e dell'art. 6 c. 1 D.lvo 216/2017: infatti, mentre in base a quanto previsto dall'art. 6 c. 1, per i reati più gravi contro la p.a., applicandosi il regime dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, il P.M. potrà disporre d'urgenza le proroghe delle intercettazioni (anche con riferimento a quelle con il captatore informatico installato su dispositivi mobili) non potrà disporre con decreto di urgenza tali intercettazioni, non trattandosi di reati rientranti nell'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p..

Appare oggettivamente incongrua la scelta legislativa in materia dei reati più gravi contro la p.a., atteso che, in entrambi i casi il sistema prevede la successiva convalida del G.I.P. con conseguente controllo sulla sussistenza dei presupposti di legge.

6. Schema riassuntivo su presupposti e limiti dell'intercettazione con captatore informatico

Alla luce del coordinamento tra le norme di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p., 6 comma 2 D.lvo 216/20017, 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, nonché dei principi dettati dalla sentenza della Cass. S.U. 26889/2016, si possono come di seguito schematizzare i presupposti e i limiti per lo svolgimento di attività di intercettazione tra presenti mediante captatore informatico sia su dispositivi mobili che fissi (vedi anche tabella riepilogativa allegata):

Luogo NON di privata dimora e captatore informatico su dispositivi fissi e/o portatili

- a) l'intercettazione tra presenti nei luoghi NON di privata dimora per tutti i delitti (per i quali siano possibili le intercettazioni tra presenti) senza alcuna distinzione:
si potrà effettuare a mezzo di captatore informatico installato su dispositivi, siano essi "fissi" che "portatili", anche se nel luogo ove avverrà la captazione NON si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p.)

Luogo privata dimora e captatore informatico su dispositivi fissi

- b) l'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per i delitti cd. comuni (ovvero tutti i delitti per cui sono possibili le intercettazioni ma NON rientranti in quelli più gravi contro la p.a. (puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni) ne in quelli di criminalità organizzata cd. comune ne in quelli di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.):
può essere eseguita, utilizzando le tradizionali forme captative mediante sonde e/ microspie e/o anche captatore informatico da collocare fisicamente nei luoghi monitorandi e questo anche se tali mezzi di captazione siano collocati su apparecchi audio-video (es. cd. Smart-Tv) e/o su apparecchi informatici (computer Desktop cd. computer fissi) "...solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa". (art. 266 c. 2 ultima parte c.p.p.).
- c) l'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per:
- i delitti più gravi contro la p.a. (puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni);
 - i delitti di criminalità organizzata cd. comune (non rientranti nei casi di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.);
 - i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.
- può essere liberamente eseguita, utilizzando le tradizionali forme captative mediante sonde e/ microspie e/o anche captatore informatico da collocare fisicamente nei luoghi monitorandi e questo anche se tali mezzi di captazione siano collocati su apparecchi audio-video (es. cd. Smart-Tv) e/o su apparecchi informatici (computer Desktop cd. computer fissi) anche "...se non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa" (art. 266 c. 2 c.p.p. e art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152).

Luogo privata dimora e captatore informatico su dispositivi portatili

- d) l'intercettazione tra presenti nei luoghi di privata dimora per i delitti cd. comuni (ovvero tutti i delitti per cui sono possibili le intercettazioni ma NON rientranti in quelli più gravi contro la p.a. (puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni) ne in quelli di criminalità organizzata cd. comune ne in quelli di cui all'art. 51), commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.):
può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile "...solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa". (art. 266 c. 2 ultima parte c.p.p.).

- e) l'intercettazione tra presenti, nei luoghi di privata dimora per i reati contro la p.a. più gravi (uniti con pena nel massimo non inferiore a 5 anni):
può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile, limitatamente ai casi in cui sussistano di "motivi" di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 6 c. 2 D.lvo 216/2017)
- f) l'intercettazione tra presenti, nei luoghi di privata dimora, per i delitti di criminalità organizzata cd. comune (non rientranti nei casi di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.):
può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile, limitatamente alla sussistenza di "fondati motivi" di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p., art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 e Sent. Cass. S.U. 26889/2016).
- g) l'intercettazione tra presenti, nei luoghi di privata dimora per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.:
può essere eseguita mediante l'attivazione del microfono a mezzo di captatore informatico installato su un dispositivo elettronico portatile, nei luoghi di privata dimora anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa

