

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

1. La legge 23 giugno 2017, n.103, al comma 82 dell'articolo 1, reca la delega al Governo per la riforma della disciplina in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni.

Già da tempo sono allo studio diverse proposte di revisione della disciplina delle intercettazioni, fondamentale strumento di indagine, che deve tuttavia poter salvaguardare al contempo - realizzando un giusto equilibrio fra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale - sia la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.) che il diritto all'informazione (art. 21 Cost.).

La delega, da esercitarsi nel termine di tre mesi dalla data di entrata in vigore della sopra citata legge (3 agosto 2017), è diretta a garantire anche la riservatezza delle comunicazioni, prevedendo, sotto tale profilo, l'adozione di disposizioni preordinate ad incidere sull'utilizzazione, a fini cautelari, dei risultati delle captazioni, nonché a disciplinare il procedimento di selezione delle comunicazioni intercettate, secondo una precisa scansione temporale.

Dette disposizioni perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi 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 a 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 il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova.

In questo senso vanno letti i singoli criteri direttivi indicati alla lettera a) del comma 84 dell'articolo 1 della legge n. 103 del 2017, a cui il presente schema di decreto - composto di 8 articoli - intende dare attuazione.

2. In particolare, la previsione di cui all'articolo 1 introduce nel codice penale il delitto di *diffusione di riprese e registrazioni di comunicazioni fraudolente*.

L'opzione punitiva trova la sua fonte nella espressa previsione della lettera b) del comma 84 dell'articolo 1 della delega, soddisfacendosi in tal modo l'esigenza di sanzionare le violazioni dei doveri di riservatezza che possono presidiare lo svolgimento di incontri e conversazioni private.

La norma punisce colui che diffonde il contenuto di incontri o conversazioni riservate, registrate con mezzi insidiosi, (microfoni o telecamere nascoste), e quindi fraudolentemente, allo scopo di recare nocumento all'altrui reputazione.

Sul piano empirico, la società della comunicazione di massa registra il frequente ricorso a simili stratagemmi, posti scientemente in essere con lo scopo della successiva divulgazione. Si tratta di condotte agevolate dalla diffusione, anche tra privati, di mezzi tecnologici del tutto idonei all'ampia e immediata divulgazione di contenuti comunicativi carpiri senza l'altrui consenso (si pensi alle potenzialità dei moderni dispositivi portatili e all'uso dei *social media*).

Ne consegue un grave pregiudizio all'onore e alla dignità della vittima, discendente dalla divulgazione di immagini e/o parole carpite quando la stessa presumeva di partecipare a una comunicazione del tutto privata, in un contesto, cioè, riservato e confidenziale, che tale doveva restare, contro ogni indebita invasione della propria sfera personale.

La natura indebita dell'intrusione è data infatti dalla diffusione, che costituisce elemento materiale della condotta, e dal fine illecito perseguito. La partecipazione al colloquio invero non autorizza in sé l'autore della condotta a disporre di quanto appreso nella sfera riservata della vittima, diffondendone il contenuto a scopo illecito.

Il reato è costruito intorno alla condotta di diffusione di immagini, suoni o conversazioni, registrate o riprese, e al dolo specifico di recare danno alla reputazione altrui (la delega stessa individua infatti tale elemento tipico con l'espressione *al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui*).

Analogamente a quanto previsto infatti dall'art.615-bis c.p., viene in rilievo l'uso di qualsiasi strumento di ripresa visiva o sonora. Anche, cioè, la diffusione di meri comportamenti così come di espressioni verbali, riprese o registrate fraudolentemente, riconducibili alla persona, possono dare luogo alla punibilità, anche quando le immagini non siano state procurate nei luoghi di privata dimora menzionati dal citato art.615-bis c.p.

La punibilità risulta essere comunque esclusa nel caso in cui della registrazione effettuata senza consenso si possa fare uso legittimo in ambito processuale, quale esercizio del diritto di difesa ovvero nell'ambito del diritto di cronaca, che la legge delega fa espressamente salvi.

Ciò significa che determinate comunicazioni possono avere diffusione se sussistono i presupposti del legittimo esercizio del diritto di cronaca, inteso come diritto alla pubblica conoscenza per effetto della rilevanza del fatto e dei soggetti coinvolti, sempre nei limiti del principio della continenza.

Il reato è procedibile a querela dell'offeso in maniera coerente con l'impianto della stessa legge di delega che impone di dare attuazione al principio generale della procedibilità a querela per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni.

3. L'articolo 2 dello schema di decreto interviene sul codice di procedura penale, al fine di dare attuazione ai criteri singolarmente stabiliti alla lettera a) del comma 84 dell'articolo 1, in materia di riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione.

La tutela della riservatezza è, in primo luogo, riferita alle comunicazioni del difensore con il proprio assistito.

L'articolo 103 del codice di procedura penale già pone al comma 5 il divieto di attività diretta di intercettazione nei confronti del difensore, con conseguente inutilizzabilità delle relative acquisizioni, come da previsione di cui al comma 7 del medesimo art.103.

Il difensore, tuttavia, può essere coinvolto nell'attività di ascolto, legittimamente eseguita, in via anche solo occasionale.

A questo riguardo l'articolo 2 dello schema stabilisce che l'eventuale coinvolgimento del difensore non possa condurre alla verbalizzazione delle relative comunicazioni o conversazioni.

Di esse è conservata esclusivamente traccia mediante indicazione della data, dell'ora e del dispositivo in cui è intervenuta, anche e soprattutto in vista della futura distruzione, secondo quanto disposto dal codice di procedura penale per le intercettazioni inutilizzabili.

Si tratta allora di fare specifica applicazione del principio di delega secondo cui le intercettazioni inutilizzabili, ma anche quelle contenenti dati sensibili o comunque irrilevanti,

non trovano ingresso nei cd. “brogliacci” d’ascolto, cioè nei verbali delle operazioni, redatti anche in forma sommaria ai sensi dell’articolo 268 del codice di procedura penale.

4. Con riguardo alle intercettazioni irrilevanti lo schema di decreto interviene sul testo del citato articolo 268 c.p.p., introducendo il comma 2-*bis* che vieta la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti per le indagini nonché di quelle concernenti dati personali definiti sensibili dalla legge, imponendo che nel verbale siano indicate solo la data, l’ora e il dispositivo su cui la registrazione risulta essere intervenuta.

Il pubblico ministero è informato dalla polizia giudiziaria, al fine di verificare la prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni: in particolare, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l’obbligo di informare il pubblico ministero, con apposita annotazione ai sensi dell’art.357 c.p.p., nei casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni.

Si consideri, a tal proposito, che l’ufficiale di polizia giudiziaria è un mero delegato all’ascolto e che pertanto il pubblico ministero, che è l’organo delegante e su cui direttamente incombe il dovere di non trascrivere nei cd. brogliacci le conversazioni irrilevanti o inutilizzabili, ben può dettare le opportune istruzioni e direttive al delegato, per concretizzare l’obbligo di informazione preliminare sui contenuti delle conversazioni di cui possa apparire dubbia la rilevanza.

È a tal fine inserito il comma 2-*ter* nel medesimo articolo 268 c.p.p., secondo cui il pubblico ministero, con decreto motivato, può disporre la trascrizione delle comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-*bis*, ove ne riconosca la rilevanza in ordine ai fatti oggetto di prova, e anche di quelle relative a dati personali definiti sensibili dalla legge se le ritenga, oltre che rilevanti, necessarie sempre a fini di prova.

Si stabilisce, pertanto, la possibilità di recuperare – con provvedimento motivato (in questo senso testualmente il comma 84 lettera a) n.5 dell’art.1 legge 103/2017) – il materiale raccolto, comunque custodito in archivio riservato, solo se effettivamente funzionale alla prova dei fatti.

