

# La direttiva sulle intercettazioni della Procura della Repubblica di Milano: brevi note

mercoledì 22 luglio 2020

di Suraci Leonardo - Dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università La Sapienza di Roma

Adottata dal Procuratore della Repubblica il 6 luglio 2020, essa contiene una “prima serie” – ne seguiranno altre, quindi – di linee guida finalizzate ad orientare ed uniformare le prassi dell'ufficio di procura e della polizia giudiziaria.

Si tratta di un atto che si correla alle nuove esigenze della cui tutela la riforma delle intercettazioni – la quale, come è noto, riguarda (dovrebbe riguardare!) nella sua versione profondamente ridimensionata dal d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con mod. in l. 28 febbraio 2020, n. 7, i procedimenti iscritti dall'1 settembre 2020 – grava il procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le intercettazioni.

Si tratta di un assetto certamente molto meno innovativo rispetto a quello introdotto dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, ma comunque da gestire con particolare attenzione in relazione alle nuove dinamiche che caratterizzano sia le sedi di conservazione dei risultati delle intercettazioni e della relativa documentazione – non più la segreteria del pm (se non in prima battuta e per periodi di tempo limitatissimi) ma l'archivio di cui gli artt. 269, co.1 c.p.p. e 89-*bis* disp. att. c.p.p., gestito e tenuto sotto la sorveglianza del procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le registrazioni – sia le modalità di conservazione ed accesso – telematiche e non più (esclusivamente) cartacee – sia, infine, gli itinerari ed i contenuti dell'accesso difensivo (diversamente modulati su base progressiva ed in relazione all'evoluzione del procedimento).

Le intercettazioni, come è noto, costituiscono un fondamentale mezzo di ricerca della prova nell'ambito del quale il diritto di difesa viene tutelato soltanto in un momento successivo rispetto allo svolgimento delle operazioni captative, perché la natura di atto a sorpresa di esse impedisce all'interessato ed al suo difensore di partecipare alla fase propriamente esecutiva, di pertinenza esclusiva dell'autorità investigativa pubblica.

A norma dell'art. 268 c. 4, 5 e 6 c.p.p., infatti, la *discovery* delle risultanze dell'attività captativa è condizionata al deposito presso la segreteria del pm – ma, per i procedimenti

iscritti dall'1 settembre 2020, presso l'archivio (appunto) delle intercettazioni – degli atti relativi alle intercettazioni stesse.

Per vero, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione (quindi: mai prima, fatta salva l'ipotesi di impiego delle risultanze investigative per finalità cautelari personali) i verbali e le registrazioni (trasmessi dalla pg) devono essere depositati nella segreteria del pm (*id est*: archivio delle intercettazioni) insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal p.m., salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga.

Se, tuttavia, dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, è prevista (art. 268, co. 5 c.p.p.) la possibilità che il gip autorizzi il pm a ritardare il deposito, non potendo comunque superarsi il momento di chiusura delle indagini preliminari. In questo caso, si è affermato in giurisprudenza, il termine coincide, nell'ambito del procedimento ordinario, con quello di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. (nel giudizio immediato, invece, con il segmento precedente il deposito della relativa richiesta) sicché si fa luogo ad un unico deposito e la persona sottoposta alle indagini ed il suo difensore possono esercitare anche le facoltà di cui all'art. 268 c. 6 c.p.p. [Cass. pen., Sez. V, 11 aprile 2003, Gualtieri].

Norma, quest'ultima, la quale prevede che soltanto a seguito del deposito – tempestivo ovvero ritardato – i difensori hanno facoltà e previo specifico avviso – il quale deve essere dato al difensore e non alla parte personalmente, in quanto riguardante aspetti di precipuo carattere tecnico [Cass. pen., Sez. VI, 14 novembre 2006, Protopapa] – di (per via “telematica”, evidenzia il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161) esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, al fine di esplicitare un controllo sia di legittimità che sul versante del merito con proiezione sulle successive operazioni finalizzate a determinare la fruibilità processuale delle risultanze.

