

Ovviamente, il “completo controllo” non può che riferirsi all’attività di intercettazione da remoto, senza alcuna possibilità, per gli inquirenti, di eseguire perquisizioni *on line* o attività di *on line surveillance* (16).

Tuttavia, si legge nel D.M., “i programmi informatici funzionali all’esecuzione delle intercettazioni mediante captatore consentono la trasmissione di tutte le informazioni necessarie a definire il contesto dell’acquisizione” (art. 4, comma 4, D.M.). Tale precisazione, probabilmente, serve a sdoganare l’utilizzo del captatore per ottenere dati e informazioni utili ad individuare i luoghi in cui avviene l’intercettazione ambientale o ad identificare i soggetti che partecipano alla conversazione. In altre parole, nella disposizione in esame si intravede una scelta normativa ben precisa: recepire

una nozione ampia di “informazione intercettabile”, comprensiva di riferimenti relativi al c.d. “contesto dell’acquisizione” (17).

Infine, “i programmi informatici sono periodicamente adeguati a standard di funzionalità ed operatività in linea con l’evoluzione tecnologica” (art. 4, comma 5, D.M.). Pur avvertita come necessaria, l’ovvia esigenza di un costante aggiornamento tecnico dei sistemi di captazione non è accompagnata da un adeguato sistema di controllo: né il decreto delegato, né il decreto ministeriale in commento, prevedono una fase di verifica ed approvazione dei dispositivi da parte degli organi competenti del Ministero della giustizia (18).

D.M. 20 aprile 2018: il c.d. “archivio riservato delle intercettazioni” di Leonardo Suraci (**)

Nel contesto della riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazione attuata con il D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 assume un ruolo centrale l’archivio riservato delle intercettazioni, il quale costituisce un combinato di elementi materiali (uffici, terminali e sistemi informatici) e virtuali (flussi informativi). La tutela della segretezza è l’obiettivo da conseguire attraverso la sua istituzione; la scarsità di risorse finanziarie l’ostacolo da superare per renderlo effettivo.

In the context of the discipline reform concerning interceptions of conversations implemented with legislative Decree no. 216 dd. 2017, December 29th, the interceptions’ secret database assumes a key role made of a mix of physical elements (offices, terminals and computer systems) and virtual elements (informative flows). Protection and confidentiality are the objective to achieve through its institution; lack of financial resources the obstacle to overcome for enforcing it.

Premessa

Le linee generali della riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni prospettate dalla L. 23 giugno 2017, n. 103 erano facilmente individuabili nella predisposizione di un complesso di meccanismi e di

strumenti finalizzati a sottrarre alle modalità documentative tipiche del mezzo di ricerca della prova i contenuti irrilevanti e pervenire ad una più puntuale scansione del procedimento selettivo di acquisizione delle conversazioni e comunicazioni.

(16) Dal punto di vista tecnico, le funzioni operative del captatore possono essere raggruppate in due grandi contenitori, quello dell’*on line search* e quello dell’*on line surveillance*: il primo comprende al suo interno le perquisizioni (ricerca) ed il sequestro (copia) a distanza di dati “statici”, ossia già memorizzati nei dispositivi bersaglio; il secondo, invece, riassume tutto ciò che può essere ricondotto al concetto di monitoraggio inteso in senso lato, ossia la captazione occulta di “dati dinamici”. Sia consentito rinviare a M. Torre, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, cit., 18.

(17) “La norma, dunque, impone il ricorso a sistemi capaci di assicurare una potenzialità acquisitiva piena, estesa ad ogni informazione idonea ad assicurare il rispetto delle prescrizioni legislative poste a tutela dei diritti fondamentali della persona - si pensi, ad esempio, ai dati spazio-temporali richiamati dall’art. 267, comma 1, c.p.p. - oltretutto a garantire la genuinità del dato

propriamente comunicativo”. Così, L. Suraci, *La disciplina del captatore informatico. Nota breve al d.m. 20 aprile 2018*, consultabile al seguente url: <http://www.quotidianogiuridico.it/documents/2018/07/25/la-disciplina-del-captatore-informatico-nota-breve-al-d-m-20-aprile-2018>.