Il vincolo è più rigoroso in relazione alle conversazioni contenenti dati sensibili, come definiti dalle vigenti disposizioni di legge, nel senso che la loro emersione deve essere altresì “necessaria” ai medesimi fini di prova; ciò vuol dire che, di regola, i dati sensibili emergenti dalle comunicazioni intercettate sono destinati a rimanere del tutto riservati, quando non sia possibile stabilire un nesso essenziale tra la loro conoscenza e l’attività probatoria. In questo senso si intende dare attuazione alla delega nella parte in cui discorre di conversazioni *contenenti dati sensibili ai sensi dell’articolo 4, comma 1, lettera d), del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all’accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede ovvero irrilevanti*. La delega cioè sembra prescrivere un più penetrante obbligo ai fini dell’utilizzazione di conversazioni coinvolgenti dati sensibili, la cui trascrizione è imposta solo se, oltre che rilevanti, siano necessarie all’accertamento dei fatti.

5. L’articolo 2 interviene, infine, in senso abrogativo sui commi finali dell’articolo 268 c.p.p. che disciplinano la cd. udienza di stralcio”

Alla materia è dedicato il successivo articolo 3 - sotto la rubrica “*Modifiche al codice di procedura penale in materia di trascrizione, deposito e conservazione dei verbali di intercettazione*” - che disciplina *ex novo* il deposito degli atti riguardanti le intercettazioni e la selezione del materiale raccolto.

Si è optato per una procedura bifasica, che prevede il deposito delle conversazioni e delle comunicazioni, oltre che dei relativi atti, e la successiva acquisizione, a cui il giudice provvede sulla base di un contraddittorio tra le parti di tipo cartolare (richieste scritte e memorie); ove necessario, il giudice può fissare udienza, con la partecipazione del pubblico ministero e dei soli difensori, per provvedere, all'esito, all'acquisizione e al contestuale stralcio, con destinazione finale all'archivio riservato, delle comunicazioni irrilevanti e inutilizzabili.

La legge delega precisa, in proposito, che il pubblico ministero è preposto a garantire la riservatezza della documentazione; a lui spetta la custodia, in un apposito archivio riservato, del materiale irrilevante e inutilizzabile, con facoltà di ascolto e esame, ma non di copia, da parte dei difensori e del giudice, fino al momento di conclusione della procedura di cui all'articolo 268, commi 6 e 7, del codice di procedura penale: momento con il quale viene meno il divieto di cui al comma 1 dell'articolo 114 del medesimo codice relativamente agli atti acquisiti.

Viene, pertanto, ridefinita la procedura volta a selezionare il materiale raccolto dal pubblico ministero, mediante l'introduzione degli articoli *268-bis*, *268-ter* e *268-quater* c.p.p.

Il deposito è contemplato con riguardo all'intero compendio di documenti e atti (annotazioni, verbali, registrazioni, decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione), proprio al fine di garantire l'esercizio delle facoltà riconosciute ai difensori delle parti e consentire il controllo sulle scelte di esclusione operate dal pubblico ministero.

Tra il materiale oggetto di deposito sono comprese le annotazioni a cui la polizia giudiziaria è tenuta per informare il pubblico ministero sui contenuti di conversazioni che potrebbero, data la loro irrilevanza, essere non trascritte in verbale. L'esame di tali annotazioni costituisce un utile strumento orientativo per la difesa, che possono più agevolmente esaminare, data la nuova struttura dei verbali, il materiale registrato.

Contestualmente al deposito, il pubblico ministero è tenuto a elencare le comunicazioni e conversazioni ritenute utili nella prospettiva di accusa, selezionando cioè fin da subito il materiale ritenuto utile a fini di prova, e quindi oggetto della verosimile trascrizione in forma di perizia. Ciò significa che i difensori sono così posti nelle condizioni per apprendere immediatamente quale potrà essere il contenuto delle richieste di acquisizione del pubblico ministero.

Il pubblico ministero deve dare immediato avviso ai difensori delle parti delle facoltà di esaminare gli atti, prendere visione dell'elenco predisposto, di ascoltare le registrazioni. Il deposito può essere ritardato, per decisione del giudice e su richiesta del pubblico ministero, se sussistono esigenze di tutela delle indagini (essenzialmente anche connesse alla pendenza di richiesta di misura cautelare).

6. A fronte della richiesta del pubblico ministero, che ha già individuato le conversazioni o comunicazioni utili all'accusa, i difensori sono onerati di individuarne altre o di chiedere l'eliminazione di quelle indicate: in tal modo, si definisce per tempo, quasi compiutamente, l'oggetto delle valutazioni del giudice per le indagini preliminari.

Il giudice, dispone, quindi, l'acquisizione, su richiesta delle parti, delle conversazioni e comunicazioni rilevanti e procede, anche d'ufficio, allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. La documentazione non acquisita (e segnatamente, gli atti e i verbali relativi a comunicazioni e conversazioni) è immediatamente restituita al pubblico ministero per la sua conservazione nell'archivio riservato. Quando ritenuto necessario alla

acquisizione, il giudice provvede all'esito dell'udienza, a cui partecipano solo il pubblico ministero e i difensori.

7. La procedura è solo eventuale; per il caso in cui il materiale intercettativo rilevante sia stato già utilizzato per l'emissione di un provvedimento cautelare, è lo stesso pubblico ministero a provvedere all'acquisizione al fascicolo delle attività di indagine.

L'utilizzazione in fase cautelare, infatti, dà modo di sfruttare il controllo selettivo che esercita il giudice della cautela, il quale, ove tra gli atti allegati alla richiesta, vi siano verbali di comunicazioni o conversazioni irrilevanti, ordina la restituzione al pubblico ministero per la custodia in archivio.

In relazione a tale materiale, nulla preclude al pubblico ministero, immediatamente dopo il deposito, di operare una valutazione di rilevanza, e quindi di segno diverso da quella fatta dal giudice della cautela, e quindi richiederne l'acquisizione al giudice che ha autorizzato, prorogato, convalidato le intercettazioni.

Si consideri, poi, che proprio attraverso il contraddittorio cautelare, i difensori possono intervenire per concorrere, anche dopo l'emissione del provvedimento, ad una migliore selezione, in vista dei controlli impugnatori, del materiale utilizzabile.

I difensori attraverso la previsione del comma 3 dell'art.268-ter, introdotto dallo schema, possono a seguito dell'ascolto chiedere l'acquisizione di ulteriori conversazioni, in ipotesi escluse dal pubblico ministero, ovvero lo stralcio di quelle acquisite.

Con la previsione di un meccanismo differenziato di acquisizione in caso di emissione di ordinanza cautelare si è così inteso dare attuazione a quanto stabilito nella legge delega al n.4 della lettera a) del comma 84.

8. Il meccanismo che si delinea, in piena conformità alle previsioni di delega circa la selezione, nel contraddittorio tra le parti, del materiale intercettativo rilevante – v. comma 84, lettera a) – supera il precedente modello incentrato sulla cd. udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile.

Una iniziativa del pubblico ministero, diretta a innescare la procedura acquisitiva ma in vista dell'eliminazione dal fascicolo di quanto già ivi contenuto, può ora ipotizzarsi per il raro caso in cui, acquisito un dato materiale perché utilizzato in fase cautelare, si avveda successivamente della sua irrilevanza. In tal caso, nulla vieta che il pubblico ministero possa chiedere, con le scansioni procedurali dettate per l'acquisizione, che sia estromesso e restituito all'archivio riservato, il materiale di cui apprezzi, per elementi sopravvenuti, l'irrilevanza. In tal modo si dà attuazione alla prescrizione di delega contenuta alla lettera a), n. 4, dell'articolo unico della legge n. 103 del 2017.

La procedura prima illustrata, arricchita, per iniziativa, pur rara del pubblico ministero, di un incidente di stralcio, realizza il fine di escludere, sin dalla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e, in generale, il materiale intercettativo non rilevante a fini di giustizia. E ciò nella prospettiva finale di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova.

Il nuovo sistema ruota intorno alla novità rappresentata dall'archivio riservato, luogo della segretezza investigativa, in cui sono collocati e custoditi sin da subito i risultati delle operazioni di intercettazione. Per essere trasportati in ambito processuale devono essere valutati in chiave di rilevanza, ed ovviamente anche di piena utilizzabilità, e sono così inseriti nel fascicolo delle indagini, proprio per intervento del giudice. Da lì, e su richiesta di parte secondo il modello generale del diritto alla prova, possono transitare nel fascicolo per il dibattimento previa trascrizione nelle forme della perizia.

