

PAOLO TONINI

LINEAMENTI DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE

16 ed., Milano, 2018, ed. Giuffrè

Addenda n. 2.

Appendice di aggiornamento

(l'aggiornamento non è esaustivo di tutte le novità)

La più importante tra le modifiche legislative intervenute dal luglio 2018 concerne il rinvio della normativa sulle *intercettazioni* che era contenuta nel d.lgs. n. 216 del 2017. Di tale testo normativo sono vigenti unicamente i requisiti per autorizzare le intercettazioni in presenza di gravi delitti contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali. L'entrata in vigore della rimanente materia trattata dal d.lgs. n. 216 è stata posticipata più volte, prima al 26 luglio 2018, poi al 1° aprile 2019 ed infine al 1° agosto 2019 (**art. 1, comma 1139, lett. a, legge n. 145 del 2018**). È palese l'intento di operare un rinvio *sine die* in attesa della reclamizzata riforma del processo penale.

Sta di fatto che, di fronte all'ulteriore slittamento al 1° agosto 2019, le disposizioni al momento vigenti sono quelle precedenti alla riforma Orlando. Di tale normativa tratteremo nel presente aggiornamento.

(versione 26 marzo 2019)

www.giuffre.it

A pag. 209 eliminare dalla riga 7, fino a pag. 224, riga 23 e sostituire con quanto segue.

Parte II, Cap. 5, § 5. Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

a. *La nozione di intercettazione.*

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

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

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

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

1) *Comunicazione o conversazione segreta.* Anzitutto, i soggetti devono comunicare tra loro col preciso intento di escludere estranei dal contenuto della comunicazione e secondo modalità tali da tenere quest'ultima segreta. Non è intercettazione la percezione di un'espressione del pensiero, sia pure rivolta ad un soggetto determinato, che venga effettuata in modo poco discreto sì da renderla

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

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

percepibile a terzi (es. parlare ad alta voce in pubblico; servirsi di onde radio liberamente percepibili) ⁽³⁾.

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

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

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

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

³ « L'intercettazione di conversazioni effettuate via etere per mezzo di un apparecchio ricetrasmittente privo di concessione non è soggetta ad autorizzazione alcuna da parte dell'autorità giudiziaria, perché relativa a comunicazioni non costituzionalmente garantite in quanto effettuate con mezzo illegale, il cui uso costituisce reato, ed in quanto prive del requisito della riservatezza, essendo liberamente captabili da chiunque, nel raggio di irradiazione, si avvalga di un apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onda ». In tal senso, Cass., sez. II, 12 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 861.

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

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

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

Le ipotesi che non costituiscono intercettazione. Differente dalla intercettazione, perché non ha per oggetto una “comunicazione”, è il *pedinamento* mediante apparecchiatura satellitare G.P.S., che può essere disposto dalla polizia giudiziaria come mera attività atipica ⁽⁶⁾.

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

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

b. I principi costituzionali sulle intercettazioni.

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

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

La motivazione. Nel decreto di autorizzazione all'intercettazione il giudice deve motivare la presenza di ciascuno dei requisiti che esporremo tra breve. Nella prima sentenza in materia la Corte costituzionale aveva sottolineato che «la richiesta di provvedimenti autorizzativi della intercettazione va valutata con cautela scrupolosa»; «del corretto uso del potere attribuitogli il giudice deve dare concreta dimostrazione con una adeguata e specifica motivazione del provvedimento autorizzativo» ⁽⁷⁾.

Purtroppo, nella prassi, la giurisprudenza svaluta l'importanza della motivazione e consente al giudice di riferirsi alla richiesta motivata del pubblico ministero ⁽⁸⁾; sono dovute intervenire le Sezioni unite della cassazione per indicare i limiti nei quali è accettabile la motivazione redatta attraverso un riferimento *per relationem* ad altri provvedimenti ⁽⁹⁾.

⁶ Cass., sez. V, 2 maggio 2002, Bresciani, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 93, con nota di P. PERETOLI.

⁷ Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

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

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

La riforma Orlando. La disciplina delle intercettazioni era stata profondamente modificata dal d.lgs. n. 216 del 2017, emanato dal Governo sulla base della delega contenuta nella legge n. 103 del 2017 (*riforma Orlando*). Scopo dichiarato della riforma era quello di tutelare l'efficienza delle indagini e la riservatezza sia delle persone intercettate occasionalmente, sia dei destinatari delle intercettazioni quando costoro avessero rivelato fatti privati non rilevanti per le indagini. Il presupposto stava nella considerazione che le sanzioni previste dal codice per la pubblicazione arbitraria di atti processuali segreti sono pressoché trascurabili perché la pena prevista risulta obblazionabile con 129 euro (art. 684 c.p.).

