

## LE INNOVAZIONI PREVISTE DALLA LEGGE ANTICORRUZIONE IN TEMA DI INTERCETTAZIONI CON CAPTATORE INFORMATICO (\*)

di Lucio Camaldo

SOMMARIO: 1. Nuovi innesti normativi in materia di intercettazioni ambientali tramite captatore informatico. – 2. L'utilizzo "sempre consentito" del *trojan* nelle intercettazioni domiciliari relative ai gravi delitti in danno della pubblica amministrazione. – 3. I presupposti del decreto autorizzativo in deroga alla disciplina ordinaria: l'ambigua formulazione della norma. – 4. Qualche ulteriore riferimento alla precedente riforma delle intercettazioni e alcuni rilievi critici. – 5. Quel che resta dell'art. 6 d.lgs. n. 216/2017: il regime speciale che accomuna reati di criminalità organizzata e delitti contro la pubblica amministrazione. – 6. Riflessioni conclusive: lacune e problemi applicativi della normativa riformata.

### 1. Nuovi innesti normativi in materia di intercettazioni ambientali tramite captatore informatico.

Con la l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. legge "spazza-corrotti" o "anticorruzione")<sup>1</sup>, entrata in vigore il 31 gennaio 2019, sono state introdotte, come è noto, svariate misure, volte ad «affrontare in modo efficace il fenomeno corruttivo e, in generale, per assicurare una maggiore incisività all'azione di contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione»<sup>2</sup>, sia sul piano del diritto penale sostanziale, specialmente tramite l'inasprimento sanzionatorio in relazione a talune specifiche tipologie delittuose e la previsione di una più severa disciplina delle pene accessorie, sia sotto il profilo investigativo e processuale, con la modifica di alcune disposizioni del codice di procedura penale e della l. 16 marzo 2006, n. 146, in tema di operazioni sotto copertura<sup>3</sup>.

---

(\*) Contributo destinato al volume *La c.d. legge anticorruzione. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di C. Iasevoli, Cacucci, Bari, 2019 (in corso di stampa).

<sup>1</sup> Cfr. l. 9 gennaio 2019 n. 3, recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», in *G.U.*, 16 gennaio 2019, n. 13.

<sup>2</sup> Si veda la Relazione di accompagnamento al Disegno di legge n. 1189, presentato alla Camera il 24 settembre 2018 dal Ministro della Giustizia Bonafede, reperibile sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>3</sup> Per una prima analisi delle principali novità, in ambito processuale, apportate dalla l. n. 3/2019, v. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 3, p. 1 ss.; A. DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica penale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 2, p. 281 ss. Tra gli interventi più significativi spiccano la previsione dell'applicabilità delle sanzioni accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione anche in caso di

Nell'ambito di tale ampio provvedimento legislativo, sono particolarmente interessanti le innovazioni concernenti la disciplina processuale in materia di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni tra presenti, mediante installazione del captatore informatico<sup>4</sup> su dispositivo elettronico portatile, già oggetto di precedenti e significativi interventi ad opera del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216<sup>5</sup>, la cui applicazione, ad eccezione di alcune disposizioni dotate di efficacia immediata<sup>6</sup>,

---

applicazione della pena concordata, ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p., che non superi i due anni di pena detentiva, soli o congiunti a pena pecuniaria, per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione; l'introduzione di tecniche investigative speciali, attraverso l'estensione al contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione della disciplina delle operazioni sotto copertura, previste dall'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 146; l'estensione dei poteri di accertamento del giudice dell'impugnazione, a fronte dell'estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, ai fini della decisione sulla confisca *ex art. 322-ter* c.p., nonché l'attribuzione al tribunale di sorveglianza della competenza per la decisione sull'estinzione delle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, conseguenti a condanna per taluni più gravi delitti contro la pubblica amministrazione, alle condizioni previste dal nuovo comma 7 dell'art. 179 c.p.

<sup>4</sup> Si tratta di un *malware* «occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva», v. *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017*, consultabile sul sito internet [www.camera.it](http://www.camera.it), p. 10. Sul tema, v. P. RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 101 ss.; M. BONTEMPELLI, [Il captatore informatico in attesa della riforma](#), in questa *Rivista*, 20 dicembre 2018; L. PALMIERI, [La nuova disciplina del captatore informatico tra esigenze investigative e salvaguardia dei diritti fondamentali. Dalla sentenza "Scurato" alla riforma sulle intercettazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 60 ss.; R. ORLANDI, *Usi investigativi dei cosiddetti captatori informatici. Criticità e inadeguatezza di una recente riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 544 ss.; S. SIGNORATO, *Modalità procedurali dell'intercettazione tramite captatore informatico*, in G. Giostra - R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 269 ss. Uno dei punti cardine della riforma sulle intercettazioni del dicembre 2017 (d.lgs. n. 216/2017) è rappresentato proprio dalla disciplina sull'impiego del captatore informatico, quale strumento dallo straordinario potenziale investigativo, già ampiamente diffuso nella prassi investigativa degli ultimi anni, ma sino ad allora privo di una regolamentazione a livello normativo. Tuttavia, la novella del 2017 si è limitata a prendere in considerazione il solo caso di inoculazione del *trojan* su dispositivo elettronico portatile, al fine di consentire l'esecuzione delle intercettazioni tra presenti, tralasciando di occuparsi dell'uso del captatore come mezzo destinato a finalità ulteriori, quali, a titolo esemplificativo, effettuare perquisizioni *online*, attivare la *webcamera*, acquisire il contenuto di comunicazioni e conversazioni intrattenute mediante applicazione di *instant messaging* (*facebook, instagram, telegram*), nonché decifrare le digitazioni effettuate sulla tastiera collegata al sistema (funzione di *keylogger*). Con riferimento alle molteplici modalità di utilizzo, a fini processuali, del captatore informativo, v. R. BRIGHI, *Funzionamento e potenzialità investigative del malware*, in G. Giostra - R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 221 ss.

<sup>5</sup> V. d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante «Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103», in *G.U.*, 11 gennaio 2018, n. 8.

<sup>6</sup> L'art. 6 d.lgs. 216/2017, immediatamente operativo dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ossia dal 26 gennaio 2018, prevede che «nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, determinata a norma dell'art. 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui all'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203».

prevista inizialmente per il 26 luglio 2018<sup>7</sup>, è stata poi rinviata «dopo il 31 marzo 2019»<sup>8</sup>, ulteriormente prorogata al 31 luglio 2019 e, infine, rimandata «dopo il 31 dicembre 2019»<sup>9</sup>.

In particolare, gli artt. 2 e 3, lett. a) e b), del disegno di legge “spazza-corrotti”, poi confluiti, inalterati nel loro contenuto, nell’art. 1, comma 3 e comma 4, lett. a) e b) della l. n. 3/2019, incidono sull’assetto normativo delineato dagli artt. 266, comma 2-*bis*, e 267, comma 1, c.p.p., estendendo il campo applicativo della disciplina “speciale” sulle intercettazioni eseguite mediante inserimento del captatore informatico, precedentemente contemplata (soltanto) per i delitti di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., anche ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione<sup>10</sup>, puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell’art. 4 c.p.p.<sup>11</sup>

È opportuno ricordare, a tal riguardo, che la novella sulle intercettazioni del 2017 ha previsto una disciplina bipartita in materia di captazioni occulte tra presenti con immissione della spia elettronica, confermando, anche in tale settore, il regime differenziato tra delitti di criminalità organizzata e reati “comuni”.