7. I limiti di utilizzazione delle intercettazioni attraverso captatore informatico su dispositivi mobili per i reati non ricompresi nel decreto di autorizzazione (art 270 comma 1 bis cpp)

Il D.lvo 216/2017 ha introdotto con l'articolo 4 comma 1 lettera d) un comma ulteriore (il comma 1bis) all'art. 270 c.p.p. (dettato originariamente per regolare l'utilizzo dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti) che prevede una limitazione più penetrante di natura endo procedimentale all'utilizzo delle intercettazioni tra presenti effettuate tramite captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile,

I risultati di tali intercettazioni: "non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza".

Evidente la scelta del legislatore di introdurre per questa particolare tipologia di intercettazioni un limite ulteriore e più severo , solo in parte comprensibile alla luce della peculiare invasività del mezzo captativo e della diversità dei presupposti autorizzativi, quanto all'utilizzo probatorio rispetto alle altre tipologie di intercettazioni per le quali vale il principio generale ex art. 270 c. 1 c.p.p., che , come noto, prevede solo limiti eso procedimentali all'utilizzabilità per i procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposte le intercettazioni , salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Un limite generale che ovviamente permane , una volta rispettate le condizioni ex art 270 comma 1 bis cpp, , anche per le intercettazioni tra presenti effettuate tramite captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile.

Pertanto, attesa la limitazione per questa tipologia di intercettazioni della utilizzabilità probatoria per reati diversi da quelli oggetto della richiesta e della autorizzazione, appare necessaria tra l'altro una continua interlocuzione tra la P.G delegata alle operazioni ed il P.M al fine di evitare conseguenze negative sulle indagini.

In tale prospettiva, quando nel corso delle intercettazioni con captatore informatico su dispositivo portatile, emergano elementi di indagine indicativi di delitti "intercettabili" ulteriori e diversi da quelli per cui sono state originariamente autorizzate le intercettazioni la PG dovrà comunicarlo con

annotazione immediatamente al P.M il quale, a sua volta, dovrà integrare la richiesta di intercettazione al G.I.P. chiedendo di procedere alle intercettazioni anche per il nuovo reato.

Va precisato che tali elementi in ordine alla iscrivibilità di ulteriori ipotesi delittuose possono emergere dalle stesse intercettazioni ambientali con captatore originariamente disposte. Come chiarito dalla giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 270 c.p.p. i risultati d'intercettazioni, disposte in un diverso procedimento, ben possono essere utilizzati come *notitia criminis* costituente, nel procedimento "ad quem", il presupposto di nuovi ed autonomi provvedimenti autorizzativi d'intercettazione (senza che sia necessario il deposito di verbali e registrazioni relativi al procedimento "a quo") non trovando applicazione l'art. 270 cod. proc. pen., che disciplina il differente profilo dell'utilizzazione quale mezzo di prova del contenuto delle intercettazioni eseguite in altro procedimento (cfr. Sez. 5, Sentenza n. 4758 del 10/07/2015).

Se dunque le intercettazioni, non utilizzabili ex art. 270 c. 1 c.p.p. in un diverso procedimento come elemento di prova, ben possano essere, comunque, utilizzate come *notitia criminis* per fondare nel diverso procedimento una nuova richiesta d'intercettazione, non vi è motivo che i risultati delle intercettazioni con captatore informatico su dispositivo portatile, non utilizzabili ex art. 270 c1bis c.p.p. perché indicativi sul piano probatorio di delitti diversi da quelli per cui sono state originariamente autorizzate le intercettazioni, non possano, a loro volta, essere considerati, all'interno del medesimo procedimento, come nuova notizia di reato idonea a fondare l'iscrizione di una ipotesi delittuosa e una richiesta integrativa d'intercettazione in relazione alla stessa, anche tramite captatore informatico sul medesimo dispositivo portatile (ovviamente sussistendo tutte le altre condizioni di legge), intercettazione i cui risultati saranno pienamente utilizzabili anche in relazione al nuovo delitto.