Poiché vi era un veto totale alla introduzione di una sanzione più severa (già erano caduti su analoghe questioni i governi del centrosinistra e del centrodestra), l'unica possibilità era quella di impedire che, a monte, fossero verbalizzate dalla polizia le intercettazioni su fatti non rilevanti. Si trattava di una soluzione già sperimentata perché attuata mediante circolari delle più importanti procure della Repubblica tra il 2016 e il 2017. Così la *riforma Orlando* (d.lgs. n. 216 del 2017) aveva imposto alla polizia giudiziaria, diretta dal pubblico ministero, il compito di operare un'immediata selezione delle dichiarazioni non rilevanti.

Il passaggio successivo era stato quello di ritardare la pubblicazione delle intercettazioni, che avevano superato il vaglio della pubblica accusa, al momento in cui il giudice, in contraddittorio, avesse definitivamente valutato i dialoghi captati come rilevanti per le indagini, o comunque "non manifestamente irrilevanti". Nel frattempo, tutte le intercettazioni sarebbero state custodite in un archivio riservato accessibile soltanto ai difensori degli indagati e al giudice.

La riforma metteva in atto un congegno complesso di difficile attuazione pratica. Per un verso, il pubblico ministero poteva non essere in grado di attuare un pieno controllo sulle scelte probatorie che finivano per essere rimesse alla polizia giudiziaria. Per un altro verso, il diritto alla prova della difesa poteva risultare sacrificato vista la difficoltà di effettuare un effettivo controllo in tempi brevi su un materiale sterminato. Ancora, la creazione dell'archivio riservato avrebbe richiesto investimenti in termini di uomini e mezzi forse inattuabili. Ma soprattutto, è evidente che il ritardo nell'attendere la valutazione definitiva di rilevanza da parte del giudice sarebbe andato a colpire la possibilità dei giornali e delle televisioni di pubblicare subito tutte le dichiarazioni captate (di interesse privato o pubblico) e di ottenere *scoop* con effetti economici e politici eccezionali. A tale proposito, il Ministro della giustizia aveva accusato la riforma Orlando di aver messo «un bavaglio all'informazione».

Alla luce di tutte le predette controindicazioni, l'entrata in vigore della riforma sulle intercettazioni è stata posticipata dal Governo dal 26 luglio 2018 al 1° aprile 2019⁽¹⁰⁾, e poi nuovamente al 1° agosto 2019⁽¹¹⁾. Poiché la data corrisponde all'inizio delle ferie giudiziarie, è palese l'intento di operare un rinvio *sine die*, mettendo in archivio la nuova disciplina.

Sta di fatto che di fronte all'ulteriore rinvio dell'entrata in vigore delle nuove norme al 1° agosto 2019, la normativa al momento applicabile è quella precedente alla *riforma Orlando*, salvo alcune disposizioni già entrate in vigore. Della normativa vigente tratteremo nel presente aggiornamento. Poiché la *riforma Orlando*, come abbiamo anticipato, è stata in parte già sperimentata dalle circolari delle procure della

¹⁰ Decreto - legge n. 91 del 2018, convertito nella legge n. 108 del 2018.

¹¹ Legge 31 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio), art. 1, comma 1139, lett a.

Repubblica, sarà interessante comprendere le soluzioni ipotizzate ed esaminarne i risultati sul campo.

c. I requisiti per disporre le intercettazioni

Come abbiamo accennato, il legislatore distingue i requisiti in base al tipo di reato oggetto del singolo procedimento. In base alle modifiche operate dal d.lgs. n. 216, oggi occorre distinguere tra:

- a) procedimenti per reati comuni, e cioè quelli elencati nell'art. 266;
- b) procedimenti per reati di criminalità organizzata o equiparati;
- c) procedimenti per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione commessi da pubblici ufficiali.

I divieti di intercettazione. Sono previsti divieti assoluti o condizionati di procedere ad intercettazioni in favore di determinate persone per la salvaguardia di valori di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni e conversazioni ⁽¹²⁾. Di essi tratteremo più avanti quando esamineremo la sanzione dell'inutilizzabilità in caso di loro violazione (art. 271; vi veda il § d.5). Al momento, citiamo come esempio la norma che pone una garanzia in favore dei difensori, dei consulenti tecnici e dei loro ausiliari: è vietato intercettare le comunicazioni tra di loro o le comunicazioni tra i medesimi e le persone da loro assistite. I relativi risultati non possono essere utilizzati (art. 103, commi 5-7). @#

¹² È sottoposta al vincolo della autorizzazione a procedere disposta da organi di rilevanza costituzionale l'intercettazione nei confronti: a) del Presidente della Repubblica (art. 7, co. 3, legge 1989, n. 219: le intercettazioni sono ammesse soltanto dopo «che la corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione della carica»); b) del parlamentare italiano (art. 68, co. 3 Cost. e artt. 4 e 5 legge n. 140 del 2003: le intercettazioni sono ammesse solo a seguito dell'autorizzazione della camera di appartenenza); c) del parlamentare europeo (legge n. 437 del 1966 e artt. 1 e 2 legge n. 170 del 1977); d) dei giudici costituzionali (art. 3, co. 2, legge n. 1 del 1948); e) del Presidente del consiglio dei ministri e dei ministri, anche se cessati dalla carica, in relazione ai reati ministeriali (art. 10, co. 1, legge n. 1 del 1989).