Nello specifico, il comma 2-*bis* dell’art. 266 c.p.p., introdotto *ex novo* dal d.lgs. n. 216/2017, prevede che, nei procedimenti per i delitti di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., in relazione ai quali trova già applicazione la disciplina derogatoria *ex art.* 13 d.l. n. 152/1991<sup>12</sup>, le intrusioni con impiego del captatore informatico nei luoghi di privata dimora sono «sempre» consentite<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> V. art. 9, comma 1, d.lgs. 216/2017, ove si stabilisce che «le disposizioni di cui agli articoli 2, 3, 4, 5 e 7 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto».

<sup>8</sup> Cfr. art. 2, comma 1, d.l. 25 luglio 2018, n. 91, in *G.U.*, 25 luglio 2018, n. 171, entrato in vigore il 27 luglio 2018.

<sup>9</sup> V. art. 1, comma 1139, lett. a), n. 1, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (c.d. legge di bilancio 2019), in *G.U.*, 31 dicembre 2018, n. 302, Suppl. ord., n. 62. Successivamente, in relazione all’ultimo rinvio, v. d.l. 14 giugno 2019, n. 53, Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, in *G.U.* 14 giugno 2019 n. 138.

<sup>10</sup> Restano, dunque, esclusi i reati commessi da incaricati di pubblico servizio o da esercenti servizi di pubblica necessità, nonché quelli commessi da privati nei confronti della pubblica amministrazione.

<sup>11</sup> Ai sensi dell’art. 4 c.p.p., si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, senza tenere conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.

<sup>12</sup> Ai sensi dell’art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., in l. 12 luglio 1991, n. 203, in deroga a quanto disposto dall’art. 267 c.p.p., l’autorizzazione a disporre le intercettazioni, in relazione ai delitti di criminalità organizzata, nonché di minaccia col mezzo del telefono, è concessa quando sussistano «sufficienti indizi» e qualora sia «necessaria per lo svolgimento delle indagini». Nel caso di intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora indicati dall’art. 614 c.p., le operazioni sono consentite «anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l’attività criminosa». In dottrina, v. D. MANZIONE, *Una normativa d'emergenza per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. n. 152/91 e l. n. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 852.

<sup>13</sup> A tal riguardo, v. G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di “grande criminalità” e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 140.

In tali ipotesi, si prescinde, dunque, dalla sussistenza del requisito aggiuntivo, integrato dal fondato motivo di ritenere che in detti luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa, che è invece indispensabile per l'autorizzazione delle intercettazioni nei luoghi domiciliari, qualora si proceda per i reati che esulano dall'elenco contenuto nello statuto speciale della criminalità organizzata<sup>14</sup>.

Inoltre, con riferimento alla motivazione del decreto autorizzativo di cui all'art. 267 c.p.p., nei casi in cui si proceda per reati "comuni", è necessario che il giudice per le indagini preliminari indichi, oltre alle ragioni che hanno determinato il ricorso al captatore informatico, anche «i luoghi e il tempo» di attivazione del microfono-spia, e ciò al fine di assicurare un controllo giurisdizionale più pregnante sui movimenti del dispositivo bersaglio.

Al contrario, la predeterminazione delle coordinate spazio-temporali, entro cui si presume avverranno gli spostamenti dell'apparecchio elettronico sotto controllo, risulta irrilevante se si procede per delitti di criminalità organizzata o con finalità terroristiche<sup>15</sup>.

Ancora, la duplice disciplina si riscontra pure nell'ambito dell'attivazione d'urgenza da parte dell'organo dell'accusa: il comma 2-bis dell'art. 267 c.p.p., anch'esso di nuova introduzione, stabilisce che, nei casi di urgenza, il pubblico ministero può disporre l'intercettazione tra presenti mediante *trojan* soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.

L'intervento normativo attuato con la l. n. 3/2019, in tema di intercettazioni ambientali mediante il mezzo insidioso del captatore informatico, si colloca, dunque, in tale scenario, avendo di mira la realizzazione di un'equivalenza tra le fattispecie di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e i gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

La *ratio* sottesa all'accostamento di queste ultime ipotesi criminose alla disciplina "a maglie larghe", dettata per i delitti di criminalità organizzata e terrorismo, pare riconducibile alla necessità di potenziare gli strumenti investigativi di accertamento e contrasto al dilagante fenomeno corruttivo.

Tale percorso di equiparazione, peraltro, era già stato intrapreso attraverso la semplificazione delle condizioni per l'impiego dello strumento intercettativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, operata dall'art. 6 d.lgs. n.

---

<sup>14</sup> V. art. 266, comma 2, ult. periodo, c.p.p., secondo cui le intercettazioni tra presenti, anche mediante l'inserimento di un captatore informativo, qualora avvengano nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., sono consentite «solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

<sup>15</sup> Sul punto, v. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, (dep. 1° luglio 2016), n. 26889, Scurato, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3546, nella parte in cui, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata, afferma che «il legislatore ha operato evidentemente uno specifico bilanciamento di interessi, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto della eccezionale gravità e pericolosità, per l'intera collettività» di tali reati, «bilanciamento che è sfociato, appunto, nella possibilità di effettuare, previa motivata valutazione del giudice, intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora a prescindere dalla dimostrazione che essi siano sedi di attività criminose in atto e, quindi, senza alcuna necessità di preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi stessi».

216/2017<sup>16</sup>, laddove, al primo comma, si rimanda alle disposizioni di cui all'art. 13 d.l. n. 152/91<sup>17</sup>, che contemplan una serie di deroghe alla disciplina ordinaria in materia di intercettazioni, su cui si tornerà in seguito (v., *infra*, § 5).

La spiccata gravità che sembra connotare gli specifici reati presi in considerazione dalla normativa di recente approvazione ha indotto, pertanto, il legislatore alla previsione di un regime processuale, circoscritto al tema delle intercettazioni, più blando e ancorato a presupposti applicativi meno stringenti rispetto a quelli richiesti nei procedimenti per i reati "comuni", allo scopo di agevolare l'accesso all'insidioso strumento investigativo.

## **2. L'utilizzo "sempre consentito" del *trojan* nelle intercettazioni domiciliari relative ai gravi delitti in danno della pubblica amministrazione.**

Venendo ora all'analisi delle singole modifiche introdotte dalla riforma "anticorruzione" nella sfera delle intercettazioni, preme, anzitutto, rilevare che l'art. 2 del disegno di legge – ora art. 1, comma 3, l. n. 3/2019 – abroga il secondo comma dell'art. 6 d.lgs. n. 216/2017, il quale stabiliva che «l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa».