8. I divieti ulteriori di utilizzazione di dati conseguiti mediante captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile (art 271 comma 1 cpp) Il verbale delle intercettazioni e gli altri requisiti ex art 89 Disp.att

Per quanto attiene la disciplina dei divieti di utilizzazione occorre premettere che il D.lvo 216/2017 non ha modificato l'art. 271 c. 1 c.p.p. per cui l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni (di qualsiasi tipo) discende dalla circostanza che esse siano state eseguite "fuori dei casi consentiti dalla legge" ovvero non siano state "osservate le disposizioni previste dagli art. 267 e 268 commi 1 e 3".

Appare utile richiamare queste ultime disposizioni :

L'art. 268 c. 1 c.p.p. prevede che le comunicazioni intercettate siano "registrate e delle operazioni è redatto verbale"

L'art. 268 c. 3 c.p.p. prevede che le operazioni d'intercettazione possono essere compiute esclusivamente per mezzo di impianti installati nella Procura della Repubblica salvo che sussistano (e siano chiaramente evidenziate nei decreti autorizzativi) le ragioni che rendano gli impianti della Procura insufficienti o inadeguati e senza che siano state evidenziate eccezionali ragioni di urgenza che autorizzino il Pubblico Ministero a disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

Quanto alle ipotesi principali di inutilizzabilità ex art 271 comma 1 cpp dei risultati delle intercettazioni nel caso concreto di intercettazioni mediante captatore informatico appare evidente che l'esecuzione "fuori dei casi consentiti dalla legge" rimanda all'art. 266 c.p.p. e 266 bis c.p.p., nonché all'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 riferendosi, quindi, all'attività di captazione posta in essere per reati diversi da quelli per i quali le intercettazioni sono ammissibili.

Parimenti, nessun problema interpretativo sorge dal richiamo, contenuto nell'art. 271 c.p.p., all'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni: "per inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 267 c.p.p.", atteso che tale norma è richiamata integralmente e, dunque, la violazione delle

nuove norme relative al cd. captatore informatico, inserite dal D.lvo 216/2017 nel cit. art. 267 c.p.p., determinerà l'irrogazione della più grave sanzione dell'inutilizzabilità.

Pertanto saranno colpite da inutilizzabilità le intercettazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, nel caso in cui nel decreto autorizzativo manchi l'indicazione delle ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini (e questo anche per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.).

Per i reati, invece, diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., saranno sanzionati con l'inutilizzabilità i risultati di quelle intercettazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, quando nei decreti autorizzativi manchi l'indicazione dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati (v .supra) in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

In riferimento al contenuto dell'art 268 comma 3 cpp quanto alle conseguenze in punto di inutilizzabilità previste ex art 271 comma 1 cpp poco vi è da dire in termini di radicale inesistenza della prova nel caso di mancata registrazione delle conversazioni o comunicazioni venendo a mancare ontologicamente il dato probatorio costituito appunto dalla registrazione.

Per quanto attiene la violazione delle ulteriori disposizioni previste dall'art. 268 commi 1 e 3 le stesse vanno esaminate alla luce dell'art 89 disp. att. c.p.p. come modificato dal D.lvo 216/2017 (che ha introdotto i commi 2bis, 2ter, 2quater e 2quinqies, specifici per le intercettazioni con captatore informatico) al fine di valutare se ed in che misura la violazioni delle disposizioni dell'art. 89 disp. att. c.p.p., nelle parti in cui si prevedono i requisiti del verbale e le caratteristiche e trasmissioni delle registrazioni in genere in caso di intercettazione con captatore su dispositivo mobile possano determinare l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni.

La novella normativa ha infatti profondamente modificato l'art. 89 disp. att. cpp (Verbale e nastri registrati delle intercettazioni) prevedendo in tale norma, non solo una serie di ulteriori annotazioni sul verbale delle operazioni, specificamente riferite alle intercettazioni tra presenti disposte con captatore informatico installato su dispositivo mobile, ma anche specifiche norme sulla modalità di trasmissione dei dati e sui programmi che potranno essere utilizzati.

A tal proposito, deve premettersi che, l'art. 7 del D.lvo 216/2017, ha previsto che il Ministro della Giustizia, con decreto da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, stabilisca i requisiti tecnici dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile e che tali requisiti tecnici siano stabiliti secondo misure idonee di affidabilità, sicurezza ed efficacia al fine di garantire che i programmi informatici utilizzabili si limitino all'esecuzione delle operazioni autorizzate.