9. Sempre nella prospettiva di una tutela rafforzata del diritto alla riservatezza si leggono le modifiche all'art.291 c.p.p. – in attuazione del criterio di delega di cui al n.1 della lettera a) del comma 84 –, che impongono al pubblico ministero di allegare alla richiesta cautelare i soli atti rilevanti.

Il pubblico ministero ha così l'onere di allegare gli atti relativi alle conversazioni rilevanti (e che quindi non riguardino soggetti estranei all'indagine o si riferiscano a dati sensibili non utili ai fini dell'accertamento del fatto) e utilizzabili, fatti salvi comunque i poteri del giudice di restituire, all'esito del subprocedimento cautelare, il materiale ritenuto irrilevante o addirittura inutilizzabile, contro il diverso avviso del richiedente.

10. All'avvenuta acquisizione, sia con le modalità ordinarie che in fase cautelare si accompagna il diritto dei difensori di accesso alle registrazioni e di copia degli atti rilevanti.

11. Il giudice richiesto dell'emissione dell'ordinanza cautelare è tenuto alla restituzione al pubblico ministero delle conversazioni inutilizzabili o irrilevanti, che siano state allegate alla richiesta; pubblico ministero e giudice sono richiamati all'importanza di riportare nella richiesta e nell'ordinanza cautelare, ove necessario, soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate.

Quest'ultima disposizione costituisce un significativo criterio di orientamento nella redazione degli atti attraverso i quali è altamente probabile che possano essere diffuse notizie sui contenuti intercettativi pur quando non siano di diretta pertinenza, nell'ambito dell'essenzialità, ai fatti oggetto di prova, beninteso di tipo indiziario.

È ovvio che le misure appena illustrate obbligano a precise modalità di redazione anche degli altri atti che in qualche modo possono essere occasione per la divulgazione del materiale intercettativo.

Il riferimento è alle informative di polizia giudiziaria che, nel richiamare il materiale intercettativo (magari per prospettare al pubblico ministero situazioni valutabili ai fini della richiesta di proroga delle operazioni di intercettazione o della richiesta di misure cautelari), devono essere informate agli stessi principi, ove intendano fare uso dei verbali di intercettazioni già formati, e comunque devono essere emendate da indebiti riferimenti testuali, in vista del deposito cautelare o del deposito degli atti a chiusura delle indagini preliminari.

Le operazioni di acquisizione sono collocate nella fase delle indagini preliminari, immediatamente dopo l'avviso di deposito a chiusura delle operazioni, perché detta fase è strutturalmente più adeguata ad assicurare la necessaria riservatezza.

12. Non può però escludersi l'eventualità che l'apprezzamento di rilevanza possa essere fatto successivamente in fase processuale, sia in udienza preliminare che in dibattimento, che addirittura in sede di giudizio di appello.

Si prevede allora, con un comma aggiunto all'articolo 422, che, ove sorga in udienza preliminare la necessità di acquisizione di prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere, e questa sia costituita da comunicazioni o conversazione intercettate e non acquisite, alle operazioni di acquisizione provveda il giudice dell'udienza preliminare, osservando, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 268-ter e 268-quater.

La modifica all'articolo 472 c.p.p., recata dallo stesso articolo 3 dello schema di decreto, prevede un'udienza riservata "a porte chiuse", per il caso in cui sorga la necessità di valutare richieste integrative di prova o richieste di revisione della decisione di rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari, o ancora quando la rilevanza del materiale intercettativo non precedentemente acquisito si prospetti per la prima volta nel corso dell'istruzione dibattimentale.

In forza dell'articolo 598 c.p.p., tale ultima disposizione è applicabile anche nel giudizio di appello, dato che in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado.

13. Collegata all'intervento in tema di riservatezza delle comunicazioni in esame è la modifica all'articolo 329 c.p.p.

Si chiarisce, infatti, che coperti dal segreto sono, oltre che gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, anche le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste.

Il riferimento prevalente è, ovviamente, alla richiesta di autorizzazione alle operazioni di intercettazione e al decreto che provvede su di essa, il quale, per evidenti ragioni di omogeneità con gli atti di indagine, deve essere segreto, sino a quando non se ne possa avere conoscenza ad opera dei difensori delle parti.

14. La previsione dell'art.493-bis c.p.p. riconduce la trascrizione in forma di perizia delle conversazioni intercettate nel suo alveo naturale e dunque in ambito probatorio. Per quanto tale attività sia allo stato prevista all'esito dell'udienza di stralcio, di fatto essa non è praticata.

La trascrizione, trattandosi di materia estranea alle indagini e che presuppone un utilizzo nel processo è, più propriamente, affidata, nello schema di decreto in esame, alle attività di richiesta della prova in fase dibattimentale.

D'altra parte, è del tutto antieconomico provvedere alla trascrizione pur quando il procedimento si arresti ad una fase antecedente all'instaurazione del giudizio, motivo questo che, già con la disciplina vigente, ha ulteriormente determinato l'ineffettività della previsione del comma 7 dell'art.268 c.p.p.

La scelta perseguita con lo schema di decreto è quindi quella di procedere alle onerose attività di trascrizione solo quando ciò sia necessario per esigenze proprie di natura probatoria.

In questo senso si è inteso dare attuazione al n.3 della lettera a) del comma 84 (articolo 1 della legge di delega) che consente che alla trascrizione si provveda "successivamente" alla procedura di selezione del materiale utile, senza necessariamente imporre che ciò avvenga nel corso della medesima udienza e comunque nella fase delle indagini preliminari. Fase questa che è estranea, sul piano sistematico, alle attività di formazione della prova.

La previsione della trascrizione in fase dibattimentale non preclude, ovviamente, che la parte interessata possa richiedere lo svolgimento di questa attività sostanzialmente peritale anche in altra sede, ad esempio nel giudizio abbreviato condizionato proprio ad una tale domanda di prova. E non è d'ostacolo a che una simile richiesta possa essere avanzata già in fase di udienza preliminare, ai sensi dell'articolo 422 c.p.p., ove si ritenga la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere. Insomma, la trascrizione nelle forme della perizia è oggetto, in via ordinaria, di una richiesta di prova, e come tale trova collocazione, successivamente alle procedure di selezione e di acquisizione, ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova.

15. Attraverso l'introduzione dell'articolo 89-*bis* nelle disposizioni di attuazione (vedi l'articolo 5 dello schema di decreto) sono stabilite le modalità di accesso all'archivio riservato e la sorveglianza sul suo funzionamento da parte del procuratore della Repubblica.

Al principio direttivo contenuto nel comma 84, lett. e), dell'articolo 1 della legge di delega è stata data attuazione all'articolo 4 dello schema di decreto, dedicato alle modifiche al codice di procedura penale in materia di intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico.

16. L'utilizzo del cosiddetto "*trojan*" – o, appunto, captatore informatico –, pur ampiamente praticato nella realtà investigativa, non è stato in precedenza oggetto di alcuna regolamentazione a livello normativo.

La legge di delega stabilisce, in proposito, alla lettera e), di "disciplinare le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili", secondo i seguenti criteri:

1) l'attivazione del microfono avvenga solo a seguito di un apposito comando inviato da remoto e non del solo inserimento del captatore informatico;

2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale idoneo ai sensi dell'articolo 348 c.p.p.;

3) l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e che, fuori da tali casi, potrà essere disposta nei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. soltanto se negli stessi si stia svolgendo l'attività criminosa. In ogni caso, il decreto autorizzativo del giudice indica le ragioni per cui tale modalità di intercettazione particolarmente invasiva sia necessaria per lo svolgimento delle investigazioni;

4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il *server* della procura e, una volta finita la captazione, il *trojan* sia reso definitivamente inutilizzabile;

5) siano utilizzati soltanto i programmi informatici conformi ai requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale;

6) nei casi di urgenza, il pubblico ministero possa autorizzare direttamente l'uso dello strumento soltanto se si procede per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. con decreto che risponda ai medesimi obblighi di motivazione stabiliti dal n. 3);

7) i risultati delle intercettazioni ottenute mediante captatore siano utilizzabili soltanto per i reati per i quali è intervenuta l'autorizzazione e nei procedimenti solo se indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio;

8) non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati delle intercettazioni, le quali abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede.