Tale disposizione, seppur con qualche lieve discrepanza lessicale rispetto alla formulazione dell'art. 266, comma 2, c.p.p., dovuta all'utilizzo della doppia negazione, postulava il requisito ordinario dell'attività criminosa in atto nei luoghi di privata

---

<sup>16</sup> L'art. 6 d.lgs. n. 216/2017 è rubricato "Disposizioni per la 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". A tal proposito, v. *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017*, cit., p. 12, ove si afferma che «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».

<sup>17</sup> V., *supra*, nota n. 12. Sulle ragioni dell'equiparazione della disciplina in materia di intercettazioni dei reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione a quella speciale prevista per i reati "distrettuali", v. P. BRONZO, *Intercettazioni ambientali tramite captatore informatico*, in G. Giostra – R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 255 ss.; D. PRETTI, [Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2018, p. 226, il quale rileva come i più gravi reati ai danni della pubblica amministrazione siano «particolarmente invisibili all'opinione pubblica ed, al contempo, molto spesso altrettanto insidiosi per l'eguale incriminabilità dei partecipi all'accordo criminoso che costituisce uno schermo insuperabile se non al prezzo del sacrificio dell'altrui segretezza delle comunicazioni». In senso critico, si esprime, invece, F. RUGGIERI, *Le deroghe alla disciplina codicistica*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Cacucci, Bari, 2018, p. 97 ss., censurando «l'estensione a classi di reato disomogenee della disciplina derogatoria», operata con la riforma delle intercettazioni del dicembre 2017, nonché affermando che si tratta invero di «una categoria di reati che non ha alcuna affinità con quelli di criminalità organizzata».

dimora, quale presupposto indefettibile per autorizzare le intrusioni domiciliari mediante l'uso delle nuove tecnologie.

Si trattava, dunque, di una previsione che rifletteva la volontà del legislatore di arginare la portata derogatoria di quanto stabilito dall'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p. ai soli delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.<sup>18</sup>, in aperta adesione al principio di diritto espresso nella sentenza "Scurato" del Supremo Consesso nomofilattico<sup>19</sup>. Con tale pronuncia, infatti, le Sezioni Unite consentivano l'intercettazione tra presenti mediante *trojan*, a prescindere dall'attualità dell'attività criminosa nei luoghi domiciliari, limitatamente alle suddette tipologie delittuose, in ragione della particolare forza intrusiva del captatore informatico.

L'espressa abrogazione del secondo comma dell'art. 6 d.lgs. 216/2017<sup>20</sup> rappresenta il corollario dell'inserimento, ad opera dell'art. 3 lett. a) del disegno di legge, poi riprodotto nell'art. 1, comma 4, lett. a), l. n. 3/2019, di una sensibile modifica all'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., che prevede l'estensione della disciplina derogatoria, prevista per i delitti di criminalità organizzata, alla categoria dei reati contro la pubblica amministrazione, puntualmente individuati sulla base del criterio relativo all'entità del massimo edittale<sup>21</sup>.

L'attuale formulazione dell'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p. prevede dunque che le captazioni tra presenti mediante inoculazione della spia elettronica su dispositivo mobile (*smartphone, tablet, computer portatile*) «è sempre consentita», non soltanto per i delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., come previsto in origine dalla novella del 2017, ma anche – e in ciò risiede l'aspetto di assoluta novità – qualora si proceda per taluni reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

L'utilizzo dell'avverbio temporale «sempre» induce indubbiamente a ritenere che, per le suddette categorie criminose, l'intercettazione c.d. ambientale eseguita tramite il mezzo insidioso (*trojan*) è possibile anche all'interno dei luoghi di privata dimora (art. 614 c.p.)<sup>22</sup>, a prescindere dalla sussistenza della *suspicio perdurantis criminis*,

---

<sup>18</sup> Sul punto, la *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017*, cit., p. 10, precisa infatti che «l'uso del captatore informatico 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».

<sup>19</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, (dep. 1° luglio 2016), n. 26889, Scurato, cit. (v., *supra*, nota n. 15).

<sup>20</sup> Come si afferma nel *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 955*, «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici», novembre 2018, n. 85, p. 28, consultabile sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it), la disposizione in esame ha natura di coordinamento con quanto previsto dall'art. 266 c.p.p., come modificato dall'art. 3 del disegno di legge.

<sup>21</sup> Si tratta, come già detto, dei «delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4» (cfr. art. 266, comma 2-*bis*, ult. periodo, c.p.p.).

<sup>22</sup> Sulla nozione di luoghi di privata dimora, si veda l'intervento chiarificatore delle [Sezioni Unite, sent. 23 marzo 2017 \(dep. 22 giugno 2017\), n. 31345, D'Amico](#), in questa *Rivista*, 4 luglio 2017, secondo cui «vi rientrano esclusivamente i luoghi nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, che non

indispensabile, invece, per autorizzare le intrusioni domiciliari nelle ipotesi ordinarie ex art. 266, comma 2, c.p.p.<sup>23</sup>

È dunque evidente che, per effetto di tale modifica, aumenta sensibilmente il raggio d'azione della previsione derogatoria di cui all'art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., essendo la stessa ora applicabile non più soltanto nei confronti della ristretta cerchia dei delitti di competenza distrettuale, ma anche – lo si ribadisce – per quelli commessi dai pubblici ufficiali in danno della pubblica amministrazione.

La scelta legislativa compiuta mediante l'interpolazione della norma in esame si pone in linea con l'intento di allentare i presupposti per autorizzare le intercettazioni tra presenti nei confronti di quei delitti che, in varia misura, sono connessi al fenomeno corruttivo e rispecchia, altresì, la volontà di approdare a una piena (anche se discutibile) assimilazione di tali reati rispetto a quelli di criminalità organizzata e terrorismo, sull'assunto della pari gravità che accomuna le predette categorie delittuose.

La volontà di estendere i confini della disciplina "speciale" ai reati contro la pubblica amministrazione risulta, peraltro, espressiva di un radicale mutamento di rotta rispetto a quanto stabiliva il secondo comma dell'art. 6 d.lgs. 216/2017, che, anche nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, subordinava, come si è già osservato all'inizio, l'ammissibilità delle intercettazioni domiciliari mediante uso dell'agente intrusore alla presenza del requisito supplementare del reato *in fieri*, determinando una sorta di *tertium genus*<sup>24</sup>, che impediva una sovrapposizione totale con il regime *ad hoc* contemplato dall'art. 13 d.l. n. 152/1991, cui rinvia il primo comma dell'art. 6 d.lgs. n. 216/2017, tuttora vigente (v., *infra*, § 5).

---

siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare, compresi quelli destinati ad attività lavorativa o professionale».

<sup>23</sup> T. ALESCI, *Le intrusioni inter praesentes*, in T. BENE (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 72, rileva che «la riservatezza che investe notoriamente quei luoghi determina la possibilità di esperire intercettazioni tra presenti, solo al ricorrere del fondato motivo di ritenere che ivi si sta svolgendo una attività criminosa».

<sup>24</sup> Cfr. D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, cit., p. 228, il quale, a tal proposito, ritiene si tratti di una «disciplina a metà strada tra quella ordinaria e quella speciale per reati di criminalità organizzata e terrorismo». Sul tema, v. anche F. RUGGIERI, *Le deroghe alla disciplina codicistica*, cit., p. 107, la quale rileva che «la categoria dei reati contro la pubblica amministrazione non costituisce un insieme di fattispecie analoghe a quelle riconducibili all'ambito dei reati di criminalità organizzata o con finalità terroristiche. Il legislatore ne è perfettamente consapevole quando, probabilmente ritenendo eccessiva una completa parificazione della prima al secondo, per i delitti contro la pubblica amministrazione ha previsto una sorta di terza via».