Relativamente alle annotazioni previste sul verbale delle intercettazioni, il comma 1, novellato, dell'art. 89 disp. att. cpp prevede ora che, oltre a quelle relative agli estremi del decreto che ha disposto l'intercettazione, alla descrizione delle modalità di registrazione, all'annotazione del giorno e dell'ora di inizio e di cessazione della intercettazione nonché ai nominativi delle persone che hanno preso parte alle operazioni, quando si proceda ad intercettazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il verbale debba indicare "il tipo di programma impiegato e i luoghi in cui si svolgono le comunicazioni o conversazioni". La norma, in questo caso, non distingue i reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. dagli altri reati comuni. Pertanto, se è vero che, per i reati di competenza della Procura distrettuale di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., non è necessario che il Giudice indichi e specifichi i luoghi, anche indirettamente determinati "ex ante" dove potranno avvenire le intercettazioni (sulla base del novellato art. 267 c. 1 seconda parte, c.p.p.) nel verbale delle operazioni si dovrà sempre cercare di identificare da parte della PG (in questo caso ex post) sulla base delle conversazioni e dei dati desumibili dall'uso del captatore, il luogo e/o i luoghi dove esse sono avvenute e riportare tali luoghi nel verbale ex art. 89 disp. att. c.p.p..

Tale dato, in realtà, specie se l'attività non è accompagnata da contestuali servizi di osservazione dalla PG non sempre attivabili non è per nulla di facile acquisizione o determinazione né pare che sia aggirabile la prescrizione con un'indicazione del tutto generica. Appare auspicabile, al fine di evitare controversie in sede processuale che tra i requisiti tecnici dei programmi informatici che verranno stabiliti dal Ministero della Giustizia vi siano quelli di consentire ai programmi di accedere al sistema di localizzazione GPS (ormai presente ad esempio praticamente in tutti gli smartphone) per permettere all'operatore di identificare con certezza il luogo ove avvenga la comunicazione.

In diretta connessione con il citato art. 7 del D.lvo 216/2017, che demanda al Ministro di stabilire con apposito decreto le specifiche tecniche che devono possedere i programmi utilizzati per la captazione informatica su dispositivi portatili, il comma 2bis dell'art. 89 disp. att. c.p.p., introdotto dalla novella legislativa, prevede che "ai fini dell'installazione e dell'intercettazione attraverso captatore informatico in dispositivi elettronici portatili possono essere impiegati soltanto programmi conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto del Ministro della giustizia."

I successivi commi 2ter e 2quater introdotti all'art. 89 disp. att. c.p.p. dal D.lvo 216/2017, poi, regolamentano, in modo dettagliato, le modalità di trasmissione al server della Procura dei dati intercettati attraverso il captatore informatico installato su dispositivi portatili.

Il comma 2ter, infatti, prevede che le comunicazioni intercettate debbano essere trasferite "dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione", esclusivamente verso gli impianti della Procura della Repubblica e che "durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato".

Relativamente a tali disposizioni deve evidenziarsi che alcune di esse appaiono, prima facie, in alcuni casi formulate in modo non sufficientemente chiaro in altri casi di difficile attuazione.

In primo luogo non si comprende se, come sembra palesare il tenore letterale della disposizione del comma 2ter, la trasmissione dei dati debba avvenire, di volta in volta per le singole trasmissioni, previa "...acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione".

Orbene la rete di trasmissione, che viene fornita dalla società che noleggia gli apparati e dalla società telefonica che fornisce la connessione dati sarà, normalmente, sempre la medesima e dunque o la stessa è affidabile e tecnicamente sicura dall'origine oppure non lo è; non si comprende, pertanto, quale controllo possa fare l'operatore e soprattutto l'utilità ad ogni trasmissione dati (quindi anche più volte in un giorno) nell'acquisire "necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione", informazioni che, verosimilmente, ha già acquisito pochi minuti prima.

Analogamente la norma di cui alla seconda parte del comma 2ter, art. cit., che prevede che "durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato" appare scarsamente comprensibile sul piano tecnico e operativo se riferita a controlli dell'operatore fisico, atteso che trattandosi di trasferimento di dati informatici non è possibile per un operatore "umano" effettuare un controllo durante il trasferimento; un simile controllo, infatti, può essere effettuato solo da un programma informatico che confronti il pacchetto dati conservato nel dispositivo "target" (che contiene la conversazione captata) con il pacchetto dati che viene ricevuto e conservato sul server della Procura e ne attesti l'assoluta identità.