La direttiva contiene una introduzione di carattere definitorio che conferma il carattere complesso dell'archivio delle intercettazioni di cui agli artt. 269, co. 1 c.p.p. e 89-*bis* disp. att. c.p.p., da intendersi come l'insieme della parte documentale – da conservare in versione sia informatica che cartacea – relativa alle attività di intercettazione e delle registrazioni dei dialoghi oggetto di captazione: si tratta, cioè, dei verbali, delle registrazioni e di “ogni atto ad esse relativo” a cui fa riferimento l'art. 269, co. 1 c.p.p.

L'archivio, infatti, si compone di diverse partizioni:

1. un archivio “digitale” (ADI) in cui sono custodite le registrazioni ed accessibile (previa autorizzazione) mediante apposite postazioni;

2. un archivio “riservato” TIAP contenente la documentazione scansionata relativa alle (e diversa, quindi, dalle) registrazioni ed accessibile alle medesime condizioni;
3. un archivio “riservato” documentale contenente i supporti cartacei corrispondenti alle versioni scansionate.

Quest'ultimo ha, dunque, un contenuto corrispondente a quello digitalizzato proprio del sistema TIAP ed è fisicamente distinto dalle altre partizioni dell'archivio, trattandosi di un compendio documentale custodito in “stanze dedicate, con ingresso chiuso ai non autorizzati e costantemente monitorato”, al quale sarà possibile accedere soltanto eccezionalmente, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica o dell'aggiunto delegato ed esclusivamente al fine di verificare la conformità della copia informatica all'originale.

Va detto che TIAP (“trattamento informatico atti processuali”) è un applicativo sviluppato dal Ministero della Giustizia per la gestione informatica del fascicolo penale con possibilità di integrarne i contenuti nelle varie fasi processuali con atti, documenti e supporti multimediali.

Si tratta di uno strumento già in uso in molti uffici giudiziari ed i cui valore non risiede nella semplice capacità di trasformare i documenti cartacei in entità digitali per produrre un archivio informatico suscettibile di consultazione (con possibilità di ricerca, esportazione e stampa dell'intero fascicolo o di singoli atti), quanto nel permetterne un utilizzo condiviso tra uffici del circondario e del distretto, consentendo anche ai difensori la consultazione e la ricezione delle copie degli atti a loro ostensibili.

La conservazione della documentazione complessivamente inerente all'attività captativa, precisa la direttiva, avviene a seguito del “conferimento”, ossia del deposito (*id est*: materiale riversamento, dunque non ancora un deposito formale, da effettuare con la collaborazione del gestore, della pg delegata alle indagini e del personale amministrativo e di pg preposto all'ufficio intercettazioni) dei (soli) verbali e registrazioni trasmessi al pm dalla pg nell'archivio.

Il conferimento – il quale, fatta salva l'ipotesi di richiesta di misura cautelare che utilizzi le risultanze di intercettazioni ancora in corso (evenienza in cui il pm deve disporre il conferimento nell'archivio digitale delle intercettazioni utilizzate e della relativa documentazione), presuppone la trasmissione degli atti da parte della pg (art. 268, co. 4 prima parte c.p.p.), attività prodromica che nel punto 3.2 della direttiva viene definita impropriamente “deposito” – proprio in ragione del suo carattere puramente materiale (e, quindi, privo di proiezione esterna) deve avvenire senza alcun coinvolgimento o informativa alla difesa e, sul versante cronologico, immediatamente dopo la conclusione della

complessiva attività di intercettazione (comprensiva delle fasi di ascolto, trascrizione e verbalizzazione).