### 3. I presupposti del decreto autorizzativo in deroga alla disciplina ordinaria: l'ambigua formulazione della norma.

Oltre a dilatare i margini di utilizzo del captatore informatico, la l. n. 3/2019 interviene altresì a modificare il primo comma dell'art. 267 c.p.p., equiparando, anche sotto questo aspetto, la disciplina riservata ai delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. a quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

In particolare, l'art. 267, comma 1, ultimo periodo, c.p.p. definisce il contenuto che, in caso di intercettazione tra presenti mediante agente spia, deve presentare il decreto autorizzativo, a pena di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni eseguite sulla base di quello stesso provvedimento<sup>25</sup>.

In tale specifica ipotesi, il giudice per le indagini preliminari è infatti gravato da uno sforzo motivazionale ulteriore<sup>26</sup>, dovendo indicare, oltre agli ordinari requisiti della presenza di gravi indizi di reato e della assoluta indispensabilità delle intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini, anche le ragioni che impongono l'inoculazione del *malware* sul dispositivo mobile, come alternativa all'utilizzo delle tradizionali microspie<sup>27</sup>, nonché i luoghi e il tempo di accensione del microfono, al fine di evitare un ascolto indiscriminato e ininterrotto, a tutela della inviolabilità del dominio privato e della riservatezza del soggetto *target*.

Per espressa previsione normativa, la preventiva individuazione, anche indiretta, dei «luoghi e del tempo», in relazione ai quali è consentita l'attivazione della spia elettronica da remoto<sup>28</sup>, è tuttavia circoscritta ai casi in cui si procede per delitti «diversi» da quelli di criminalità organizzata e terrorismo (art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.).

Come anticipato, la legge “anticorruzione” intende accostare, anche sotto il profilo dell'onere motivazionale, i delitti corruttivi a quelli di criminalità organizzata e terrorismo, prevedendo, per entrambe le categorie delittuose, un'eccezione alla regola della doverosa predeterminazione del dato spazio-temporale, con riferimento a cui è consentita l'attivazione del microfono del captatore informatico.

---

<sup>25</sup> L'art. 270 comma 1, c.p.p. commina la sanzione processuale dell'inutilizzabilità qualora, tra l'altro, non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, c.p.p. In argomento, v. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità dei risultati*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 228 ss.

<sup>26</sup> L'espressione è di D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, cit., p. 219.

<sup>27</sup> P. BRONZO, *Intercettazioni ambientali tramite captatore informatico*, cit., p. 249, rileva che «sebbene non serva dimostrare l'indispensabilità del captatore (ossia l'infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale), occorre pur sempre motivare il provvedimento in ordine alla meno agevole praticabilità, e al più alto rischio di insuccesso, delle operazioni tradizionali».

<sup>28</sup> Il primo dei criteri direttivi per l'immissione dei captatori contenuti nella legge delega (art. 1, comma 83, lett. e), n. 1, l. n. 103/2017) riguarda la necessità che l'attivazione del microfono avvenga soltanto a seguito di un apposito comando inviato da remoto. A presidio dell'osservanza di tale criterio operativo, il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 270 c.p.p. prevede che «non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico su dispositivo elettronico portatile».



Invero, la norma, così come riformulata dal legislatore, è alquanto ambigua e, a una prima lettura, dà luogo a equivoci sul piano interpretativo. Infatti, dopo le parole «se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.», è stato inserito il seguente periodo: «e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'art. 4».

Se ci si dovesse limitare all'analisi del dato testuale, sembrerebbe che i luoghi e il tempo, in cui verosimilmente si sposterà l'apparecchio monitorato, debbano essere sempre indicati nel decreto autorizzativo, anche in relazione ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, facendo salve soltanto le ipotesi in cui si proceda per la cerchia dei reati elencati dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.

Non avrebbe però alcun significato l'aggiunta di un espresso riferimento alle fattispecie criminose in danno della pubblica amministrazione, se anche queste restassero sottoposte alla medesima disciplina dei reati "comuni".

Per evitare di incorrere in un'interpretazione illogica e contraddittoria, l'art. 267 c.p.p. va dunque necessariamente letto alla luce delle modifiche apportate all'art. 266, comma 2-bis, c.p.p., che sono state precedentemente analizzate (v., *supra*, § 2): se attualmente, per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, l'intercettazione tra presenti nei luoghi domiciliari è consentita indipendentemente dalla dimostrazione che tali luoghi siano sede di attività criminosa in atto, ne discende che non è più necessario, per i medesimi reati, individuare e indicare preventivamente il contesto spazio-temporale da monitorare. Lo stesso vale, *a fortiori*, per i luoghi diversi da quelli di cui all'art. 614 c.p., all'interno dei quali l'esigenza di tutelare la sfera di intimità e riservatezza degli interlocutori ivi presenti risulta certamente affievolita.

All'opposto, ritenere applicabile ai predetti delitti il regime più stringente dettato per i reati "comuni", sarebbe, anzitutto, contrario allo spirito della riforma del 2019, che intende reprimere con forza il fenomeno corruttivo. Inoltre, ci troveremmo di fronte ad una disciplina priva di coerenza: una volta che il legislatore si è spinto sino a consentire l'intrusione domiciliare con agente spia, anche per i reati contro la pubblica amministrazione, non avrebbe alcun senso fare un passo indietro quando si tratta di incidere sulla parte motivazionale del decreto autorizzativo, realizzando una parificazione soltanto "a metà" con i delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p.

In ogni caso, a dissipare qualunque dubbio – che potrebbe sorgere a causa dell'imprecisa redazione della norma – interviene il legislatore, chiarendo, in poche righe, che l'art. 3, lett. b) del disegno di legge «modifica l'art. 267 c.p.p. per derogare – con riferimento alle intercettazioni con uso dei citati captatori informatici (*trojan*) nei procedimenti per delitti contro la P.A. puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni – alla regola generale [secondo cui] il decreto motivato del GIP

debba indicare le circostanze di tempo e di luogo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono»<sup>29</sup>.

Sarebbe stata, comunque, preferibile una formulazione più chiara e precisa della disposizione in esame<sup>30</sup>.

Resta, comunque, il fatto che, in vista del rafforzamento della funzione di garanzia del controllo giurisdizionale sul provvedimento autorizzativo, la predeterminazione del dato spazio-temporale, entro cui si muoverà il dispositivo mobile infettato dal *virus*, permane per tutte le tipologie di reato, ivi compresi i reati comunque facenti capo ad una associazione a delinquere *ex art.* 416 c.p., che non rientrano all'interno del ristretto elenco dell'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.<sup>31</sup>, né nella categoria dei più gravi delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Gli ostacoli che, peraltro, incontra una simile attività di monitoraggio appaiono evidenti, in considerazione della natura itinerante del dispositivo portatile su cui viene inserito il captatore, che seguirà il soggetto detentore, ovunque si trovi<sup>32</sup>. Proprio dal carattere intrinsecamente dinamico dell'agente-spia deriva la difficoltà, se non l'impossibilità, di perimetrare gli elementi geo-temporali in cui deve eseguirsi l'intercettazione, secondo un verosimile progetto investigativo che consenta l'attivazione a intermittenza del microfono.