Come si ricava dal chiaro tenore della delega e dai sopramenzionati criteri per la sua attuazione, il delegante ha inteso regolamentare uno solo degli usi del captatore informatico, quale modalità specifica di esecuzione della intercettazioni tra presenti. Ed ha ad oggetto esclusivamente i dispositivi mobili portatili.

Lo strumento, infatti, consistendo in un *malware* «occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva» consente operazioni ulteriori e diverse quali: la captazione del traffico dati (sia in entrata che in uscita); l'attivazione della telecamera installata *ab origine* sul dispositivo; la "perquisizione" degli hard disk; la possibilità di estrarre copia integrale del loro contenuto; la intercettazione di tutto quanto digitato sulla tastiera; la possibilità di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati; oltre che consentire la geo-localizzazione del dispositivo.

Si tratta dunque di un complesso di operazioni (alcune delle quali già praticate ove consentite dalla legislazione vigente) che la tecnologia consente di effettuare, ma che il delegante non ha inteso regolare, limitando l'ambito dell'intervento normativo alla disciplina degli aspetti attinenti all'intercettazione audio, eseguita mediante inoculazione di dispositivo portatile (smartphone, tablet ecc.) e non anche di dispositivi fissi.

A dare attuazione ai singoli criteri di delega si è provveduto mediante le modifiche agli articoli 266, 267, 268, 270 e 271 c.p.p. contemplate dall'articolo 4, e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale contenute nell'articolo 5 dello schema di decreto.

17. Innanzitutto, si aggiunge un comma all'articolo 266 c.p.p., per chiarire che l'uso del captatore informatico in dispositivi elettronici portatili è consentito, ai fini dell'intercettazione tra presenti in ambito domiciliare, soltanto se si procede per taluno dei delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. Al di fuori di quest'ambito procedimentale, l'uso dell'insidioso mezzo soggiace, in ambito domiciliare, al limite costituito dal presupposto dello svolgimento in atto, in tale luogo, di attività criminosa.

18. Poi, con riguardo agli obblighi di motivazione del decreto di autorizzazione e all'ambito di applicazione dello strumento invasivo, si è inciso sull'articolo 267 c.p.p., che disciplina, appunto, presupposti e forme del provvedimento di autorizzazione, interpolando il comma 1. Al riguardo la legge di delega espressamente stabilisce che «l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, *nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice*».

Al fine di dare attuazione alla previsione che impone che il controllo sul flusso di comunicazioni non avvenga con il solo inserimento del captatore, ma da remoto, secondo le indicazioni e nei limiti indicati nel decreto autorizzativo, il giudice dovrà non solo motivare in relazione alla particolare modalità di intercettazione prescelta ma indicare anche gli "ambienti" in cui la stessa debba avvenire, secondo un verosimile progetto investigativo che implica l'individuazione anche in forma indiretta dei luoghi in cui si sposterà il dispositivo mobile controllato, e sempre che si proceda "per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*".

La circostanza infatti che tale modalità di intercettazione sia consentita per i delitti più gravi anche in ambiente di privata dimora non pone i medesimi problemi di specificazione degli ambienti controllati tutte le volte in cui l'intercettazione sia consentita in ambito, in senso lato, domestico, alla sola condizione che vi si stia svolgendo l'attività criminosa.

La formula – secondo la quale nel decreto autorizzativo i luoghi e il tempo, in cui il dispositivo può essere attivato da remoto, possono essere “anche indirettamente determinati” – si spiega, dunque, nell'impossibilità di prevedere specificamente tutti gli spostamenti dell'apparecchio controllato; da qui la necessità logica di delimitare gli ambiti ai verosimili spostamenti del soggetto, in base alle emergenze investigative. A titolo esemplificativo, valga il riferimento a formule del tipo: “ovunque incontri il soggetto x”; “ogni volta che si rechi nel locale y” ecc. ecc.

La previsione dell'attivazione del microfono da remoto sta dunque a significare che, nel rispetto delle indicazioni contenute nel decreto autorizzativo, la captazione delle comunicazioni o conversazioni non può iniziare già dal momento dell'inserimento del captatore informatico. Questa è operazione preliminare necessaria, ma non sufficiente per procedere all'ascolto, dovendosi tener conto dei limiti di spazio e di tempo disegnati dal decreto autorizzativo.

19. La legge di delega, come appena prima ricordato, impone infine che il delegato faccia in modo che “non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati delle intercettazioni, le quali abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede”, effettuate mediante captatore informatico in dispositivo portatile. La previsione di delega esprime la consapevolezza del delegante circa la particolare insidiosità del mezzo, ma non può essere tradotta con l'apprestamento di una disciplina differenziata e specifica dei modi di utilizzazione e divulgazione dei risultati intercettativi. Ciò perché la disciplina predisposta assicura in ogni caso i più alti livelli di protezione del diritto alla riservatezza e per la non secondaria ragione che, ove pure fosse possibile ipotizzare regole più stringenti, si esporrebbe la normativa a sicure critiche in punto di irragionevolezza per disparità di trattamento. L'inserimento del captatore informatico non è infatti che una modalità di esecuzione delle intercettazioni e i risultati delle operazioni devono soggiacere alle stesse regole, sotto lo specifico profilo della tutela della riservatezza sia dei terzi che delle persone coinvolte dall'accertamento penale.

20. Con il comma 2-*bis* si stabilisce che i poteri del pubblico ministero nei casi di urgenza, sono esercitabili solo se si procede per uno dei delitti elencati dall'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (nn. 3) e 6) della lettera e) del comma 84 dell'articolo 1 della delega).

21. Alle modalità tecniche di installazione del *trojan* (nn. 1), 2) e 4) della lettera e) del comma 84 dell'articolo 1 della delega) sono dedicate le disposizioni modificative dell'articolo 268, comma 3-*bis*, c.p.p. che già detta regole circa le modalità operative della polizia giudiziaria (n. 2) della lettera e) del comma 84 dell'articolo 1 della delega).

22. Le ulteriori attività aventi natura tecnica e direttamente operative sono disciplinate dall'articolo 5 dello schema che interviene sull'articolo 89 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, ove sono contenute norme in materia relative al contenuto dei verbali delle operazioni di intercettazione, a completamento della regolamentazione di cui all'articolo 268 c.p.p.

È già stabilito che i nominativi dei soggetti appartenenti alla polizia giudiziaria delegati alle operazioni di intercettazione siano indicati nel verbale, unitamente all'indicazione dell'ora di inizio e fine delle singole operazioni.

Alla disposizione in esame è aggiunta l'espressa previsione dell'obbligatoria indicazione dei luoghi in cui avviene la captazione, al fine di rendere possibile il controllo della corrispondenza delle attività svolte con il contenuto del decreto di autorizzazione.

Quanto all'attivazione del captatore e alle modalità di trasmissione dei dati raccolti, si stabilisce che ne venga fatta espressa menzione nel verbale delle operazioni di intercettazione; per quel che, invece, attiene alla disattivazione del captatore, l'articolo 89 novellato riprende fedelmente il contenuto dei criteri di delega sopra menzionati.

23. L'articolo 6 dello schema di decreto dà poi attuazione alla delega in punto di "*semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni telefoniche e telematiche nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*": lettera d) del comma 84 della legge dell'articolo 1 della legge di delega.

Al riguardo, in ragione del tenore letterale del criterio direttivo che discorre della "*semplificazione delle condizioni per l'impiego*", si interviene, con autonoma disposizione, per consentire l'accesso alle intercettazioni, nei casi già previsti dalla legge - articolo 266, lettera b), c.p.p. -, sulla base dei presupposti dei sufficienti indizi di reato e della necessità per lo svolgimento delle indagini.