Il comma 2-quater dell'art. 89 disp. att. c.p.p. prevede poi che quando sia "impossibile il contestuale trasferimento dei dati intercettati, il verbale di cui all'articolo 268 del codice da atto delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate". Si tratta a ben vedere di cautele predisposte dal legislatore finalizzate ad evitare un indiscriminato ed incontrollato utilizzo del microfono del dispositivo elettronico portatile, che

tuttavia finiscono per aggravare notevolmente il lavoro della Polizia Giudiziaria delegata allo svolgimento delle operazioni e dei tecnici specializzati delle società di intercettazione, dal momento che le disposizioni in parola impongono un costante aggiornamento del verbale con dati precisi sullo svolgimento delle operazioni.

L'art. 89, comma 2-quinquies, disp. att. c.p.p., infine, stabilisce che al termine delle operazioni si provvede, anche mediante persone idonee, alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi, dandone atto nel verbale.

Appare indispensabile chiarire che cosa si debba intendere per termine delle operazioni e dunque quando sia imposta la disattivazione del programma. Preliminarmente deve evidenziarsi che il termine per la disattivazione non può che coincidere col termine della durata massima delle operazioni su quel bersaglio (comprese le proroghe) e non certamente del singolo e specifico ascolto.

In realtà la disposizione in esame deve necessariamente essere interpretata con una certa elasticità in considerazione delle rilevanti difficoltà operative proprie dell'inoculazione del captatore.

Infatti non pare certamente praticabile, nell'ipotesi in cui la singola operazione autorizzata si sia già conclusa ma l'indagine risulti ancora in corso, che si proceda immediatamente alla disinstallazione dell'agente "intrusore", il quale potrebbe tra l'altro tornare utile in vista di ulteriori incontri o conversazioni da captare, a seguito di ulteriore richiesta di intercettazione se scaduti i termini della precedente intercettazione, per i quali sarebbe incongruo dover procedere a nuova ma analoga inoculazione.

Per tali motivi il richiamo al termine delle operazioni non potrà prescindere dalla valutazione della strategia investigativa nel suo complesso, valutata nell'ottica dell'intera indagine penale; d'altra parte la locuzione "al termine delle operazioni" lascia uno spazio interpretativo anche se non agevole, per considerare possibile la disattivazione al termine delle operazioni di captazione nel loro complesso riferite al singolo procedimento nella sua unitarietà.

Per quanto attiene i restanti profili attinenti alla redazione del verbale alla luce delle modifiche introdotte dall'art. 89 disp. att. cod. proc. pen. in materia di captazione mediante supporti portatili appare decisivo il richiamo, del tutto coerente, alla giurisprudenza assolutamente maggioritaria in precedenza formata secondo cui l'inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 89 disp. att. cod. proc. pen. non determina l'inutilizzabilità degli esiti dell'attività captativa legittimamente disposta ed eseguita (cfr. Sez. 1, n. 8836 del 02/12/2009, Bragaglio, Rv. 246377 in tema di verbali e nastri registrati delle intercettazioni), in quanto la sanzione d'inutilizzabilità degli esiti di intercettazioni telefoniche, stante il principio di tassatività, non può essere dilatata sino a comprendervi l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., non espressamente richiamate dall'art. 271 cod. proc. pen. (cfr. Sez. 4, n. 49306 del 17/09/2004, Cao, Rv. 229922 ed ne medesimo senso anche Cass. Sez. 4 nr. 17574 del 14.01.2004 e Cass. Sez. 6 nr. 11421 del 26.10.1993.).

Deve ritenersi consolidata l'interpretazione dunque che la sanzione della inutilizzabilità per violazione delle disposizioni dell'art. 268 c. 1 c.p.p. nella parte in cui prevede la redazione di un verbale delle operazioni possa colpire solo la patologica e radicale mancanza del verbale e sempre che i dati che in esso sono previsti non siano comunque evincibili da altri atti contenuti nel fascicolo delle indagini.