A tal riguardo, un prezioso suggerimento operativo proviene dallo stesso legislatore delegato, il quale, consapevole della impossibilità di pronosticare nel dettaglio ogni singolo spostamento del bersaglio elettronico mobile, ha precisato che l'indicazione di tali elementi, in relazione ai quali si consente l'accensione della spia

---

<sup>29</sup> Così si afferma nel *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 955*, cit., p. 32.

<sup>30</sup> La formulazione della norma avrebbe potuto essere del seguente tenore: «Il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e da quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata ai sensi dell'articolo 4, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono» [in corsivo la modifica suggerita].

<sup>31</sup> Si nota, infatti, che le disposizioni introdotte dalla riforma sulle intercettazioni circoscrivono l'applicabilità della disciplina speciale in materia di captatore informatico ai soli delitti di cui all'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. Il legislatore ha, in tal modo, operato una significativa restrizione rispetto all'apertura mostrata dalla sentenza "Scurato", nella quale la Suprema Corte, ribadendo la validità dell'approccio teleologico, già ampiamente diffuso nella più recente giurisprudenza di legittimità, ha adottato una nozione ampia di "criminalità organizzata", facendo rientrare in tale concetto «attività criminose eterogenee, purché realizzate da una pluralità di soggetti, i quali, per la commissione del reato, abbiano costituito un apposito apparato organizzativo, con esclusione del mero concorso di persone nel reato». Sull'argomento, v. L. GIORDANO, [Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, pp. 186-187.

<sup>32</sup> In tal senso, v. P. MAGGIO, *I presupposti applicativi*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 48.

elettronica, possa avvenire «anche indirettamente», legittimando il ricorso a formule del tipo «ovunque incontri il soggetto x», ovvero «ogni volta che si rechi nel locale y»<sup>33</sup>.

Spetta, tuttavia, all'interprete il delicato compito di discernere, tramite una valutazione *ex post*, i casi in cui un'eventuale variazione del luogo e del tempo, nel corso di esecuzione delle operazioni captative, sia comunque riconducibile alla specificità dell'ambiente indicato nel decreto motivato, da quelli in cui, al contrario, la modifica *in itinere* travalichi i confini del provvedimento autorizzativo<sup>34</sup>.

#### 4. Qualche ulteriore riferimento alla precedente riforma delle intercettazioni e alcuni rilievi critici.

Al fine di meglio comprendere le implicazioni derivanti dalla l. n. 3/2019, occorre rivolgere qualche ulteriore sguardo alla disciplina introdotta dalla novella del 2017 in tema di intercettazioni *inter praesentes* mediante inserimento del *malware* auto-installante.

In via generale, il già citato d.lgs n. 216/2017, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84 lett. a), b), c), d) ed e) della l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), è intervenuto a ridisegnare la disciplina in materia di intercettazioni, introducendo significative novità sotto molteplici aspetti, tra i quali spicca indubbiamente la regolamentazione normativa, priva di precedenti nel nostro ordinamento, dell'impiego del captatore informatico, quale modalità specifica di esecuzione delle intercettazioni tra presenti<sup>35</sup>.

A tal riguardo, come opportunamente rilevato in dottrina, «il rischio che nella rete a strascico delle intercettazioni ambientali mediante intrusore finiscano persone e circostanze che nulla hanno a che vedere con l'indagine penale in corso aumenta in via esponenziale»: pertanto è assolutamente necessaria «particolare attenzione nella selezione delle intercettazioni da convogliare nel fascicolo degli atti di indagine prima su impulso della polizia giudiziaria e, poi, a seguito di controllo del pubblico ministero e del giudice»<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Così la *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017*, cit., p. 11.

<sup>34</sup> Cfr. art. 271, comma 1-bis, c.p.p., inserito dall'art. 4, lett. e) n. 1, d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, che stabilisce la sanzione dell'inutilizzabilità nei confronti dei dati «acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo», fine di scongiurare il rischio di un ascolto indiscriminato e ininterrotto.

<sup>35</sup> A tal riguardo, più diffusamente, v. P. RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., p. 101 ss. Su tale argomento, cfr. anche C. PARODI – N. QUAGLINO, *Il "captatore informatico" entra nel sistema codicistico: un male necessario?*, in *Il penalista*, 22 gennaio 2018, p. 1. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v., *supra*, nota n. 4.

<sup>36</sup> Così G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità" e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 148.

Il legislatore, sulla scia di quanto già sperimentato dalle principali Procure della Repubblica attraverso specifiche direttive e circolari<sup>37</sup>, poi riprese dal Consiglio Superiore della Magistratura nella delibera sulla «Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazioni di comunicazioni» del 29 luglio 2016, al fine di garantire un innalzamento della tutela della riservatezza dei dati personali, ha elaborato, come è noto, una rinnovata procedura di selezione e acquisizione dei risultati delle captazioni rilevanti, nonché un apposito archivio riservato per la conservazione integrale di registrazioni, verbali e atti connessi alle intercettazioni.<sup>38</sup>

La Relazione illustrativa allo schema di decreto in esame evidenzia che le disposizioni adottate «perseguono lo scopo di escludere ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante ai fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa»<sup>39</sup>.

In considerazione della portata invasiva delle intercettazioni, la riforma si è posta, dunque, l'ambizioso obiettivo di realizzare un giusto equilibrio tra interessi discordanti, parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale, che tendono fisiologicamente ad entrare in conflitto tra loro: da un lato, la salvaguardia dell'esercizio del diritto all'informazione *ex art. 21 Cost.* e, ancor prima, del diritto alla prova, e, dall'altro, il rispetto dell'inviolabile diritto alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, cristallizzato nell'*art. 15 Cost.*

Nonostante le buone intenzioni del legislatore di raggiungere un equo compromesso tra i suddetti valori contrapposti, la normativa complessivamente risultante dal d.lgs. n. 216/2017 non sembra affatto soddisfacente<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> V. A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 639 ss.