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

I reati intercettabili. Si tratta dei reati previsti nell'art. 266, comma 1 (¹³). Da un lato, sono ricomprese fattispecie di una qualche gravità, poiché ad esempio possono essere disposte intercettazioni per i delitti dolosi o preterintenzionali puniti con una pena “superiore” nel massimo a cinque anni; da un altro lato, si ammettono intercettazioni per reati meno gravi, ma particolarmente odiosi, o che si consumano con attività in relazione alle quali l'intercettazione si rivela uno strumento di indagine particolarmente utile, come la minaccia, l'usura, l'abusiva attività finanziaria, la molestia o il disturbo alle persone col mezzo del telefono.

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

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

I gravi indizi di reato. Perché l'intercettazione possa essere disposta occorre che dagli atti di indagine risultino «gravi indizi di reato» (art. 267, comma 1), e cioè indizi dell'avvenuta commissione di uno di quei reati che consentono l'intercettazione. A differenza di quanto è previsto per le misure cautelari (ove si fa riferimento al requisito dei «gravi indizi di colpevolezza»), non è richiesta la prova della responsabilità di un reato a carico di una determinata persona. Anzi, l'individuazione del responsabile è appunto lo scopo per il quale è disposta l'intercettazione.

Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'art. 203; e cioè, se gli indizi si basano su dichiarazioni confidenziali di informatori della polizia, le dichiarazioni medesime possono essere utilizzate soltanto quando gli informatori sono stati esaminati

¹³ L'intercettazione è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati:

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

b) delitti contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni determinata a norma dell'art. 4 c.p.p.;

c) delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope;

d) delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive;

e) delitti di contrabbando;

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

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

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

f-quater) delitto previsto dall'articolo 612-*bis* c.p. (atti persecutori; la presente lettera è stata inserita dalla legge n. 119 del 2013).

come testimoni o come persone informate sui fatti e, quindi, abbiano cessato di essere anonimi. Se gli informatori non sono stati esaminati, le loro dichiarazioni non possono essere utilizzate ai fini della valutazione dei gravi indizi di reato (art. 267, comma 1-*bis*).

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

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

Le intercettazioni tra presenti (c.d. ambientali). Nei casi sopra enunciati il codice consente l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, denominate nella prassi "intercettazioni ambientali" (art. 266, comma 2). Qualora queste avvengano nel domicilio privato (art. 614 c.p.), l'intercettazione è consentita soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che nel domicilio medesimo si stia svolgendo l'attività criminosa (¹⁴).

c.2. I requisiti delle intercettazioni nei procedimenti per reati di criminalità organizzata o ad essa equiparati. Il captatore informatico.

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

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

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

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

I termini di durata. La durata dell'intercettazione non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice per periodi successivi di venti giorni; se vi è

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

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

urgenza, alla proroga provvede il pubblico ministero con provvedimento sottoposto a convalida del giudice (art. 13 d.l. 1991 n. 152).

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

Il captatore informatico di conversazioni tra presenti. Da tempo la prassi delle indagini ha utilizzato quello strumento che è denominato captatore informatico (*virus trojan*) e che consente di intercettare le comunicazioni tra presenti. Il captatore informatico è un *software* che, in maniera nascosta, viene inserito nel sistema operativo di apparati informatici (es. *computer*, *smartphone* o *tablet*) e, con comandi attivati a distanza, acquisisce i dati più vari indirizzandoli verso il *server* cui è collegato ⁽¹⁷⁾.

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

Di fronte a simili situazioni, possiamo ricordare che per la Corte costituzionale l'esigenza di acquisire la prova di un reato costituisce un «valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità» (sentenza n. 238 del 1996). Nella materia in esame occorre difendere il processo penale contro le aggressioni e le contromisure che insidiano la sua finalità di accertare i fatti. Soltanto attraverso il captatore informatico è possibile, in questi casi, un recupero di efficacia accertativa. Sta di fatto che uno strumento così insidioso necessita di una regolamentazione che attui la riserva di legge ai sensi dell'art. 15 Cost.; esigenza che era stata soddisfatta dalla *riforma Orlando* recante una regolamentazione precisa sia con riguardo ai presupposti di utilizzo, sia in merito alle modalità operative ⁽¹⁸⁾. Ma, come abbiamo anticipato, la riforma è stata più volte rinviata e la sua posticipazione al 1° agosto 2019 fa presagire una archiviazione di fatto.

Poiché lo strumento era stato utilizzato nella prassi delle indagini da più di un decennio, le Sezioni unite, chiamate a comporre un dissidio in giurisprudenza, hanno

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

¹⁷ M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017, 36.