In applicazione di tali principi si deve ritenere, che per le intercettazioni tra presenti, mediante captatore informatico installato su dispositivo portatile non determini la sanzione di inutilizzabilità la violazione delle nuove prescrizioni, introdotte dal D.lvo 216/2017 nell'art. 89 disp. att. c.p.p. in materia di verbali di operazione, di modalità di registrazione, di controllo e trasmissione di dati.

Pertanto si deve ritenere che non si determini inutilizzabilità nel caso di mancata indicazione nel verbale del tipo di programma impiegato (art. 89 disp. att. comma 1), ovvero nel caso di ricorso a programmi non conformi ai requisiti tecnici indicati dal Ministero (art. 89 disp. att. comma 2 bis),

nonché alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi (art. 89 disp. att. comma 2 quinquies).

Discorso più complesso appare quello relativo alla disposizione di cui al nuovo comma 2ter dell'art. 89 disp. att. c.p.p. il quale prevede, nel caso di intercettazioni tra presenti con uso di captatore mobile installato su dispositivi portatili, che: "...le comunicazioni intercettate sono trasferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente verso gli impianti della procura della Repubblica. Durante il trasferimento dei dati sono operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare l'integrale corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato".

Relativamente a quella parte della disposizione in esame relativa all'acquisizione delle informazioni su sicurezza ed affidabilità della rete di trasmissione giova ricordare quanto affermato precedentemente, ovvero che tali informazioni debbano essere acquisite prima di iniziare un'intercettazione tramite captatore ed anzi la sicurezza della rete dati è una delle condizioni indispensabili che dovrebbe guidare nella scelta della società di cui avvalersi per le intercettazioni. Pertanto si deve ritenere che la verifica della sicurezza della rete non debba essere effettuata di volta in volta ad ogni "trasferimento dati" ma debba essere verificata all'atto della scelta della società di cui avvalersi per le intercettazioni e, tuttalpiù, il P.M. dovrà sensibilizzare la polizia giudiziaria delegata per le indagini a comunicare prontamente ove si verificano interruzioni e/o anomalie nel servizio di trasmissione dati ovvero se si verificano la corruzione di files una volta ricevuti dal server della Procura, ad esempio ove il programma deputato alla verifica dell'esatta corrispondenza del contenuto del file captato con quello trasmesso dal sistema e ricevuto dal server in Procura, segnali una differenza nei dati trasmessi e ricevuti.

Quanto detto qui ci porta ad affrontare di nuovo ed a meglio precisare il problema della prescrizione, di cui all'ultima parte del comma 2ter dell'art. 89 disp. att. c.p.p., che prevede che vengano operati costanti controlli di integrità tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato. Tali controlli, per quanto già detto in precedenza, difficilmente potranno essere effettuati da un operatore umano che analizzi il flusso dati proprio mentre viene scaricato dall'apparecchio target al server della Procura. Tale controllo potrà essere espletato solo da un apposito programma informatico dedicato, il quale effettui il confronto tra i dati contenuti nella memoria sul target su cui è installato il captatore e quelli trasmessi e ricevuti sul server della procura e ne attesti la corrispondenza e conformità in un apposito report (ad es. basato su algoritmi di Hash, SHA1 e MD5, dei dati trasmessi e ricevuti).

La violazione di tali prescrizioni ove manchi la preventiva verifica della sicurezza della rete di trasmissione dati ovvero ove manchi l'utilizzo di un programma atto ad attestare la piena identità dei dati trasmessi dal target al server della Procura può determinare in astratto effetti sulla affidabilità delle conversazioni captate.

Si ritiene peraltro che tali violazioni pur potendo incidere sulla piena affidabilità tecnica dei risultati delle intercettazioni non possano comportare l'irrogazione della sanzione di non utilizzabilità delle stesse per le ragioni sopra esposte non attenendo comunque ad una ipotesi di inesistenza della registrazione ovvero di assenza di compilazione del verbale delle operazioni.

L'art. 89 c. 2ter disp. att. c.p.p. infine prevede che "...le comunicazioni intercettate sono trasferite,, esclusivamente verso gli impianti della Procura della Repubblica".

Tale norma ha dirette inferenze con la previsione generale dell'art. 268 c. 3 c.p.p. (norma la cui violazione è sanzionata espressamente con la inutilizzabilità dei risultati ex art. 271 c.p.p.) che prevede l'obbligo di avvalersi per le operazioni di intercettazione degli impianti di captazione della Procura, salvo motivate ragioni di eccezionale urgenza e l'indisponibilità o insufficienza di tali impianti.