<sup>38</sup> Cfr., in particolare, gli artt. 268, commi 2-bis e 2-ter, 268-bis, 268-ter e 268-quater c.p.p., introdotti *ex novo* dalla riforma sulle intercettazioni (d.lgs. n. 216/2017). La nuova disciplina relativa al procedimento bifasico di selezione e acquisizione delle comunicazioni e conversazioni intercettate si discosta da quella precedente sotto numerosi profili, tra i quali spicca l'eliminazione dell'udienza-stralcio, che, nella procedura acquisitiva originaria, rappresentava un passaggio cruciale. Ulteriori novità di rilievo risiedono nella previsione di specifici divieti di trascrizione (peraltro non assistiti da alcuna sanzione processuale espressa), anche sommaria, del contenuto di comunicazioni o conversazioni irrilevanti ovvero afferenti a dati sensibili, parimenti irrilevanti, nonché nella formazione dell'elenco da parte dell'organo dell'accusa che, di regola, deve avvenire contestualmente al deposito del materiale relativo alle intercettazioni, anticipando la *discovery* programmatica del pubblico ministero a tale fase. Di notevole spessore è, inoltre, la circostanza che la documentazione inerente alle intercettazioni non confluisce più direttamente e *ab origine* nel fascicolo di cui all'*art. 373, comma 5, c.p.p.*, ma, sino alla decisione acquisitiva del giudice, è destinata a rimanere custodita separatamente nell'archivio riservato, con particolari cautele di segretezza, al fine di evitare la circolazione di atti irrilevanti o inutilizzabili. Per un maggiore approfondimento, v. P. RIVELLO, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il pubblico ministero*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 55 ss.; nonché F. CASSIBBA, *La circolazione delle intercettazioni tra "archivio riservato" e "captatore informatico"*, *ivi*, p. 163 ss.

<sup>39</sup> Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017, cit., p. 1.

<sup>40</sup> Cfr. G. PESTELLI, [Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: \(poche\) luci e \(molte\) ombre di una riforma frettolosa](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2018, p. 169 ss.

Con specifico riferimento all'utilizzo del *malware* nelle intercettazioni ambientali, considerata la particolare insidiosità di tale strumento, la legge delega aveva fornito un apposito criterio direttivo, volto a fare in modo che «non siano in alcun modo conoscibili, divulgabili o pubblicabili i risultati delle intercettazioni, le quali abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede, effettuate mediante captatore» (art. 1, comma 83, lett. e), n. 8, l. 2017/2017).

Il legislatore delegato ha deciso di non dare attuazione a tale criterio, al fine di evitare «sicure critiche in punto di irragionevolezza per disparità di trattamento»<sup>41</sup>, e di introdurre un'unica disciplina, volta a tutelare la *privacy* delle parti e dei terzi estranei al procedimento, che appare, tuttavia, piuttosto complessa e alquanto farraginosa, oltre che non pienamente rispettosa delle garanzie difensive, di cui all'art. 24, comma 2, Cost.<sup>42</sup>.

A riprova di tale assunto, è sufficiente richiamare le disposizioni dedicate all'attività preliminare di selezione del materiale captativo rilevante, affidata in prima battuta alla polizia giudiziaria delegata all'ascolto, nonché le norme relative ai diritti della difesa di accesso all'archivio riservato<sup>43</sup>.

Sotto il profilo attinente alla procedura di selezione, si rileva che da più parti sono state avanzate critiche nei confronti della scelta legislativa di demandare agli organi di polizia giudiziaria il compito di effettuare, nell'immediatezza dell'ascolto, una scrematura iniziale degli elementi probatori rilevanti, a causa dell'eccessiva discrezionalità che lo svolgimento di tale attività implica, rendendo necessario un ulteriore controllo da parte del pubblico ministero<sup>44</sup>. Inoltre, non poche perplessità sono state sollevate in ordine all'annotazione preventiva<sup>45</sup> che l'ufficiale di polizia giudiziaria è tenuto a trasmettere all'organo dell'accusa a scopo informativo, in cui illustra sinteticamente il contenuto delle comunicazioni o conversazioni ritenute di dubbia rilevanza, venendo così a creare un doppio binario: nei casi in cui sia certa l'irrelevanza, l'ufficiale di polizia giudiziaria si limita a indicare nel verbale gli estremi identificativi della conversazione intercettata (c.d. brogliacci omissati)<sup>46</sup>, al fine di consentirne la tracciabilità in vista di un'eventuale futura distruzione; se, al contrario, le intercettazioni sono giudicate di dubbia rilevanza, lo stesso operatore di polizia provvede alla redazione di un'annotazione espositiva, sul cui contenuto è legittimo interrogarsi, atteso che a carico della medesima polizia giudiziaria è posto un divieto

---

<sup>41</sup> In questi termini, v. *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 216/2017*, cit., p. 11.

<sup>42</sup> A tal proposito, v. F.R. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 27 ss.

<sup>43</sup> V. artt. 269 c.p.p. e 89-bis disp. att. c.p.p.

<sup>44</sup> La pre-valutazione effettuata a monte dagli ufficiali di polizia giudiziaria è sottoposta al vaglio dell'organo che dirige le indagini preliminari, al quale è riconosciuta la facoltà di recupero dei dati probatori rilevanti sfuggiti ai primi.

<sup>45</sup> Si tratta dell'annotazione prevista dall'art. 267, comma 4, c.p.p., da annoverare tra gli atti e i verbali oggetto di successivo deposito da parte del pubblico ministero.

<sup>46</sup> In tali ipotesi, il verbale delle operazioni contiene soltanto l'indicazione della data, dell'ora e del dispositivo su cui è intervenuta la registrazione (art. 268, comma 2-bis, ult. periodo, c.p.p.).

assoluto di trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini di indagine (art. 268, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Per ciò che concerne, invece, le garanzie difensive, è evidente che, in tale mutato contesto normativo, le stesse subiscono gravi restrizioni, quantomeno nella fase immediatamente successiva al deposito degli atti da parte del pubblico ministero ex art. 268-*bis*, comma 1, c.p.p. Si fa riferimento, anzitutto, all'impossibilità per i difensori di estrarre copia del materiale depositato e di ottenere la trasposizione delle registrazioni custodite nell'archivio riservato.

Sino all'ordinanza acquisitiva del giudice<sup>47</sup>, da emettersi, di regola, *inaudita altera parte*, pur a fronte del riconoscimento del diritto di procedere all'ascolto integrale delle registrazioni conservate in archivio, alla difesa è attribuita esclusivamente la facoltà di esaminare gli atti e di prendere visione dell'elenco contenente le comunicazioni o conversazioni rilevanti ai fini di prova<sup>48</sup>.

Tale limitazione, oltre ad essere foriera di difficoltà operative, che di fatto si traducono in significativi ostacoli all'esercizio del diritto di difesa, si espone a profili di incostituzionalità, in quanto l'esigenza di segretezza sarebbe già stata formalmente superata con l'avvenuto deposito di atti, verbali e registrazioni<sup>49</sup>.

Le problematiche evidenziate si ripercuotono sui procedimenti relativi ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, dove l'utilizzo "senza condizioni" dell'intrusore informatico nelle intercettazioni ambientali, anche nei luoghi di privata dimora, richiede un'attività di selezione del materiale rilevante effettuata con un'attenzione del tutto particolare e assistita da più pregnanti garanzie difensive.

## **5. Quel che resta dell'art. 6 d.lgs. n. 216/2017: il regime speciale che accomuna reati di criminalità organizzata e delitti contro la pubblica amministrazione.**

Nell'ambito dell'ampio disegno di riforma delle intercettazioni, a cui si appena fatto riferimento, si colloca il potenziamento delle esigenze investigative connesse all'accertamento dei delitti contro la pubblica amministrazione, perseguito attraverso la disposizione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 216/2017, quale specifica risposta al bisogno di un efficace contrasto al fenomeno corruttivo<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Si sottolinea che, anche a seguito del provvedimento di cui all'art. 268-*quater* c.p.p., il diritto di copia è pur sempre limitato alle intercettazioni oggetto di acquisizione. Analoghe considerazioni debbono essere svolte con riferimento ai diritti difensivi riconosciuti in ipotesi di adozione di misura cautelare ex art. 293, comma 3, c.p.p.: anche in questo caso, infatti, la possibilità di estrarre copia non è estesa all'intero materiale captativo, bensì risulta circoscritta ai soli atti e verbali utilizzati per l'emissione del titolo cautelare.