La deroga ai criteri stabiliti in via generale dall'articolo 267 c.p.p. per l'autorizzazione delle operazioni di intercettazione, consentite a condizione che ricorrano gravi indizi di reato e che lo strumento sia assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini, è modulata secondo l'analoga previsione speciale già vigente in materia di criminalità organizzata e contenuta nell'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

La semplificazione delle condizioni di impiego è perseguita, dunque, attraverso la previsione di presupposti meno rigorosi per l'autorizzazione, secondo il modello già sperimentato di contrasto alla criminalità organizzata.

Sotto questo profilo l'equiparazione, a fronte della gravità del fenomeno criminale, è realizzata anche attraverso la previsione espressa secondo cui, quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti, nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa.

Si è, infatti, in presenza di una analoga deroga al regime ordinario già in vigore ove si proceda a indagini per delitti di criminalità organizzata.

Restano, tuttavia, fermi i divieti di intercettazione delle comunicazioni e conversazioni tra presenti, mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, al di fuori dei procedimenti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

24. L'articolo 7, in attuazione del n. 5) della lettera e) del comma 84 dell'articolo 1 della legge di delega, demanda a un decreto ministeriale, da emanarsi a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo, l'individuazione dei requisiti tecnici dei programmi informatici

per l'esecuzione delle operazioni, che assicurino le opportune misure di integrità, affidabilità e sicurezza.

25. L'articolo 8 contiene la clausola di invarianza finanziaria.

26. L'articolo 9 contiene la disciplina transitoria di alcune delle disposizioni recate dallo schema di decreto.

In relazione alle parti della riforma che sono connesse alla nuova modalità di custodia del materiale intercettativo, è stabilito che esse si applichino a decorrere dal centottantesimo giorno successivo all'entrata in vigore. Ciò al fine di consentire ai singoli uffici di dettare le opportune indicazioni funzionali a dare attuazione al nuovo articolo 89-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, che affida la direzione e la sorveglianza dell'archivio riservato al procuratore della Repubblica. Questi, in particolare, dovrà impartire le prescrizioni necessarie a garantire la tutela del segreto su quanto ivi custodito.

La previsione contestuale della tenuta del registro – per l'annotazione di ogni accesso – con modalità informatiche impone l'adozione di specifici adempimenti.

Occorre adeguare i registri alle misure di sicurezza, già dettate dal Garante per la protezione dei dati personali, in tema di accesso all'archivio, di trattamento dei dati in esso custoditi, di protezione dei sistemi informatici. In questo gli Uffici di Procura stanno ultimando la realizzazione di misure concernenti le sale ascolto e le modalità di accesso e gestione dei server; l'ulteriore adeguamento imposto dalla novella legislativa rende necessario che, ferma l'entrata in vigore del decreto, le nuove norme si applichino, decorso un congruo termine che consenta la definizione, sotto il profilo tecnico, del nuovo archivio e la sua corrispondenza alle norme poste a protezione dei dati personali. Le nuove norme, che presuppongono tutte l'attuazione dell'archivio, troveranno applicazione solo per i procedimenti in cui le operazioni di intercettazione siano state autorizzate dopo 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto.

27. Si è inteso aderire alle osservazioni poste dalla II Commissione della Camera dei Deputati, che ha espresso parere favorevole con condizioni e osservazioni.

In particolare all'articolo 2, comma 1, lettera a) dello schema di decreto legislativo, che interviene sull'art.102 c.p.p., è stato soppresso il riferimento all'articolo 267, comma 4, del codice di procedura penale (condizione n.1). Come correttamente rilevato dalla Commissione, l'intervento in parola «dà attuazione alla disposizione di delega relativa alla riservatezza delle comunicazioni dei difensori nei colloqui con l'assistito, modificando l'articolo 103 del codice di procedura penale. Tale disciplina, in conformità ai principi stabiliti dalla legge delega, tutela la riservatezza delle comunicazioni del difensore con il proprio assistito, prevedendo che, fermo restando il divieto di attività diretta di intercettazione con conseguente inutilizzabilità delle relative acquisizioni, nel caso di attività di ascolto in via anche solo occasionale sia vietata la verbalizzazione delle relative comunicazioni o conversazioni: il contenuto delle intercettazioni, infatti, non può essere trascritto neanche sommariamente». Il rinvio all'art.267, comma 4 è dunque improprio trattandosi di disposizione «che attiene soltanto alla procedura di scarto delle conversazioni irrilevanti e non certo a quelle inutilizzabili».

Con riguardo alla condizione n. 2) inerente le modalità di trasmissione degli atti delle operazioni al pubblico ministero, la Commissione ha sollecitato l'eliminazione dell'inciso «se pure oggetto di proroga» all'art.268 onde consentire anche all'esito delle operazioni la revisione del materiale intercettato. Come osservato dalla Commissione: «la periodica trasmissione all'archivio riservato di atti e registrazioni mentre ancora le intercettazioni sono in corso, perché prorogate, può però rappresentare, come è stato evidenziato, un ostacolo per

l'efficacia delle indagini, nella misura in cui può rendere più difficoltoso l'esame del seguito dell'ascolto in assenza delle risultanze del periodo o dei periodi precedenti. A tal proposito può osservarsi che il criterio di delega impone che il materiale intercettativo, in specie quello irrilevante e quindi non contenuto nei verbali, sia custodito in apposito archivio riservato fino al momento di conclusione della procedura acquisitiva (art. 1, comma 84, lett. a), n. 2), a protezione rafforzata della segretezza. Tale criterio, tuttavia, non impone anche che verbali e registrazioni siano sempre periodicamente trasmessi dalla polizia giudiziaria delegata al pubblico ministero delegante».

La condizione è stata sostanzialmente accolta con i dovuti adattamenti. Le esigenze prospettate dalla Commissione, infatti, possono essere tutelate senza rivedere l'obbligo della polizia giudiziaria delegata alle operazioni di trasmissione periodica degli atti allo scadere di ogni proroga, funzionale al controllo delle operazioni. Sarà infatti cura del pubblico ministero, titolare delle indagini, consentire che l'ufficiale delegato, nella sussistenza di specifiche ragioni investigative collegate alla complessità delle attività in corso, possa ritardarne la trasmissione con apposito decreto. Ciò allo scopo di permettere tutte quelle attività di consultazione anche funzionali al riascolto che non possono darsi per scontate in quanto discendono dalla natura oggettivamente complessa delle indagini, valutabile dal titolare delle stesse.

La valutazione delle esigenze investigative così prospettate resta dunque in capo al pubblico ministero, non diversamente con riguardo a quanto previsto in tema di trascrizione o meno di determinate conversazioni.

Il bilanciamento necessario tra esigenze di investigazione e tutela del segreto, anche in funzione di riservatezza, si coglie con la modifica al comma 4 dell'articolo 268 novellato dove è espressamente previsto che il pubblico ministero con decreto possa ritardare la trasmissione dei verbali e delle registrazioni, normalmente e di regola destinate all'archivio riservato, allo scadere del termine delle operazioni, anche quando prorogato. Sarà in ogni caso cura del delegante prescrivere eventualmente modalità particolari di conservazione dei dati, se necessario.

A questo riguardo si deve rilevare che nessun *vulnus* alle indagini può derivare dalla previsione in esame, tanto più che è comunque sempre consentito anche successivamente il riascolto del materiale intercettato, interamente custodito dal pubblico ministero, né è ipotizzabile, laddove sia ordinato il ritardo nella trasmissione, un pregiudizio per la riservatezza. Gli ufficiali di polizia giudiziaria agiscono come delegati del pubblico ministero e sono tenuti al segreto sulle attività svolte e al rispetto delle ulteriori prescrizioni che il pubblico ministero vorrà adottare in funzione di tutela dello stesso, tutte le volte che la trasmissione degli atti all'archivio riservato sia differita per specifiche necessità investigative in deroga al principio generale.