¹⁸ La *riforma Orlando* (d.lgs. n. 216 del 2017) ha approfondito i presupposti tecnici dello strumento. Ha riconosciuto che il dispositivo consente da remoto di distinguere se il luogo è domiciliare o meno. Di conseguenza, ha ammesso il captatore informatico per i reati comuni nel domicilio quando si ritiene che si stia commettendo attività delittuosa. A questo punto, la *riforma Orlando* ha potuto prevedere disposizioni specifiche. Tra l'altro, ha sanzionato con l'inutilizzabilità l'uso del captatore informatico fuori dei limiti di tempo e luogo (art. 271, co.1-*bis*); ha disposto che al termine delle operazioni occorra disattivare il dispositivo (art. 89, co. 2-*quinquies* att.); ha imposto l'obbligo di indicare nel verbale i luoghi nei quali si svolgono le conversazioni.

affrontato la tematica tracciando quelli che, ad oggi, sono gli unici punti di riferimento nella materia in esame ⁽¹⁹⁾.

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

Occorre sottolineare che la sentenza delle Sezioni unite ha dato per scontato che il captatore informatico fosse assimilabile ad una intercettazione e non si è chiesta se le norme del codice erano idonee a supportare la nuova tecnologia senza mutare qualitativamente la disciplina tipica ⁽²⁰⁾. Al tempo stesso, ha ammesso come dato di fatto che la nuova tecnologia non permettesse di azionare il microfono da remoto e non fosse in grado di distinguere tra i luoghi (domiciliari o meno) nei quali la captazione è in atto. Di conseguenza, ha ritenuto non utilizzabile il captatore nei casi ordinari in cui l'intercettazione domiciliare pone *ex lege* il presupposto specifico della flagranza (che si stia commettendo attività delittuosa). E cioè, ha permesso l'uso del captatore soltanto per i delitti di criminalità organizzata per i quali, appunto, è consentita la captazione tra presenti anche nel domicilio, a prescindere da ulteriori requisiti.

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

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

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

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

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

- a) mettere in funzione la *web camera* e carpire le immagini;

¹⁹ Cass., Sez. un., 28 aprile - 1° luglio 2016, n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, 3536.

²⁰ Per tali considerazioni, si veda C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1218.

b) perquisire l'*hard disk* e fare copia totale o parziale delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira⁽²¹⁾;

c) decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*) e visualizzare, nonché acquisire, ciò che appare sullo schermo del dispositivo bersaglio (*screenshot*).

Si tratta di attività che incidono su diritti fondamentali in relazione ai quali la Costituzione impone che i casi e i modi delle eventuali limitazioni siano previsti per legge. Riteniamo che, in assenza di una normativa sul punto, tali attività, in quanto atipiche, siano precluse in base al “principio di non sostituibilità”, che è stato enunciato in passato dalle Sezioni unite⁽²²⁾ e che è stato così formulato, da ultimo, da Cass. pen., sez. V, 27 marzo - 7 settembre 2015, n. 36080, Knox, in *www.giurisprudenzapenale.com*, pag. 27 della motivazione in diritto (n. 4.3.2): «quando il codice stabilisce un divieto probatorio oppure un'inutilizzabilità espressa, è vietato il ricorso ad altri strumenti processuali, tipici od atipici, finalizzati ad aggirare surrettiziamente un simile sbarramento»⁽²³⁾.

c.3. I requisiti delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione.

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'art. 4 c.p.p., si applicano le disposizioni previste per i reati di criminalità organizzata; infatti, l'art. 6, comma 1 del d.lgs. n. 216 del 2017 rinvia all'articolo 13 del decreto-legge n. 152 del 1991⁽²⁴⁾. Pertanto, si applicano i requisiti sopra esposti alla lettera c.2.

d. Il sotto-procedimento per eseguire ed acquisire le intercettazioni.

d.1. Il procedimento esecutivo.

Per esigenze di semplificazione, viene esaminato il procedimento che permette di disporre ed eseguire le intercettazioni per reati comuni; in un primo approccio,

²¹ La sentenza Cass., sez. V, 30 maggio - 20 ottobre 2017, n. 48370, Occhionero, inedita, sostiene che i flussi unidirezionali di dati captati rientrano nel concetto di “intercettazione telematica” di cui all'art. 266-bis. In precedenza, Cass., sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, Virruso, in *CED*, n. 246954, ha affermato che si tratta di un atto atipico che è legittimo se autorizzato con decreto del pubblico ministero.

²² In precedenza, Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 30 e in *CED* 225467; Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, Pasqua, in *CED* 252893. Nello stesso senso, Corte cost. n. 20 del 2017.

²³ Si veda, per una precedente affermazione sul punto, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 274.

²⁴ L'art. 6 è entrato in vigore il 26 gennaio 2018. Il comma 2 di tale articolo è stato abrogato dalla legge n. 3 del 2019. Pertanto, per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni l'uso del captatore informatico è ammesso nei limiti già esaminati per i delitti di criminalità organizzata.

saranno omesse le particolarità che concernono le altre due categorie citate in precedenza (criminalità organizzata e gravi reati contro la pubblica amministrazione).