<sup>48</sup> Cfr. art. 268-*bis*, comma 2, c.p.p.

<sup>49</sup> A tal proposito, v. Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, n. 3, p. 1015, nella parte in cui rileva che «la mera conoscenza degli atti depositati dal pubblico ministero, non accompagnata dal diritto di estrarne copia, costituisce un'ingiustificata limitazione del diritto di difesa».

<sup>50</sup> D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, cit., p. 226, osserva che la semplificazione delle condizioni di impiego delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni

Ci si è già soffermati sull'intervenuta abrogazione del secondo comma dell'art. 6 d.lgs. 216/17, ad opera della *lex posterior* (l. n. 3/2019), che ha comportato, con specifico riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione, il venir meno della disciplina "a cavallo" tra quella speciale, prevista per i delitti di criminalità mafiosa e terrorismo, e quella ordinaria, in materia di intercettazioni tra presenti nei luoghi domiciliari mediante inserimento del captatore informatico (v., *supra*, § 2).

Pare, a questo punto, opportuno svolgere qualche breve riflessione sul contenuto del primo comma dell'art. 6 d.lgs. 216/17, che rappresenta il centro sul quale è imperniato il rinnovato sistema delle intercettazioni da eseguirsi nei confronti dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

La disposizione in parola ha esteso a tali reati la disciplina *ad hoc* contenuta nell'art. 13 d.l. n. 152/1991, dettata (originariamente) per i delitti di criminalità organizzata e (poi) per quelli con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, che, a sua volta, prevede presupposti meno rigorosi per autorizzare le operazioni di intercettazione, in modo da renderne più agevole lo svolgimento<sup>51</sup>.

Per effetto di tale rinvio, dunque, alla categoria dei delitti contro la pubblica amministrazione, puntualmente individuata dall'art. 6 d.lgs. n. 216/2017, si applica il regime derogatorio contemplato dallo storico statuto delle intercettazioni in materia di criminalità organizzata<sup>52</sup>.

Gli aspetti di specialità risiedono anzitutto nei requisiti che, in deroga alla disciplina ordinaria di cui all'art. 267 c.p.p., devono sussistere per disporre le intercettazioni: a tal fine, è richiesta la mera necessità (in luogo della assoluta indispensabilità) del mezzo investigativo ai fini dello svolgimento (non della prosecuzione) delle indagini, e la presenza di sufficienti (e non gravi) indizi di reato. La durata delle operazioni è inoltre elevata a quaranta giorni, in luogo del tradizionale termine di quindici giorni, prorogabili per periodi successivi di ulteriori venti giorni (e non di quindici), con decreto motivato del giudice, qualora permangano i presupposti applicativi. Ancora, si prevede che il pubblico ministero ed il pubblico ufficiale delegato all'ascolto possano farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria.

Per ciò che attiene alle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti nei luoghi di cui all'art. 614 c.p. con mezzi ordinari (le tradizionali "cimici"), queste sono consentite anche in assenza del fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, in deroga a quanto previsto dall'art. 266, comma 2, ult. periodo, c.p.p.<sup>53</sup>.

---

nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, in attuazione dell'art. 1, comma 84 lett. d) della legge di delega, era «forse il più lodevole della riforma».

<sup>51</sup> Su questo argomento, v. G. VARRASO, *Le intercettazioni e i regimi processuali differenziati per i reati di "grande criminalità" e per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 140 ss.

<sup>52</sup> Cfr. D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, cit., p. 227.

<sup>53</sup> Si ricorda che, per effetto dell'inserimento del comma 2-bis all'art. 266, che richiama implicitamente quanto stabilito dall'art. 13 d.l. n. 152/1991, le captazioni tra presenti mediante captatore informatico sono sempre consentite se si procede per delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. e, a seguito della l. n. 3/2019, anche per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (v., *supra*, § 2).

Da ultimo, nei casi di urgenza, qualora le operazioni captative ambientali debbano svolgersi mediante installazioni delle “cimici” statiche, al pubblico ministero è riconosciuta la facoltà di attivarsi direttamente, adottando provvedimento motivato, da sottoporre al giudice per la convalida entro, e non oltre, le successive ventiquattro ore (ai sensi dell’art. 267, comma 2, c.p.p.).

## 6. Riflessioni conclusive: lacune e problemi applicativi della normativa riformata.

A fronte della complessità del quadro normativo di riferimento sin qui illustrato, su cui si sono susseguiti, sovrapponendosi, due distinti interventi legislativi (d.lgs. n. 216/2017 e l. n. 3/2019), si ritiene opportuno svolgere qualche breve considerazione conclusiva, con l’intento di mettere in luce alcuni aspetti critici di un siffatto sistema.

Sebbene, infatti, la legge “anticorruzione” abbia inteso realizzare un livellamento (quasi) completo tra la disciplina tipicamente prevista per i delitti di criminalità organizzata e quella dei reati dei pubblici ufficiali, residua, tuttavia, un aspetto su cui il legislatore, per mera svista o forse per scelta consapevole, non è intervenuto.

Si tratta, in particolare, della disposizione di cui al comma 2-*bis* dell’art. 267 c.p.p., introdotta *ex novo* dalla novella legislativa sulle intercettazioni, che la l. n. 3/2019 ha mantenuto inalterata.

Tale norma, sulla scia di quanto già previsto dall’art. 13, comma 2, d.l. n. 152/1991 per le captazioni ambientali tradizionali, prevede che, nei casi d’urgenza, il *dominus* delle indagini preliminari possa, di propria iniziativa<sup>54</sup>, disporre le intercettazioni tra presenti ricorrendo all’uso della nuova tecnologia captativa (*trojan*), ma soltanto nei procedimenti per i delitti di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.<sup>55</sup>

In considerazione della particolare forza intrusiva del captatore informatico e della straordinaria potenzialità lesiva della sfera di riservatezza altrui, di cui è dotato tale strumento, il legislatore del 2017 ha ritenuto opportuno riservare tale regime speciale esclusivamente ai predetti delitti, estremamente pericolosi per la sicurezza e l’incolumità sociale.

Tale scelta, se pareva giustificabile all’interno di una riforma che aveva premura di circoscrivere l’impiego agevolato del captatore nelle intercettazioni tra presenti ai soli delitti di criminalità organizzata e terrorismo, non sembra coerente con le

---

<sup>54</sup> In tale ipotesi, il pubblico ministero deve fornire spiegazione delle ragioni d’urgenza che rendono impossibile l’attesa del provvedimento del giudice, oltre a quelle che determinano il necessario utilizzo dell’agente intrusore come modalità di svolgimento delle operazioni captative.