(18) “La norma, infatti, prescrive un obbligo di periodico adeguamento dei programmi a standard di funzionalità ed operatività “in linea con l’evoluzione tecnologica” e se, da un lato, sembra ribadire (ed in effetti fa questo) un’ovvia esigenza di costante aggiornamento tecnico dei sistemi di captazione, dall’altro sembra dare impulso (ed in effetti fa anche questo) ad una scelta all’insegna della deregolamentazione: dunque, una soluzione nel complesso ispirata alla logica del dire e non dire, trattandosi (si pensa) di questioni tanto tecniche e poco giuridiche”. *Ibidem*.

(**) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

Alla base della prospettiva riformistica si ponevano, da un lato, istanze di affinamento della dinamica protettiva dei diritti della difesa e, dall'altro, esigenze di protezione del valore fondamentale della riservatezza soprattutto in riferimento ad esiti captativi irrilevanti rispetto alle necessità dell'accertamento penale (1).

Come è noto, il D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, sull'efficacia normativa futura del quale si addensano già le ombre dell'effetto sospensivo di un primo decreto mille proroghe (D.L. 25 luglio 2018, n. 91), è intervenuto sulla materia delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni in maniera penetrante, rivedendo sia la fase esecutiva, sia quella acquisitiva, sia, infine, quella documentativa (2).

Nell'ambito del primo segmento, la trasmissione dei verbali e delle registrazioni di cui all'art. 268, comma 1, c.p.p. avviene soltanto appena scaduto il termine - originario ovvero prorogato ex art. 267, comma 3, c.p.p. - indicato per lo svolgimento delle operazioni, fatta salva la possibilità di una proroga della trasmissione (non, dunque, delle operazioni) medesima disposta dal pubblico ministero sulla premessa costituita dalla necessità una progressiva consultazione delle risultanze da parte dell'ufficiale di p.g. delegato all'ascolto.

In ogni caso, la trasmissione costituisce il presupposto per l'avvio di una articolata procedura conoscitiva preordinata a rendere quanto più possibile efficace e compiuto il successivo momento acquisitivo.

Il nuovo art. 268, comma 4, c.p.p. finalizza la trasmissione predetta alla conservazione dei verbali e delle registrazioni nell'archivio riservato di cui al nuovo art. 269, comma 1, c.p.p., il quale fa così la sua prima apparizione a livello normativo ed aspira a divenire in chiave protettiva della riservatezza (3) il crocevia "garantito" del complesso sistema di accesso a tutto quanto si correla all'attività captativa: vi si devono conservare integralmente, precisa infatti in chiave generalizzante la norma appena richiamata, i verbali, le registrazioni ed ogni atto ad esse relativo.

La fattispecie acquisitiva descritta dagli art. 268 bis, ter e quater c.p.p. si presenta come una fase particolarmente (forse eccessivamente!) complessa e articolata, attenta a realizzare un soddisfacente bilanciamento tra istanze di protezione del riserbo sul contenuto dei dialoghi intercettati ed esigenze partecipative dei protagonisti del procedimento penale e globalmente finalizzata - così come imposto dall'art. 1, comma 84, lett. a) della legge di delega laddove prevede l'adozione di prescrizioni che diano un "precisa scansione procedimentale" per la selezione di materiale intercettativo - a razionalizzare, puntualizzare e rendere effettivo un momento selettivo che, per quanto essenziale, si era dimostrato nella versione precedente del tutto inefficace.

La centralità dell'archivio riservato nella sequenza acquisitiva

Viene chiarito, in primo luogo, che l'acquisizione costituisce l'effetto di un atto formale che tendenzialmente si colloca nella fase delle indagini preliminari e si sostanzia nell'inserimento di alcuni tra i dialoghi captati - quelli ritenuti rilevanti a fini di prova dalle parti - nel fascicolo di cui all'art. 373, comma 5, c.p.p.

Ma l'acquisizione presuppone l'instaurazione di una sequenza partecipata alla quale le parti ed il giudice si accostano avendo una compiuta conoscenza e (soprattutto le prime) notevoli ambiti di valutazione - sul piano della legittimità delle procedure e del merito delle risultanze - di tutto quanto è scaturito dalla determinazione afferente alla necessità di fare ricorso al mezzo di ricerca della prova e che, ai sensi dell'art. 268 bis c.p.p., ha costituito l'oggetto di un'attività di deposito in segreteria da parte del pubblico ministero, con conseguente facoltà dei difensori di esame degli atti e di ascolto delle registrazioni (4).