Una volta per tutte ricordiamo che per il codice sono equivalenti le comunicazioni, le conversazioni ed i flussi di comunicazioni informatiche o telematiche; ogni volta che per esigenze di chiarezza noi menzioneremo soltanto le comunicazioni, devono intendersi sempre richiamate le altre forme di conversazioni o di flussi, poiché anche ad esse il codice si riferisce.

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

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

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

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

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

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

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

Utenze intercettabili. Occorre sottolineare l'ampiezza con cui può essere esercitato il potere di intercettazione. In base ai requisiti previsti dal codice sono intercettabili sia le utenze riferibili agli indagati, sia quelle riferibili ai testimoni, sia,

infine, le utenze riferibili a persone estranee ai fatti, quando queste ultime possono essere destinatarie di comunicazioni provenienti da indagati o da testimoni ⁽²⁵⁾.

Presso l'ufficio del pubblico ministero è tenuto un registro riservato nel quale sono annotati in ordine cronologico i decreti che regolano le intercettazioni ed i provvedimenti del giudice che le autorizzano, convalidano e prorogano (art. 267, comma 5).

d.2. La selezione ad opera della polizia giudiziaria e del pubblico ministero.

La registrazione. Le comunicazioni intercettate sono registrate; delle operazioni è redatto verbale (art. 268, comma 1). La polizia giudiziaria provvede a trascrivere il contenuto anche sommariamente (art. 268, comma 2); si tratta dei c.d. brogliacci d'ascolto, utilizzabili già durante le indagini preliminari anche per chiedere al giudice le misure cautelari.

Il contraddittorio sugli esiti delle intercettazioni. Il codice del 1988 ha innovato rispetto a quello previgente perché ha introdotto il contraddittorio sugli esiti delle intercettazioni: quando queste diventano ostensibili alle parti private, il difensore dell'indagato può esaminare le registrazioni e gli atti autorizzativi e quindi, alla pari del pubblico ministero, ha il potere di chiedere al giudice l'acquisizione delle intercettazioni considerate rilevanti per la causa ⁽²⁶⁾.

Con leggi successive al codice e con l'intervento della Corte costituzionale (sentenza 15 gennaio 2013, n. 1) è stato meglio precisato quel momento preliminare al contraddittorio che consiste nel controllo operato dal pubblico ministero sulla "ostensibilità" delle singole intercettazioni. Infatti, in alcune situazioni, nelle quali venga in rilievo «un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni», il pubblico ministero non deve depositare le registrazioni, bensì è tenuto a collocarle direttamente in un archivio «protetto». Facciamo riferimento, ad esempio, alle ipotesi nelle quali l'autorità giudiziaria abbia acquisito occasionalmente, tramite intercettazioni, comunicazioni di appartenenti ai servizi di informazione per la sicurezza (c.d. servizi segreti; art. 270-bis).

Ciò premesso, esporremo la normativa che vige nel caso che costituisce *la regola*, e cioè quando si tratta di intercettazioni nelle quali non venga in rilievo una protezione «assoluta» del colloquio; successivamente tratteremo queste ultime ipotesi, che costituiscono *eccezioni*.

Il controllo del pubblico ministero sulla ostensibilità delle intercettazioni. In base all'art. 268, comma 4, la registrazione delle intercettazioni ed i "verbali sommari"

²⁵ Ad esempio, nell'ambito delle indagini su di un sequestro di persona a scopo di estorsione possono essere messi sotto controllo anche i telefoni dei familiari o dei conoscenti della persona sequestrata. In tal modo può facilmente accadere che siano registrate anche conversazioni che non hanno alcuna attinenza con i fatti per i quali si procede. Tuttavia la disciplina attuale non permette al pubblico ministero di distruggere le registrazioni irrilevanti.

²⁶ La novità è stata una conseguenza necessaria della volontà dei codificatori di ridurre i rischi della violazione della riservatezza dei soggetti captati; questo proposito è stato concretizzato tramite un sub-procedimento di acquisizione delle intercettazioni durante le indagini preliminari, in deroga alle ordinarie regole sulla prova, per stralciare materiale non rilevante in modo che non giunga al dibattimento. Pertanto, è stato inevitabile permettere alla difesa di partecipare a tale innovativo meccanismo aprendo il contraddittorio sul punto.

sono trasmessi al pubblico ministero, che opera un primo controllo sulla loro ostensibilità. Superato positivamente tale controllo, il medesimo pubblico ministero dispone che siano depositati nella segreteria le registrazioni ed i verbali (c.d. brogliacci) con la relativa documentazione (decreti di autorizzazione, convalida e proroga; art. 268, comma 6).

Il differimento del deposito. L'art. 268, comma 5, stabilisce che il deposito deve essere "differito" quando da esso può derivare un grave pregiudizio per le indagini, e cioè se vi è pericolo che la prova sia inquinata o che gli indagati connessi possano sfuggire alle misure cautelari. In tal caso, il pubblico ministero chiede al giudice per le indagini preliminari l'autorizzazione al differimento, che comunque può essere mantenuto non oltre la chiusura delle indagini⁽²⁷⁾.