<sup>55</sup> P. BRONZO, *Intercettazioni ambientali tramite captatore informatico*, cit., p. 252 ss., ritiene che la scelta di limitare l’applicabilità delle intercettazioni urgenti, mediante uso delle nuove spie elettroniche, ai soli delitti di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., è coerente con il «controllo giurisdizionale rafforzato», richiesto dall’art. 267 c.p.p.



modifiche introdotte dalla “anticorruzione”, che hanno esteso l’area operativa della normativa speciale ai delitti contro la pubblica amministrazione.

Si assiste, invero, al profilarsi di un’iniqua disparità di disciplina: da una parte, si prevede che l’intercettazione c.d. ambientale, eseguita con inserimento di un *malware* sull’apparecchio portatile, è sempre consentita se si procede sia per delitti di criminalità organizzata, sia per quelli commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.), con la precisazione che, per entrambe le categorie delittuose, risulta irrilevante l’indicazione del contesto spazio-temporale, in cui è destinato a muoversi il dispositivo itinerante (art. 267, comma 1, c.p.p.). D’altra parte, per ragioni di urgenza, l’organo dell’accusa può attivarsi, senza attendere il provvedimento del giudice, ma soltanto se si tratta dei delitti di cui all’art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., mentre gli è preclusa ogni azione qualora abbia a che fare con i reati di corruzione.

Quanto poc’anzi detto, peraltro, vale esclusivamente in relazione alle ipotesi di utilizzo del *trojan*, poiché quando si ricorre alle modalità captative tradizionali, ecco che si torna alla disciplina ordinaria e, di conseguenza, l’attivazione d’urgenza sarà consentita, purché vi sia fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare un grave pregiudizio alle indagini<sup>56</sup>.

Al fine di completare l’opera di unificazione delle due macro-categorie criminose sul fronte dell’utilizzo del captatore informatico, nell’ottica di consentire il ricorso a tale strumento nei procedimenti per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione, sarebbe stato, dunque, logico intervenire anche sulla disciplina relativa alle intercettazioni tra presenti disposte in via d’urgenza.

Un ulteriore profilo, altrettanto problematico, attiene all’applicazione delle nuove disposizioni inserite dalla l. n. 3/2019, che richiedono un necessario coordinamento con le norme introdotte dalla riforma sulle intercettazioni, con speciale riguardo a quelle finalizzate a regolamentare l’impiego del *trojan* nelle captazioni tra presenti<sup>57</sup>.

A tal proposito, si ricorda, infatti, che la disposizione transitoria di cui all’art. 9 d.lgs. n. 216/2017, posta a chiusura della novella legislativa, prevede che alcune disposizioni, tra cui quelle introdotte dall’art. 4 del medesimo decreto legislativo – recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di intercettazioni mediante inserimento del captatore informatico» – «si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo all’entrata in vigore del presente decreto».

Tuttavia, come già osservato, l’acquisizione di efficacia della suindicata disposizione è slittata dapprima al 31 marzo 2019, poi al 31 luglio 2019 e, infine, al 31 dicembre 2019 (v., *supra*, § 1).

---

<sup>56</sup> V. art. 267, comma 2, c.p.p.

<sup>57</sup> Si tratta delle norme di cui agli artt. 266, commi 2, ult. periodo e 2-*bis*, 267, commi 1, ult. periodo e 2-*bis*, 268, comma 3-*bis*, ult. periodo, 270, comma 1-*bis*, e 271, commi 1-*bis* e 3, c.p.p.

Ne consegue, dunque, che la riforma sulle intercettazioni è destinata ad applicarsi alle operazioni captative che saranno autorizzate dopo tale ultima data<sup>58</sup>.

Restano fuori dalla proroga soltanto le disposizioni di cui agli artt. 1 e 6 d.lgs. n. 216/2017, concernenti, rispettivamente, l'inserimento nel codice penale della nuova norma incriminatrice in tema di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente (art. 617-*septies* c.p.) e la previsione di disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per taluni gravi delitti commessi dai pubblici ufficiali ai danni della pubblica amministrazione: la loro entrata in vigore risale infatti al 26 gennaio 2018<sup>59</sup>.

Orbene, le difficoltà pratiche connesse a un regime intertemporale asimmetrico sono evidenti e paiono ancor più problematiche se si considera che la legge "anticorruzione", in materia di intercettazioni, si è sostanzialmente sovrapposta, con efficacia istantanea, a una disciplina che, al contrario, non è ancora formalmente entrata in vigore.

Pare, pertanto, legittimo interrogarsi sulla sorte delle disposizioni di cui agli artt. 266, comma 2-*bis*, e 267, comma 1, c.p.p., che sono di fatto le uniche ad aver subito un'interpolazione ad opera della l. n. 3/2019. In particolare, ci si chiede se tale ultimo intervento legislativo possa averle anticipatamente dotate di operatività immediata, espandendo i suoi effetti al di là della semplice aggiunta del nuovo periodo all'interno delle medesime, ovvero se – e ciò appare più probabile – le stesse norme vivano in un regime di sospensione e occorra, piuttosto, attendere la formale e definitiva entrata in vigore di tutte le norme concernenti l'impiego del mezzo insidioso, per realizzare, finalmente, un'uniformità di disciplina.

In tale contesto normativo, inesorabilmente incerto e transitorio, qualche risposta risolutiva potrà, forse, essere fornita nei mesi futuri, quando le posizioni che il nuovo Governo intende assumere nei confronti del complesso sistema delle intercettazioni assumeranno, si auspica, forma concreta<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Sulla natura giuridica della disposizione transitoria di cui all'art. 9 d.lgs. 216/17, v. M. GAMBARDILLA, *Entrata in vigore e profili di diritto transitorio*, in G. Giostra – R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 170 ss., il quale osserva che «nel caso in cui le operazioni siano state autorizzate prima di tale data, le operazioni stesse, benché ancora in corso, continueranno a svolgersi nel rispetto della vecchia normativa. La disposizione transitoria, in definitiva, conferisce in senso tecnico una specie di "ultrattività" alle norme della vecchia disciplina, le quali continueranno ad essere efficaci ed applicabili – benché abrogate – alle fattispecie ancora in atto, fino al loro esaurimento. E ciò (...) in deroga al normale principio intertemporale operante in materia, per il quale le operazioni e gli atti da compiere dovrebbero essere invece immediatamente disciplinati dalla nuova legge».

<sup>59</sup> C. PARODI, *Le intercettazioni nei reati contro la pubblica amministrazione*, in [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it), 23 aprile 2018, rileva che «anche se l'art. 6 è immediatamente efficace, il fatto che il legislatore abbia introdotto (...) la possibilità di utilizzo dei captatori informatici in relazione alle operazioni relative ai delitti contro la pubblica amministrazione senza che le stesse siano inserite – almeno per centottanta giorni – nel contesto normativo generale (...) rappresenta un'inequivoca criticità di sistema».

<sup>60</sup> Il Ministro della Giustizia Bonafede ha annunciato in più occasioni l'intenzione di «bloccare» la riforma sulle intercettazioni plasmata dal precedente governo, ritenendola «dannosa» e «folle». Per il momento, tuttavia, l'esecutivo si è limitato a prorogarne l'entrata in vigore.