L'esercizio di siffatte facoltà ha quale oggetto proprio i materiali depositati - in parte previa trasmissione ex art. 268, comma 4, c.p.p. - dal pubblico ministero e, conseguentemente, custoditi nell'archivio riservato e non più, come prevedeva la versione originaria

(1) Sui contenuti e gli obiettivi della c.d. riforma Orlando può vedersi, tra gli altri, A. Zampaglione, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, 111 e segg. Nonché, con pari efficacia, L. Giordano, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni (commi 82, 83-84, lett. a, b, c, d, l. n. 103/2017)*, in AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, a cura di A. Marandola, T. Bene, Milano, 2017, 355 ss. Con riferimento alla riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni e

comunicazioni v., inoltre, AA.VV., *Nuove norme in tema di intercettazioni*, a cura di G. Giostra - R. Orlandi, Torino, 2018.

(2) Il decreto legislativo è stato esaminato, in particolare, da P. Dell'Anno - A. Zampaglione, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, in AA.VV., *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2018, 19 ss.

(3) P. Dell'Anno - A. Zampaglione, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, cit., 28.

(4) V., a tale proposito, P. Bruno, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 196.

dell'art. 269 c.p.p., presso il pubblico ministero ed in un archivio semplicemente separato (5).

Ed il deposito degli atti - fatta salva l'ipotesi di proroga già prevista dall'abrogato art. 268, comma 5, c.p.p. ed ora ribadita dall'art. 268 bis, comma 3, c.p.p. - deve avere ad oggetto, precisa l'art. 268, comma 1, c.p.p., verbali, registrazioni, decreti dispositivi, autorizzativi, di convalida e proroga delle intercettazioni e deve avvenire entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni.

La ricezione degli atti da parte della p.g. operante è concatenata al deposito, così come quest'ultimo si correla alla successiva procedura di acquisizione, da iniziare entro cinque giorni.

Dunque, l'archivio riservato sembra costituire, nella visione fatta propria dal legislatore della riforma, una ben delineata - in luogo del generico riferimento, come detto poco sopra in relazione alla versione iniziale dell'art. 269 c.p.p., all'ufficio del pubblico ministero - località preordinata alla conservazione e custodia di ogni atto afferente all'attività intercettativa posta in essere su iniziativa dell'ufficio di procura presso il quale esso è istituito, il luogo in cui - precisa l'art. 269, comma 1, c.p.p. - il giudice per le indagini preliminari ed i difensori dell'imputato (ma anche delle altre parti, stante il chiaro disposto dell'art. 89 bis disp. att. c.p.p.) possono accedere "in ogni caso" ed ascoltare quanto registrato "per l'esercizio dei loro diritti e facoltà".

Una località, innanzitutto, ma non solo, costituendo la complessiva fattispecie normativa prodotta dall'intersecarsi di norme legislative e disposizioni ministeriali il punto base di uno strumento dominato dalla tecnologia informatica e dai flussi telematici: in altri termini, una realtà "fisica" che contiene un mondo "virtuale".

Già la denominazione sembra evocare un istituto dai contorni solidi, strutturato in termini tali da assicurare la massima riservatezza di quanto ivi conservato - vi sono inclusi, come confermato in parte implicitamente dagli artt. 268 quater e 92 disp. att. c.p.p., anche atti contenenti conversazioni e comunicazioni oggetto di intercettazioni ma irrilevanti ovvero inutilizzabili, ovvero e più in generale atti relativi a dialoghi comunque formalmente non acquisiti - e funzionalmente rafforzato dalla previsione secondo la quale i materiali in esso custoditi sono quasi tutti - ne sono esclusi, infatti, i verbali e le registrazioni acquisite al fascicolo delle indagini preliminari - coperti dal segreto.