Accogliendo la condizione 3) si è inteso attribuire alle difese un termine più ampio per l'esame del materiale intercettato, una volta che questo sia stato depositato. Pertanto è stato modificato l'articolo 3 lettera b) dello schema di decreto, nella parte in cui introduce l'art.268 ter c.p.p. indicando in dieci giorni dall'avviso di deposito il termine ivi originariamente indicato in cinque giorni dall'avvenuto deposito, si è inoltre aderito all'indicazione circa la prorogabilità di detto termine in ragione della quantità del materiale investigativo raccolto e della sua complessità.

L'accoglimento della condizione in esame si inserisce nella prospettiva più ampia di revisione delle condizioni di accesso agli atti da parte della difesa, rispetto all'impianto originario dello schema di decreto.

E in effetti la circostanza che il meccanismo previsto nel decreto scinde il momento dell'acquisizione delle conversazioni rilevanti da quello della loro trascrizione in forma di

perizia, affidata al successivo dibattimento, rende ragionevole la rivisitazione della scelta originariamente perseguita. Si consente, pertanto, il rilascio di copia dei verbali di trascrizione sommaria (quella effettuata dalla polizia giudiziaria in corso di operazioni), una volta disposta la acquisizione ad opera del giudice con pressoché definitiva espulsione, salvo recupero in udienza preliminare o in dibattimento, del materiale sicuramente irrilevante.

La mancanza di trascrizione in forma di perizia fino al dibattimento, infatti, potrebbe pregiudicare la difesa nelle scelte e nelle prerogative precedenti al rinvio a giudizio.

Nella medesima visione se l'acquisizione è stata effettuata con l'emissione di ordinanza cautelare si interviene allo stesso modo sulla formulazione dell'art.293 come modificato in decreto. Oltre infatti a quanto sopra sostenuto circa il disallineamento dei tempi per ottenere la trascrizione peritale, il divieto di ottenere copia è destinato comunque a cadere in tempi brevi, ove presentato ricorso davanti al tribunale del riesame, stante l'attuale formulazione dell'art.309 comma 8 c.p.p. circa il diritto ad ottenere copia di tutti gli atti a sostegno della misura depositati presso la cancelleria del tribunale.

Sono accolte pertanto le condizioni 4), 5) e 6) tutte incidenti sul diritto dei difensori, oltre che di accesso alle registrazioni, di ottenere copia dei verbali di trascrizione delle conversazioni e comunicazioni che all'esito della procedura acquisitiva siano state ritenute rilevanti.

L'accoglimento dell'osservazione inerente la modifica dell'art.114 c.p.p. è strettamente conseguente alla rivisitazione dello schema di decreto secondo le linee sopra indicate. Come osservato dalla II Commissione della Camera «certamente da condividere è la scelta di affidare al giudice della cautela un compito di eliminazione dell'irrilevante analogo a quello che spetta al giudice della procedura selettiva, anche se, in questo caso, si tratta di una cernita che avviene necessariamente senza contraddittorio con la difesa».

Tenuto quindi conto che «rispetto alla normativa vigente, la riforma specifica che, tanto nella richiesta del pubblico ministero quanto nell'ordinanza del giudice che concede la misura, possono essere riprodotti solo i brani essenziali delle comunicazioni intercettate, che risultino necessari a sostenere la richiesta del pubblico ministero o a motivare la decisione del giudice», si deve ragionevolmente concludere che l'ordinanza, una volta eseguita o notificata, non può essere coperta dal segreto "interno" alle indagini, possa essere pubblicata.

Il n.2 della lettera a) del comma 84 dell'unico articolo della legge delega fa espressa menzione dell'art.114 c.p.p. per indicare che, con la conclusione della procedura di cui all'articolo 268 commi 6 e 7 c.p.p., viene meno il segreto e quindi il divieto di pubblicazione.

A seguito delle modifiche recate dal presente schema, tale momento si individua nell'esito della procedura di acquisizione al fascicolo dei soli atti rilevanti raccolti a seguito delle operazioni di intercettazione. Infatti il modello predisposto con i nuovi articoli 268-bis, 268-ter e 268-quater è integralmente sostitutivo della procedura di stralcio menzionata in delega.

Si consideri poi che le disposizioni dell'art.114 c.p.p., che regolano divieti ed ambiti della pubblicazione, sono connesse a quelle dell'art.329 c.p.p., che, invece, stabiliscono quali siano –e fino a quando lo siano– gli atti coperti da segreto.

La legge di delega, dunque, nel fare richiamo all'art.114, presuppone che all'esito della procedura di selezione il materiale raccolto con l'attività di intercettazione non sia più sottoposto a segreto – ad eccezione del materiale utilizzato in sede cautelare, che fa ingresso nel fascicolo delle indagini per atto del pubblico ministero e non per provvedimento del giudice dell'acquisizione.

In questo senso, alla delega si è data attuazione con l'espressa previsione dell'articolo 268-quater comma 3, c.p.p., ove si chiarisce che, con l'ordinanza di acquisizione gli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazione non sono più coperti da segreto e sono, pertanto, sottratti all'archivio riservato, luogo processuale del segreto, per essere inseriti nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5.

Così ricostruito il sistema volto a rafforzare i presìdi normativi a tutela, da un lato, della riservatezza delle persone coinvolte dai risultati intercettativi e, dall'altro, della efficacia ed efficienza delle indagini condotte dal pubblico ministero, lo schema di fa carico di attuare anche la previsione di delega, contenuta nel comma 84 lettera c), ove si dispone che si tenga conto "delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione".

L'interpolazione dell'articolo 114, comma 2, c.p.p., sollecitata dal parere sin qui esaminato, è funzionale a stabilire il principio che il divieto di pubblicazione degli atti non più coperti da segreto, fino alla conclusione delle indagini ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, non riguarda l'ordinanza cautelare, che, quindi, cessato il segreto, è pubblicabile senza ulteriori indugi.

In tal modo si realizza il necessario equilibrio nel bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, ossia l'efficienza investigativa direttamente connessa all'obbligatorietà dell'azione penale, la riservatezza delle persone coinvolte dalle operazioni di intercettazione e la libertà di stampa con il connesso diritto all'informazione.

Non v'è allora ragione per sottrarre l'ordinanza cautelare elaborata secondo i nuovi criteri, che impongono cautela nell'inserimento nella relativa motivazione dei contenuti delle intercettazioni, alla possibilità di pubblicazione, in vista proprio del rafforzamento del diritto all'informazione.

Con la sua esecuzione o notificazione viene infatti meno il segreto e conservare il divieto di pubblicazione "fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare" appare irragionevole alla luce delle modifiche recate dal presente schema di decreto.

Ed infatti, se all'acquisizione ordinaria consegue la possibilità di pubblicazione, il meccanismo di acquisizione predisposto per il caso di procedimento cautelare risponde alle medesime esigenze di tutela della riservatezza: esclusione di ogni conversazione irrilevante, di ogni riferimento inutile a terzi estranei o da cui si ricavano dati sensibili.

L'ordinanza è inoltre depurata anche sul piano grafico da citazioni inessenziali delle conversazioni che fondano il quadro indiziario e cautelare, elementi ulteriori questi che giustificano la possibilità di pubblicazione secondo un modello del tutto trasparente, fondato su una precisa disposizione di legge e in maniera del tutto analoga a quanto stabilito ove il materiale raccolto a seguito di intercettazione non sia posto a fondamento di una misura cautelare, ma fondi richieste diverse nell'ambito del procedimento (richiesta di rinvio a giudizio, richiesta di decreto di giudizio immediato ecc.).

Occorre però sperimentare sul campo l'efficacia del nuovo modello di elaborazione dell'ordinanza, sicché è opportuno che la modifica dell'articolo 114 sulla immediata pubblicabilità acquisiti efficacia dopo un certo lasso temporale dall'entrata a regime delle innovazioni normative. Per tale ragione si dispone che la novella dell'articolo 114 acquisti efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto.

Le ulteriori modifiche al testo discendono dall'accoglimento delle osservazioni della II Commissione della Camera volte a puntualizzare le modalità di esercizio del diritto di accesso all'archivio riservato, disciplinato dal novello art.89 bis disp. att. c.p.p.