A questo punto dobbiamo registrare l'esistenza di due prassi di orientamento opposto. Vi è una prassi lassista che permette alle parti private di avere copia di tutte le registrazioni in spregio della normativa sull'udienza di stralcio, che consente il deposito solo dopo l'avvenuta trascrizione delle medesime (art. 268, comma 8)⁽²⁸⁾.

In senso contrario, vi è un orientamento rigoroso, fatto proprio da varie circolari delle procure della Repubblica degli uffici più importanti, secondo cui non è applicabile il deposito se non quando effettivamente si sia svolta l'udienza di stralcio con relativa trascrizione⁽²⁹⁾.

Il deposito delle intercettazioni. Nel caso in cui il pubblico ministero attivi i preliminari all'udienza di stralcio, viene effettuato un deposito che si può definire "parziale". Infatti, del deposito è dato immediato avviso ai difensori delle parti private, i quali hanno facoltà di esaminare gli atti (con possibilità di fare copia di autorizzazioni e brogliacci) e di ascoltare le registrazioni (ma senza poterne fare copia) entro il termine fissato dal pubblico ministero (art. 268, comma 6). In tal modo, i difensori hanno la possibilità di operare un controllo soltanto sommario sulla rilevanza ed utilizzabilità delle intercettazioni.

²⁷ In concreto, accade molto spesso che il deposito sia ritardato; le registrazioni sono conservate nel frattempo in un archivio riservato presso la procura della Repubblica. Dopodiché, viene dato l'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-bis), ma senza provvedere alla c.d. udienza di stralcio (art. 268).

²⁸ «In realtà, le disposizioni che regolano la materia sono quelle previste dall'art. 268, 6°, 7° e 8° comma, c.p.p., in base alle quali si può affermare che i difensori delle parti private possono chiedere il rilascio di copia dei verbali delle intercettazioni solo dopo che siano state eseguite le operazioni d'individuazione delle registrazioni da trascrivere e solo dopo l'effettuazione delle relative trascrizioni»; così E. APRILE.

²⁹ Tale nuovo indirizzo è stato ripreso fedelmente dalle circolari con cui alcune Procure della Repubblica hanno disciplinato l'acquisizione delle intercettazioni all'interno del loro ufficio; in particolare la Procura di Roma (circolare n. 27 del 26 novembre 2015, prot. n. 3389/15) ha ordinato di seguire la disciplina dell'art. 268 c.p.p. in luogo dell'art. 415-bis c.p.p. in qualsiasi circostanza; diversamente la Procura di Torino (prot. n. 513/16 S.P. 15 febbraio 2016) ha previsto l'applicazione del procedimento di stralcio al termine delle indagini preliminari in casi specifici; il pubblico ministero titolare del procedimento dovrà attivare tale strada obbligatoriamente in caso di intercettazioni inutilizzabili o irrilevanti e coinvolgenti contemporaneamente dati sensibili; oppure facoltativamente in caso di semplice irrilevanza.

d.3. L'udienza di stralcio.

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

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

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

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

d.4. L'udienza di stralcio nella prassi.

Quella fin qui esposta è la disciplina contenuta nel codice. Dobbiamo dare atto che il "diritto vivente" si è tanto allontanato da tale disciplina al punto da far sì che lo svolgimento dell'udienza di stralcio durante le indagini preliminari sia un'eccezione; essa ha luogo di regola nel corso del dibattimento. Il fenomeno è dovuto a varie cause concomitanti, che meritano di essere ricordate.

Ai sensi dell'art. 268, comma 6, l'udienza di stralcio si tiene soltanto se una delle parti chiede l'ammissione delle intercettazioni o l'eliminazione di un'intercettazione inutilizzabile. Pertanto, ove le parti non si attivino, non avviene lo stralcio⁽³⁰⁾.

Il "diritto vivente" si completa tenendo presente che durante le indagini preliminari è ammesso pacificamente l'uso dei "brogliacci", sia pure con le garanzie difensive imposte dalla sentenza della *C. Cost. n. 336 del 2008* (come abbiamo

³⁰ Se neanche nell'udienza preliminare le parti si attivano, non si svolge lo stralcio e non si verificano invalidità. Così, si può pervenire al dibattimento, ove possono essere richiesti sia lo stralcio, sia l'ammissione e la trascrizione delle singole intercettazioni.

accennato in precedenza). Inoltre, l'uso dei “brogliacci” è consentito in caso di riti semplificati a prova contratta, e cioè nel patteggiamento e nel giudizio abbreviato.

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

Come abbiamo accennato, accade che la trascrizione delle intercettazioni sia disposta nel corso del dibattimento. In tale sede diventa impellente l'esigenza di tutelare la riservatezza delle parti private e delle altre persone coinvolte nelle intercettazioni. La finalità deve essere perseguita, in base all'insegnamento fornito dall'ordinanza della *C. Cost. n. 255 del 2012*, mediante l'applicazione estensiva dell'art. 472, comma 2, che impone al giudice di procedere a porte chiuse quando l'assunzione della prova può «causare pregiudizio alla riservatezza dei testimoni ovvero delle parti private in ordine a fatti che non costituiscono oggetto dell'imputazione».

d.5. Le invalidità delle intercettazioni.