La protezione della "segretezza" della documentazione costituisce il *leitmotiv* dell'art. 89 bis disp. att. c.p.p., il quale stabilisce che il procuratore della Repubblica tiene (*id est*: deve tenere) e gestisce (*recitius*: deve custodire) l'archivio con modalità tali da assicurare il predetto valore, impartendo prescrizioni afferenti (soprattutto, ma non soltanto) all'accesso in funzione di garanzia del segreto su quanto custodito. Già a livello legislativo, tuttavia, è stabilito che ogni accesso - da parte del giudice, del p.m. e dei rispettivi ausiliari, nonché dei difensori delle parti - deve essere annotato in un apposito registro nel quale, con modalità informatiche, devono essere annotati la data dell'accesso, l'ora di inizio e termine di esso, e gli atti specificamente consultati (art. 89 bis, comma 3, disp. att. c.p.p.).

La protezione della riservatezza giustifica, inoltre, il divieto per i difensori di ottenere copia delle registrazioni oggetto di ascolto e degli atti consultati, in linea, d'altra parte, con quanto previsto dall'art. 268 bis, comma 2, c.p.p.

Le norme del decreto ministeriale 20 aprile 2018

È stato pubblicato sul Bollettino Ufficiale del Ministero di Giustizia n. 10 del 31 maggio 2018 il D.M. 20 aprile 2018, recante "disposizioni di attuazione per le intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico e per l'accesso all'archivio informatico a norma dell'art. 7, commi 1 e 3, del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216".

L'art. 1 di esso, nell'impegnativo intento di delineare la funzione dell'archivio riservato, ribadisce al co. 1 la connotazione di esso quale luogo di conservazione e custodia di tutti gli atti (in originale, si precisa) afferenti alle operazioni captative, indipendentemente dagli esiti di esse e dalla spendibilità delle relative risultanze in sede processuale.

La permanenza degli atti presso l'archivio deve avvenire, continua la disposizione, sino al termine indicato dall'art. 269, comma 2, primo periodo, c.p.p., ossia sino alla formazione del giudicato.

Pertanto, fatte salve l'ipotesi in cui il giudice abbia disposto in precedenza la distruzione della documentazione delle intercettazioni inutilizzabili ex art. 271, comma 3, c.p.p. (6) e quella in cui la distruzione delle registrazioni sia richiesta a tutela della riservatezza ai sensi dell'art. 269, comma 2, c.p.p., la conservazione

(5) L. Filippi, *Art. 269 c.p.p.*, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *C.p.p. commentato*, V ed., Milano, 2017, 2706 ss.

(6) L'eventuale omessa distruzione della documentazione delle intercettazioni determina una mera irregolarità, essendo

intergale del materiale investigativo incontra un ben definito limite temporale.

La coincidenza tra le scansioni cronologiche dell'obbligo di conservazione e di quello di distruzione - salvi i casi, si ribadisce, di anticipazione disposta dal giudice - è, però, soltanto parziale posto che, sul versante oggettivo, la distruzione - da effettuare al più tardi all'epoca della formazione del giudicato - affinisce esclusivamente alle registrazioni (art. 269, comma 2, c.p.p.) ovvero i risultati delle intercettazioni (art. 271, comma 1, c.p.p.), di talché si pone il problema della destinazione - presumibilmente da individuarsi in una modalità conservativa diversa e meno (probabilmente poco!) garantita - degli atti dei quali, sebbene espulsi dall'archivio riservato, non è prevista la distruzione.

In ogni caso, la conservazione e la consultazione dei documenti custoditi nell'archivio deve avvenire in formato digitale, ragione per cui il pubblico ministero (l'ufficio, cioè, e quindi il personale ad esso preposto, con esclusione di persone estranee tra cui, per esempio, quelle appartenenti ad uffici di p.g.) deve curare la formazione di copia informatica della documentazione afferente all'attività captativa, la quale, almeno fino all'attuazione del processo penale telematico, continuerà ad essere formata in versione analogica.

Ragioni di ordine sistematico e considerazioni di natura assiologica portano a ritenere che presso l'archivio riservato dovranno essere conservati e custoditi sia la versione originale dell'atto - quella, cioè, analogica formata dagli operatori e dall'autorità che ha curato le fasi autorizzativa e di proroga - sia la copia informatica formata da pubblico ministero, di talché è immaginabile un immanente impegno di strutture e di risorse funzionali all'effettivo operare di un istituto che, altrimenti, è destinato a rimanere una sterile previsione normativa.

La consultazione degli atti custoditi nell'archivio - possibile esclusivamente in formato digitale, come già detto - avviene (ossia, deve avvenire) mediante l'utilizzazione di apposite postazioni - l'art. 3, comma 1, D.M. 20 aprile 2018 le definisce "sicure" e "riservate" - collegate al primo in via telematica.