Va subito evidenziato che tale previsione nelle norme di attuazione per la captazione attraverso dispositivo mobile, come avviene per le restanti attività di intercettazione, non risulta in contrasto

con le modalità tecniche di intercettazione attraverso procedure di ascolto mediante cosiddetta “remotizzazione” essendo in tal caso il flusso di dati intercettati indirizzato presso la Procura della Repubblica e solo successivamente inoltrato alle postazioni presso la P.G.

Nel diverso caso in cui invece la trasmissione dei dati derivanti da captazione informatica sia indirizzato ad un computer installato presso la Polizia Giudiziaria per consentirne l’ascolto e successivamente partendo da questo server venga trasmesso agli impianti presso Procura non ci troveremmo in presenza di una semplice “remotizzazione” per l’ascolto, ma si tratterebbe dell’utilizzo di impianti esterni in dotazione della P.G quali destinatari del trasferimento dei dati.

Il legislatore nel dettare la disposizione attuativa sopra richiamata non è intervenuto peraltro sulla norma generale ex art. 268 c. 3 c.p.p. che consente per motivate ragioni di eccezionale urgenza e per l’indisponibilità o insufficienza di impianti presso la Procura il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria .

Risulta pertanto ammissibile anche nell’ipotesi di intercettazione mediante captatore informatico sul dispositivo elettronico mobile la utilizzazione per le relative operazioni anche impianti di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria in presenza dei presupposti indicati normativamente. Al fine di evitare la sanzione di inutilizzabilità degli atti, connessa al combinato disposto degli artt 268 c. 3 c.p.p.. 89 c. 2ter disp. att. c.p.p si richiama anche in questo caso l’esigenza in sede di esecuzione delle operazioni di motivare le ragioni di eccezionale urgenza e l’indisponibilità o insufficienza di impianti presso la Procura che legittimino l’utilizzo di impianti esterni .

9. I divieti di utilizzazione dei dati conseguiti nel corso delle operazioni preliminari di inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile (art 271 comma 1 bis cpp)

Il D.lvo 216/2017 ha, introdotto un nuovo comma 1-bis all’art. 271 c.p.p. il quale ha rafforzato la disciplina dell’inutilizzabilità delle intercettazioni eseguite tramite il captatore informatico installato su dispositivi mobili, disponendo che: “...non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all’inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo”. In questo caso, a differenza di quanto visto in precedenza, vengono introdotti dalla novella legislativa ulteriori due ulteriori e specifiche ipotesi di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni connesse e discendenti dalle peculiarità tecniche ed operative delle intercettazioni mediante captatore informatico sul dispositivo elettronico mobile una delle quali peraltro costituisce ipotesi di inutilizzabilità non applicabile a tutti i casi di intercettazione mediante captatore mobile.

L’ipotesi di dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e luogo indicati nel decreto non comporta rilevanti problemi interpretativi, atteso che l’area di applicabilità della sanzione sarà individuata dal decreto del G.I.P. il quale deve determinare anche indirettamente solo ove si proceda per i delitti non ricompresi nelle previsioni di cui all’art 51 comma 3 bis e 3 quater cpp, tempi e luoghi e in cui è ammessa l’attivazione del microfono.

Per quanto attiene invece alla prima parte del nuovo comma 1bis dell’art. 271 c.p.p. vengono colpiti dalla sanzione dell’inutilizzabilità i dati “acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all’inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile”.

La norma appare in realtà formulata in modo scarsamente chiaro non specificando quali siano le “operazioni preliminari” nell’ambito delle quali i dati acquisiti risultino utilizzabili.

A tal proposito occorre evidenziare che i dati acquisiti e non utilizzabili in quanto oggetto di operazione preliminare potrebbero riferirsi ai dati acquisiti per mezzo del captatore informatico nella fase in cui non siano completate le operazioni di installazione (ad es. perché devono essere esaurite alcune operazioni di controllo sul funzionamento) qualificando appunto tale fase come “operazione preliminare all’inserimento”.

La norma peraltro potrebbe essere interpretata come riferita agli ulteriori dati che vengano acquisiti prima dell'avvio dell'attività tecnica di captazione mentre si sta installando il captatore in particolare quando lo stesso venga installato avendo la materiale disponibilità del dispositivo.