L'udienza che decide la distruzione. I verbali e le registrazioni di tutte le intercettazioni (acquisite o non acquisite al procedimento) sono conservati integralmente presso il pubblico ministero che ha disposto l'intercettazione fino alla sentenza irrevocabile (art. 269, commi 1 e 2). Ogni persona interessata può chiedere al giudice, che ha autorizzato o convalidato l'intercettazione, a tutela della propria riservatezza, la distruzione della registrazione che la riguarda in quanto non necessaria per il procedimento. A tal fine si svolge un'udienza in camera di consiglio «a norma dell'art. 127», nella quale il giudice decide in merito alla distruzione (art. 269, comma 2) ⁽³¹⁾.

Le intercettazioni inutilizzabili per vizi procedurali. Occorre tenere presente che l'art. 271 prevede varie ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni, tra le quali la sentenza costituzionale n. 1 del 2013 ha distinto i vizi dovuti ad inosservanze «di regole procedurali che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate». In tal caso si è dinanzi «a comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata osservata la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti».

Le inutilizzabilità “procedurali” scattano nei seguenti casi (art. 271, comma 1):

a) quando le intercettazioni sono state eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge», e cioè nelle ipotesi non previste dagli artt. 266, 266-*bis* e 295, comma 3;

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

c) quando non siano stati osservati i commi 1 e 3 dell'art. 268, e cioè le intercettazioni sono state compiute senza registrare la comunicazione e senza redigere il verbale sommario delle operazioni; oppure sono state compiute al di fuori degli impianti

³¹ Analoga decisione è presa in camera di consiglio anche d'ufficio dal giudice che ha dichiarato l'inutilizzabilità dell'intercettazione «in ogni stato e grado del processo» (art. 271, comma 3) ⁽³¹⁾. La documentazione delle intercettazioni inutilizzabili è distrutta su ordine del giudice, salvo che le stesse costituiscano corpo del reato (es., calunnia mediante telefono).

installati nella procura della Repubblica, senza che siano motivate le ragioni di urgenza⁽³²⁾.

L'uso di intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte. Di regola, i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza (art. 270, comma 1) . Secondo un orientamento pacifico, i verbali restano comunque utilizzabili come notizia di reato⁽³³⁾.

I verbali e le registrazioni delle intercettazioni eseguite «in altri procedimenti», quando sono utilizzabili, sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento e si applicano le disposizioni sull'udienza di stralcio e sulla trascrizione (art. 268, commi 6, 7 e 8 richiamati dall'art. 270, comma 2). Inoltre, il pubblico ministero e i difensori hanno facoltà di esaminare i verbali e le registrazioni depositate nel procedimento *a quo*.

Intercettazione autorizzata per imputazione poi derubricata in sentenza. La lettera dell'art. 271 c.p.p. sanziona con l'inutilizzabilità le intercettazioni che «siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge». La Cassazione, tuttavia, ritiene che, qualora le intercettazioni siano state originariamente disposte per uno dei reati previsti dall'art. 266, esse restino legittime anche quando l'addebito venga successivamente derubricato in un reato che non avrebbe consentito tale mezzo di ricerca della prova. Si sostiene che, per dare luogo ad una inutilizzabilità, servirebbe una disposizione specifica oppure un principio giuridico dal quale far discendere questa conseguenza. «Per di più, la qualificazione giuridica del fatto è compito assegnato al giudice in ogni fase e grado del procedimento (...) sicché essa può anche più volte mutare nel corso del procedimento»⁽³⁴⁾.

d.6. Le intercettazioni non ostensibili.

Esponiamo adesso la normativa che vale per le *ipotesi eccezionali*, quando alla conversazione intercettata prendano parte persone per le quali vige un divieto di intercettazione *in considerazione della loro qualità o del segreto a cui sono vincolate*.

³² Nei casi predetti, come si è accennato, la Corte ha rilevato che si tratta di comunicazioni non sottoposte ad un divieto assoluto di captazione e che avrebbero potuto essere legittimamente intercettate nel rispetto della corretta procedura prevista dal codice. Per questo motivo, anche se l'art. 271 non contiene un'espressa previsione in ordine alle modalità procedurali da seguire per la distruzione, la giurisprudenza maggioritaria, avallata dalla Corte costituzionale, ritiene che debba essere seguita una procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti (*Corte Cost. n. 1 del 2013*).

³³ In base alla giurisprudenza prevalente, il concetto di “altro procedimento” (art. 270) deve essere riferito non già a dati meramente formali, quali il numero di procedimento o il titolo di reato oggetto d'iscrizione nell'apposito registro, bensì alla sostanziale diversità di fatto storico. Pertanto, non si è dinanzi ad “altro procedimento” (e le intercettazioni possono essere utilizzate) con riguardo a tutti quei reati che risultino *connessi o collegati* alla originaria notizia di reato oggetto del decreto autorizzativo del giudice *ex art. 267*, anche se è stata disposta la separazione dei procedimenti medesimi.