L'accesso all'archivio di cui parla l'art. 89 bis disp. att. c.p.p. è, dunque, un accesso squisitamente virtuale, essendo fisicamente accessibile soltanto un locale presso l'ufficio del pubblico ministero in cui sono allocate le postazioni che, munite di appositi terminali adeguatamente attrezzati sui versanti *hardware* e *software* ed attraverso connessioni di tipo telematico di cui il ministero di giustizia deve garantire integrità

e sicurezza, rendono possibile l'analisi degli atti archiviati.

Spetta al procuratore della Repubblica assicurare, mediante apposite misure organizzative, che l'accesso all'archivio sia vigilato e che le persone legittimate - legittimazione che esse stesse devono dimostrare - le quali inoltrano richiesta di accesso siano identificate, mentre il registro informatico (l'art. 3, comma 3, D.M. 20 aprile 2018 lo chiama Mod. 37-bis) documenta i dati previsti dall'art. 89 bis, comma 3, disp. att. c.p.p., e dunque la data dell'accesso, l'ora di inizio e termine di esso e gli atti specificamente consultati. Al sistema informatico che assicura il funzionamento del complesso meccanismo costituente l'archivio si affianca un sistema di gestione degli accessi finalizzato ad assicurare il tracciamento di essi: dovrebbe trattarsi, dunque, di un meccanismo di memorizzazione degli accessi correlato all'autore di ciascuno di essi attraverso un codice identificativo generato dal sistema stesso e fruibile una sola volta.

Dal momento che l'esame della documentazione archiviata avviene telematicamente e che, ai sensi dell'art. 89 bis, comma 4, disp. att. c.p.p., è vietato effettuare copie delle registrazioni - esse, tra l'altro, possono essere ascoltate esclusivamente attraverso apparecchi in dotazione dell'archivio - e degli atti custoditi, l'ultimo comma dell'art. 3 del decreto ministeriale fa divieto di introduzione, nei locali in cui sono collocate le postazioni di accesso, di dispositivi idonei alla duplicazione, comunicazione ovvero diffusione all'esterno dei dati custoditi.

A garanzia dell'effettività del divieto medesimo, è attribuito al procuratore della Repubblica il potere di adottare misure idonee, anche richiedendo l'installazione di telecamere a circuito chiuso e di strumenti di rilevazione della presenza di dispositivi vietati.

Conclusioni. Solo una figura giuridica?

Apparentemente semplice da predisporre, l'istituto dell'archivio riservato sembra destinato a rimanere per lungo tempo, appunto, solo una figura giuridica.

L'effettiva operatività di esso richiede, infatti, scelte politiche che coinvolgano necessariamente la destinazione di risorse finanziarie ed umane di non poco momento, non potendosi prescindere per il funzionamento di esso dalla disponibilità di locali idonei, di strumenti informatici sofisticati, di personale competente che curi, tra l'altro, l'informatizzazione di

sempre possibile una successiva distruzione. V., in questo senso, Cass. Pen., Sez. I, 12 novembre 1997, Cuomo, CED, n. 210182.

supporti che, ad oggi, continuano ad essere prodotti in forma analogica.

Il passaggio dalla sfera astratta (previsione normativa) alla dimensione concreta (effettiva attuazione) è particolarmente difficoltoso e le risorse materiali, umane e finanziarie oggi a disposizione del sistema giustizia ne pregiudicano l'effettiva realizzazione.

Accelerazioni poco ponderate (forse maldestre!) rischiano di sganciare ancora una volta la realtà del

funzionamento delle dinamiche investigative dalle strutture normative, con buona pace per il quadro di valori che delle seconde costituisce fondamento e senza seri pericoli sul versante dell'utilizzabilità processuale.

Di ciò sembra essersi reso conto il legislatore allorquando, con il D.L. 25 luglio 2018, n. 91 (7), ha disposto, proprio in ragione delle attuali carenze organizzative, che il termine di efficacia del provvedimento di riforma sia prorogato al 31 marzo 2019.

(7) Pubblicato sulla *G.U.* 25 luglio 2018, n. 171 ed entrato in vigore il 26 luglio 2018.