Va infatti precisato che il captatore può essere installato in modo remoto ad esempio con l'invio di una e-mail esca la cui apertura determini l'installazione del Trojan sul dispositivo bersaglio ovvero direttamente apprendendo materialmente il dispositivo da monitorare (ad es. uno smartphone acquisito dalla PG durante una perquisizione).

Orbene in tale ultima ipotesi è possibile che mentre gli operatori installino il captatore possano ad esempio accedere alla rubrica del telefono, o alla galleria fotografica ed acquisire così ulteriori dati preliminari (ad esempio visualizzando messaggi estorsivi ovvero foto pedopornografiche) e soprattutto distinti rispetto ai dati acquisibili mediante la diretta attività di captazione ancora da avviare.

In realtà se così interpretata la disposizione e la relativa sanzione di inutilizzabilità appare incongrua posto che non si riferirebbe in realtà ad elementi acquisiti direttamente mediante intercettazione ambientale con captatore ma ad elementi di prova acquisiti in via preliminare rispetto all'inserzione del captatore con modalità diverse e documentabili con semplice annotazione di PG rientrando ad esempio nell'ambito di un attività di rilievo tecnico sul dispositivo portatile.

In tal caso un' eventuale sanzione generale di inutilizzabilità su risultanze distinte ed autonome di indagine risulterebbe eccessiva e non coerente rispetto alle ordinarie regole di acquisizione ed utilizzabilità.

Distinto appare l'ulteriore profilo, quale sia la lettura di tale disposizione, in ordine alla possibile e legittima utilizzazione dei dati acquisiti nell'ambito delle cosiddette operazioni preliminari non quale dato probatorio diretto ma come nuova ed ulteriore notizia criminis, conclusione in ogni caso ammissibile alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale sviluppata in relazione all'articolo 270 c.p. p.

**Il Procuratore della Repubblica
Dr. Claudio GITTARDI**

TABELLA RIEPILOGATIVA SU USO DEL CAPTATORE INFORMATICO

Tipologia di delitto	Luogo NON di privata dimora	Luogo di privata dimora captatore informatico su dispositivi <u>fissi</u>	Luogo di privata dimora captatore informatico su dispositivi <u>portatili</u>
<p><u>Delitti cd. ordinari</u> (per cui sono possibili le intercettazioni tra presenti ex art. 266 c.p.p. diversi da quelli indicati nella altre caselle della presente tabella)</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico su qualunque dispositivo "fisso" o "portatile", anche se nel luogo ove avverrà la captazione NON si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p.).</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico "...solo se vi è fondato motivo" di ritenere che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa". (art. 266 c. 2 ultima parte c.p.p.).</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico "...solo se vi è fondato motivo" di ritenere che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 ultima parte c.p.p.).</p>
<p><u>Delitti di Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione puniti con pena non inferiore nel massimo a 5 anni</u></p>	<p>SI all'uso del informatico installato su qualunque dispositivo "fisso" o "portatile", anche se nel luogo ove avverrà la captazione NON si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p.).</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico anche "...se non vi è motivo di ritenere" che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p. e art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152)</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico solo se sussistono "motivi" di ritenere che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 6 c. 2 D.lvo 216/2017)</p>
<p><u>Delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.</u></p>	<p>SI all'uso del informatico installato su qualunque dispositivo "fisso" o "portatile", anche se nel luogo ove avverrà la captazione NON si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p.).</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico anche "...se non vi è motivo di ritenere" che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p. e art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152)</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico anche se in quel luogo non si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2bis c.p.p.)</p>
<p><u>Delitti di criminalità organizzata cd. comune</u> (non rientranti nei casi di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.);</p>	<p>SI all'uso del informatico installato su qualunque dispositivo "fisso" o "portatile", anche se nel luogo ove avverrà la captazione NON si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p.).</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico anche "...se non vi è motivo di ritenere" che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p. e art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 e Sent. Cass. S.U. 26889/2016)</p>	<p>SI all'uso del captatore informatico solo se sussistono "fondati motivi" di ritenere che in quel luogo si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 266 c. 2 c.p.p., art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 e Sent. Cass. S.U. 26889/2016).</p>