³⁴ Riteniamo errata tale interpretazione in quanto, in materia di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, la riserva di legge si traduce nella tassatività dei casi di intercettazione. Il libero convincimento del giudice è richiamabile soltanto in materia di valutazione della prova e non nella fase dell'ammissione della medesima .

In base all'insegnamento della sentenza della Corte Cost. n. 1 del 2013, vi sono «ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela “rafforzata” di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro)».

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

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

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

Il divieto di acquisizione è posto dall'art. 103, comma 5 e vale per le intercettazioni dirette delle «conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari» e delle conversazioni «tra i medesimi e le persone da loro assistite».

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

La sentenza della *Corte Cost. n. 1 del 2013* ha affermato che, in tutti i predetti casi, il pubblico ministero è tenuto a non depositare le registrazioni e deve chiedere al giudice la distruzione in segreto, e cioè senza che abbia luogo alcuna udienza camerale. Un'apertura al contraddittorio, infatti, aggraverebbe la lesione della segretezza e comporterebbe il rischio di indebite divulgazioni. Il giudice deve disporre che la documentazione sia distrutta, salvo che costituisca corpo del reato (art. 271, comma 3).

2) *Conversazioni del Presidente della Repubblica.* Nei medesimi termini la sentenza della Corte cost. n. 1 del 2013 ha ricostruito la normativa che concerne le intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica. Dalla Costituzione è ricavabile il principio della riservatezza delle conversazioni e comunicazioni del Capo dello Stato. Da tale principio si desume il divieto di utilizzare tutte le comunicazioni presidenziali anche qualora siano captate in modo indiretto o casuale⁽³⁵⁾, trattandosi di attività egualmente idonea a lederne la riservatezza.

In modo identico a quanto è previsto per le intercettazioni effettuate in violazione del segreto professionale qualificato, le registrazioni delle comunicazioni del

³⁵ Per tale terminologia, si veda il sottoparagrafo successivo.

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

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

³⁶ La sentenza della Consulta aggiunge che «l'autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.)». La frase è stata interpretata nel senso che il giudice potrebbe non ordinare la distruzione delle intercettazioni in ipotesi estreme, come quando dalla registrazione si ricavi la prova dell'innocenza di un imputato (N. GALANTINI); o anche quando dalla registrazione si ricavi la notizia di un imminente attentato o di un programmato colpo di Stato che compromettano la vita o l'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (L. FILIPPI).

Alla pag. 253 eliminare dalla riga 3 alla riga 6.

Alla pag. 254 eliminare dalla riga 24 fino a pag. 255, riga 8.

Alla pag. 256 alla riga 27 dopo “art. 291).” eliminare fino a pag. 257, riga 4 e sostituire con quanto segue:

Un avviso di deposito deve essere notificato al difensore dell’indagato, che ha diritto di esaminare gli atti nella cancelleria e di estrarne copia. Il diritto di copia degli atti è molto importante perché mette il difensore in grado di anticipare le proprie deduzioni già nel corso dell’interrogatorio.

Il deposito delle intercettazioni sulle quali sono basate le misure cautelari personali. Merita segnalare che la C. cost. (sentenza n. 336 del 2008) ha dichiarato illegittimo l’art. 268 nei seguenti termini: dopo la notificazione o l’esecuzione dell’ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore dell’indagato ha il diritto di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di quelle conversazioni o comunicazioni intercettate, che sono state utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare, *anche se non sono state depositate*. Successivamente la Cassazione ha affermato che, qualora il difensore ne faccia richiesta, il pubblico ministero ha l’obbligo di rilasciare copia dei supporti magnetici delle intercettazioni poste a base della misura cautelare emessa (Cass., Sez. un., 22 aprile - 27 maggio 2010, n. 20300, Lasala, in *Guida al diritto*, 2010, 28, 61).

Alla pag. 289 eliminare dalla riga 33 fino a pag. 290, alla riga 5 e sostituire con quanto segue:

Il segreto investigativo. Per gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria è posto, come regola generale, l’obbligo del segreto (art. 329, comma 1). Fra gli atti segreti rientrano, ad esempio, gli accertamenti tecnici ripetibili (art. 359), l’individuazione di cose (art. 361), l’assunzione di informazioni da possibili testimoni (art. 362). Questi atti sono coperti dal segreto fino a quando l’imputato (o l’indagato) «non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini», e cioè, generalmente, fino all’avviso di conclusione delle medesime (art. 415-*bis*). Si tratta di un segreto che viene definito *interno* e che consiste nel divieto di rivelare all’indagato e al suo difensore un atto del procedimento penale. L’obbligo del segreto opera in modo oggettivo ed è posto a carico di tutte le persone che hanno partecipato o assistito al compimento dell’atto.

Alla pag. 390 nella nota 1 eliminare la lettera c.

Alla pag. 404 eliminare la nota 14.