Come osservato infatti «il comma 3 del medesimo articolo 89 bis dispone, inoltre, che oltre agli ausiliari autorizzati dal pubblico ministero (dovendosi a tal proposito precisare che nella categoria degli ausiliari rientrano anche gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto), al predetto archivio possono avere accesso, secondo quanto stabilito dal codice, il giudice che procede e i suoi ausiliari, il pubblico ministero e i suoi ausiliari, nonché i difensori delle parti, assistiti, se necessario, da un interprete; tale disposizione deve interpretarsi, come già osservato in riferimento all'articolo 269, comma 1, del codice di procedura penale, nel senso di ritenere che il difensore dell'imputato, per l'esercizio dei suoi diritti e facoltà, possa accedere all'archivio riservato in ogni stato e grado del procedimento».

Quanto alle modalità di gestione dell'archivio affidato alla vigilanza di ciascun procuratore della Repubblica la previsione che essa possa essere effettuata con modalità informatiche è quanto mai opportuna, dacché molti uffici giudiziari già operano esclusivamente con documenti digitalizzati.

Come rilevato nel parere «se, infatti, le registrazioni già oggi sono costituite da *files*, anche la parte “documentale” dell'archivio, previa digitalizzazione o previa creazione di verbali e annotazioni già in origine digitali, può essere gestita con analoghe modalità, facendo dunque dell'archivio riservato un luogo non necessariamente fisico, con evidenti ricadute positive sia in termini di gestione che di costi anche con riguardo all'accesso ai *files*. Già infatti il regime di accesso è disciplinato attraverso l'istituzione di registro informatico e, ove le condizioni tecnologiche lo consentano, la fruizione stessa dei *files* contenenti registrazioni e verbali potrebbe essere consentita mediante accesso virtuale piuttosto che fisico».

Quanto infine all'attuazione della riforma dell'archivio informatico le opportune disposizioni regolamentari circa le modalità di accesso (cautele, presidi di sicurezza anche informatica ecc.) sono affidate al Ministero della giustizia apparendo opportuno «per impedire l'impropria diffusione del materiale ivi custodito, nonché con riferimento all'istituzione di un registro informatico. Al fine di assicurare la sicurezza dei sistemi informativi, si profila, quindi, l'opportunità di adottare specifiche linee guida da adottarsi con successivo decreto ministeriale, sentito il Garante della protezione dei dati personali» (si veda al riguardo l'osservazione di cui al penultimo capoverso del parere).

In ordine alle condizioni poste dalla 2^a Commissione Giustizia del Senato della Repubblica non si è inteso accogliere quelle indicate alle lettere a), b), d) ed e) del relativo parere per quanto di seguito illustrato.

La condizione di cui alla lettera a) non può essere accolta perché raccomanda una modifica del testo dello schema – all'articolo 2, comma 1, lett. b) – in senso difforme dalla previsione della legge di delega.

La legge, all'articolo 1, comma 84, lett. a), n. 5) prescrive che non siano trascritte nei verbali le conversazioni o comunicazioni inutilizzabili, quelle non pertinenti all'accertamento delle responsabilità per il reato per cui si procede (o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini) che contengano dati personali sensibili, e quelle irrilevanti ai fini delle indagini; precisa a tal proposito che, in luogo della trascrizione del contenuto, siano indicati nel verbale data, ora e apparato su cui la registrazione è intervenuta, “previa informazione al pubblico ministero, che ne verifica la rilevanza...autorizzandone, in tal caso, la trascrizione”.

Lo schema di decreto dà puntuale attuazione al criterio direttivo, prevedendo che l'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto provveda a non trascrivere il contenuto delle conversazioni o comunicazioni appena sopra indicate, "informando preventivamente il pubblico ministero".

L'informazione al pubblico ministero deve intervenire prima che siano compiuti gli adempimenti relativi alla formazione del verbale, appunto per dare modo al pubblico ministero di valutare se nel verbale vada trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle conversazioni o comunicazioni.

La sostituzione dell'avverbio "preventivamente" con quello "tempestivamente", oltre a segnare una difformità dal preciso criterio di delega, renderebbe assai poco comprensibile quale debba essere la collocazione temporale dell'informativa.

La tempestività potrebbe essere apprezzata anche se l'informativa fosse immediatamente successiva alla redazione del verbale; ma se l'ufficiale di polizia giudiziaria potesse informare il pubblico ministero dopo aver formato il verbale trascrivendo il contenuto della conversazione o comunicazione oggetto di sindacato di irrilevanza, vanificherebbe l'intervento del pubblico ministero che, di fronte ad un verbale già formato con trascrizione di un contenuto irrilevante, non avrebbe modo di esercitare il potere che la legge di delega chiaramente gli attribuisce, ossia di verificare la rilevanza della conversazione o comunicazione, "autorizzandone, in tal caso, la trascrizione".

La condizione, quindi, non coglie pienamente il senso del criterio direttivo che qui viene in rilievo, che è di consentire l'intervento del pubblico ministero prima che sia formato il verbale, proprio per orientarne la redazione.

La condizione di cui alla lettera b) non può essere accolta perché raccomanda una modifica del testo dello schema – all'articolo 2, comma 1, lett. c), n. 1) – in senso difforme dalla previsione della legge di delega.

La legge, all'articolo 1, comma 84, lett. a), n. 5) prescrive che non siano trascritte nei verbali le conversazioni o comunicazioni inutilizzabili, quelle non pertinenti all'accertamento delle responsabilità per il reato per cui si procede (o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini) che contengano dati personali sensibili, e quelle irrilevanti ai fini delle indagini.

Il criterio selettivo a cui ci si deve attenere nella formazione dei verbali (cd. brogliacci di ascolto) è, all'evidenza, quello della irrilevanza ai fini delle indagini, nel cui ambito ricade – senza significative diversità in questa prospettiva – la qualificazione di non pertinenza all'accertamento delle responsabilità che, nella legge di delega, attiene specificamente alla conversazioni o comunicazioni che contengano dati personali sensibili.

Non v'è alcun riferimento, nella legge di delega alla manifesta irrilevanza, sicché la condizione, ove accolta, determinerebbe uno scollamento che non sarebbe soltanto di formula letterale.

La legge di delega non fa menzione della manifesta irrilevanza per l'essenziale ragione che vuol limitare la quantità di conversazioni o comunicazioni oggetto di trascrizione nei verbali.

Il rischio di lesione ai diritti alla riservatezza sarebbe infatti maggiore se anche materiale irrilevante, pur se non manifestamente irrilevante, fosse oggetto di trascrizione.

Il criterio della manifesta irrilevanza potrebbe avere legittimazione in un sistema che riconoscesse alla polizia giudiziaria delegata all'ascolto un potere decisorio di filtro. Privi della

direzione delle indagini, non potrebbero che riferirsi ad un criterio capace di scartare soltanto il materiale macroscopicamente estraneo alle indagini medesime.

La legge di delega, invece, conferma una scelta già operata dal codice di rito, assegnando ogni decisione al pubblico ministero.

Il pubblico ministero, chiamato a decidere – almeno nei casi dubbi – se una tal comunicazione o conversazione sia da trascrivere, ben può e deve utilizzare il criterio della non rilevanza, per scartare il materiale che non giova alle indagini e rendere così effettivo il disegno riformatore compiutamente delineato dalla legge di delega.

Con riguardo alla condizione di cui alla lettera d) essa non è accolta, perché la legge di delega, all'articolo 1, comma 84, lett. a), impone al delegato di definire “una precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti”,

Lo stesso comma, lett. a), al n. 2) aggiunge che il materiale intercettato è custodito in apposito archivio riservato sino al “momento di conclusione della procedura di cui all'articolo 268, commi 6 e 7, del codice di procedura penale...”.

Il richiamo alle attuali disposizioni contenute nei commi 6 e 7 dell'articolo 268 del codice di procedura penale non può essere letto come vincolo per il delegato di mantenere quella disciplina, perché una siffatta interpretazione della delega vanificherebbe il significato innovativo del criterio che obbliga a definire una “precisa scansione procedimentale per la selezione del materiale intercettativo”.

Il riferimento, allora, deve intendersi quale richiamo alla procedura giudiziale di selezione, e non a quella specifica procedura che oggi il codice di rito delinea e che deve essere oggetto di modifica proprio in attuazione di altro concorrente criterio direttivo.

Tanto premesso, occorre aggiungere che l'attuale disciplina contenuta nei commi 6 e 7 dell'articolo 268 c.p.p. non prevede, in termini chiari ed inequivoci, un momento di udienza. Nel comma 6 si afferma che il giudice procede, anche di ufficio, allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e che il pubblico ministero e i difensori “hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima”.

La legge non dice che questo diritto di partecipazione alle operazioni di stralcio debba concretizzarsi in un diritto di prendere parte ad una apposita udienza; la partecipazione alle operazioni di stralcio può, infatti, essere declinata in termini di interlocuzione meramente cartolare.

Sono state le incertezze interpretative in ordine alla fisionomia dell'attuale procedura di acquisizione e stralcio ad averne comportato la scarsa effettività e ad aver indotto il legislatore alla costruzione di una nuova e diversa procedura.

I tratti indefettibili del modello che il legislatore delegato è chiamato a definire sono costituiti dal contraddittorio tra le parti, che implica la presenza decisoria del giudice, e dalla scansione ordinata della progressione procedimentale. Ciò si desume chiaramente dal criterio direttivo di cui alla lettera a) del comma 84 dell'articolo 1 della legge di delega.

Non v'è allora alcun impedimento, nella legge di delega, alla costruzione di un meccanismo che preveda l'udienza di selezione come momento eventuale all'interno di una procedura scandita nella sua evoluzione dal rigoroso rispetto del contraddittorio tra le parti in vista della decisione del giudice.

La condizione di cui alla lettera e) non è accolta, per ragioni sovrapponibili a quelle già svolte nel dare conto del mancato accoglimento della condizione di cui alla lettera d). Si è detto che il richiamo ai commi 6 e 7 dell'articolo 268 c.p.p. non può essere letto come vincolo per il

legislatore delegato a mantenere l'attuale modello procedimentale di stralcio, acquisizione e quindi trascrizione del materiale intercettato. Se fosse come affermato dalla Commissione Giustizia del Senato si dovrebbe concludere, in modo non ragionevole, che il venire meno del divieto di cui all'articolo 114, comma 1, c.p.p., e quindi del divieto di pubblicazione per persistenza del segreto, coincida con l'ultimazione della procedura di trascrizione nelle forme della perizia delle registrazioni acquisite in quanto utilizzabili e rilevanti. Ed invece, se si pone attenzione al criterio direttivo di cui al numero 3) – della lettera a), comma 81, articolo 1 della legge di delega – ci si avvede chiaramente che il richiamo dell'attuale comma 7 dell'articolo 268 c.p.p. non ha il significato di imporre una successione temporale, senza soluzione di continuità, tra acquisizione del materiale intercettato utilizzabile e rilevante e trascrizione nelle forme della perizia.

Si afferma nell'indicato numero 3) che “successivamente alla conclusione di tale procedura...” – ove il richiamo alla procedura è a quella indicata al numero 2) come “procedura di cui all'articolo 268, commi 6 e 7, del codice di procedura penale” – i difensori delle parti possono “ottenere copia degli atti e trascrizione in forma peritale delle intercettazioni”.

È allora chiaro ed inequivoco che la trascrizione in forma peritale non è tassello essenziale e indefettibile della procedura acquisitiva, proprio perché il criterio direttivo di cui al numero 3) la pone cronologicamente al di fuori – successivamente – della procedura di acquisizione che fa venire meno il segreto, e quindi il divieto di pubblicazione, sugli atti che ne sono oggetto.

La dislocazione in fase dibattimentale della trascrizione in forma peritale risponde ad una finalità di economia di risorse ed efficienza del sistema.

Già oggi la prassi giudiziaria assolutamente prevalente è nel senso di rinviare la trascrizione in forma peritale al dibattimento, potendo il materiale costituito dai verbali (cd. brogliacci di ascolto) essere pienamente utilizzato per le decisioni di udienza preliminare e di definizione con rito speciale (patteggiamento e giudizio abbreviato). La realtà giudiziaria segnala la rilevante diseconomia che una diversa interpretazione – tale da imporre la trascrizione in forma peritale ancor prima che l'indagato/possa optare per un rito speciale – comporterebbe.

Nulla poi impedisce che l'imputato, richiesto il rito abbreviato, possa condizionare la richiesta alla specifica acquisizione probatoria costituita dalla richiesta di trascrizione in forma peritale di tutto o di parte del materiale intercettato presente al fascicolo processuale, perché il sistema delineato dallo schema di decreto costruisce la trascrizione come oggetto di una richiesta probatoria di parte.

Le condizioni di cui alle lettere c) e f) sono accolte, con le modifiche, rispettivamente, dell'articolo 3, comma 1, lettera b) e lettera g) dello schema di decreto, sulla base degli analoghi rilievi svolti dalla Camera dei Deputati di cui si è dato sopra conto, con riguardo ai termini, più ampi e prorogabili, per l'esame degli atti depositati e al diritto di copia in capo ai difensori.

Con riguardo alle osservazioni formulate dalla 2^a Commissione Giustizia del Senato della Repubblica, valgono per quella di cui alla lettera a) le analoghe considerazioni svolte sopra in relazione alla condizione n.2 della Camera.

Quanto all'osservazione di cui alla lettera b) è recepita, con la modifica dell'articolo 3 lettere a) e h), trattandosi di coordinare i rinvii contenuti rispettivamente negli articoli 242 e 295 c.p.p. alle nuove norme che disciplinano la trascrizione in forma di perizia, da un lato, e la selezione degli atti inerenti le operazioni di intercettazione, dall'altro.

All'osservazione di cui alla lettera c) si è data sostanziale adesione mediante espressa previsione dell'adozione di decreto ministeriale che stabilisca le modalità di accesso

all'archivio riservato in funzione di tutela della riservatezza (vedi articolo 7 comma 3 dello scherma di decreto).

Non si è inteso aderire alla osservazione di cui alla lettera d) dal momento che l'archivio riservato è espressamente menzionato nell'art.269 c.p.p. e la disciplina di dettaglio, in punto di accesso e tenuta del medesimo archivio, trova la sua naturale e più opportuna collocazione nel norme di attuazione del codice di procedura penale, che già all'articolo 89 disciplina le modalità di redazione degli atti relativi alle operazioni di intercettazione destinati ad essere custoditi proprio nell'archivio in esame.

La modifica proposta dell'articolo 7 comma 1 dello schema (osservazione di cui alla lettera e) non è accolta. Nell'individuare da parte del Ministero programmi informatici che corrispondano agli standard di sicurezza imposti dalla norma primaria, il parere del Garante in funzione di tutela dei diritti alla riservatezza può ritenersi superfluo, tanto più che esso è richiesto per disciplinare l'accesso all'archivio riservato.

Quanto infine alla sostituzione proposta con la osservazione di cui alla lettera f), l'articolo 9 dello schema di decreto stabilisce che la riforma troverà applicazione decorso centottanta giorni dalla sua entrata in vigore, termine questo del tutto congruo per consentire anche a seguito dell'emanazione del decreto che detta norme attuative in materia di archivio informatico, la migliore organizzazione degli uffici di procura, come già sopra sostenuto (vedi § 26).

Si dà atto infine che, ai sensi dell'articolo 1 comma 83 della legge 23 giugno 2017, n.103, lo schema di decreto è stato ulteriormente trasmesso alle Camere dopo la seconda deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri.

La II Commissione della Camera dei Deputati ha espresso, quindi, parere favorevole, senza ulteriori osservazioni, mentre la 2ª Commissione del Senato della Repubblica non ha espresso parere definitivo e tuttavia è decorso il relativo termine.

Non sono stati avanzati rilievi sotto il profilo finanziario dalle Commissioni competenti in materia, avendo la 5ª Commissione permanente del Senato della Repubblica espresso parere non ostativo.