Superato comunque siffatto frangente per peculiari esigenze investigative incidenti sul deposito, la relazione di immediatezza predetta sembra fare escludere che il conferimento possa essere posticipato al segmento procedimentale precedente il deposito della richiesta di giudizio immediato *ex art. 454 c.p.p.* o, nel procedimento ordinario, la notifica dell'avviso *ex art. 425-bis c.p.p.*, prospettiva che, invece, viene (contraddittoriamente) aperta dai punti 5.1 e 6.1 della direttiva. Fra la trasmissione della pg e il conferimento dovrebbero essere prospettabili soltanto modeste sfasature temporali connesse alla complessità delle necessarie operazioni tecniche, segmenti durante i quali la conservazione e custodia dei materiali investigativi segue le modalità già previste, con un recupero di centralità del fascicolo delle indagini preliminari.

Diverso dal riversamento-conferimento è il deposito (formale) delle intercettazioni, consistente nella procedura di cui all'art. 268, co. 4 seconda parte, 5 e 6 c.p.p. e distinta dal primo per oggetto (vi sono inclusi, anche, i decreti autorizzativi, di proroga, di convalida e dispositivi delle intercettazioni), sul versante cronologico (il deposito formale segue, difatti, il conferimento e deve avvenire entro cinque giorni dalla cessazione delle operazioni ovvero, nel caso previsto dall'art. 268, co. 5 c.p.p., entro la chiusura delle indagini) e finalistico (il deposito, invero, è funzionale alla *discovery* – esame degli atti ed ascolto delle registrazioni – e segna l'avvio della fase protesa alla definitiva acquisizione al fascicolo del dibattimento delle conversazioni suscettibili di utilizzazione, le uniche di cui i difensori possono ottenere copia ai sensi dell'art. 89-bis, co. 4 disp. att. c.p.p.). A questo proposito, deve segnalarsi l'invito rivolto ai pm dell'ufficio affinché sia favorita l'anticipazione della procedura trascrittiva alla fase di formazione del fascicolo per il dibattimento *ex art. 431 c.p.p.* (art. 268, co. 7 c.p.p.).

Una attenzione particolare è dedicata all'attuazione della disposizione di cui all'art. 268, co. 2-bis c.p.p., ai sensi della quale il pm – nel quadro dei suoi doveri complessivi di direzione delle indagini e vigilanza – deve dare indicazioni e vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini.

La direttiva diversifica l'intervento selettivo a seconda che si tratti di conversazioni rilevanti o utilizzabili ovvero di acquisizioni prive di siffatte caratteristiche e, sul primo versante, pone in capo al pm il dovere di assicurare che la pg effettui una rigorosa selezione dei materiali rilevanti e suscettibili di utilizzazione processuale e l'adempimento di esso avviene attraverso il ricorso a procedure informali di interlocuzione – non è più previsto,

infatti, che l'informativa preventiva al pm *ex art. 268, co. 2-bis c.p.p.* debba avvenire con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni – tese, innanzitutto, ad evitare la documentazione di intercettazioni manifestamente irrilevanti o inutilizzabili.

Si tratta di una prima selezione che viene rimessa alla pg operante, la quale dovrà, in caso di dubbio, sottoporre alla valutazione del pm l'effettiva connotazione della conversazione da, (solo) eventualmente, documentare.

Una volta superato positivamente il primo segmento della verifica – e dunque dopo avere isolato le conversazioni utilizzabili e rilevanti, pertanto suscettibili di documentazione – deve attivarsi la costante verifica protesa alla salvaguardia della reputazione e della riservatezza (rispetto ai dati sensibili, secondo quanto stabilito dall'art. 9, Regolamento UE 2016/679) delle persone coinvolte nel dialogo intercettato, bilanciando la protezione dei diritti fondamentali della persona – ivi inclusi il diritto di difesa e le prerogative dei parlamentari – con le effettive esigenze delle investigazioni.

Effettuata l'attività selettiva delle intercettazioni rilevanti (che, ovviamente, siano anche utilizzabili processualmente) l'informativa al pm da parte della pg deve avvenire mediante annotazioni – soltanto in un momento successivo saranno allegati i verbali, contenenti lo stralcio dei contenuti rilevanti ovvero, a richiesta del pm, l'intera conversazione – di carattere riassuntivo, essendo riservata la riproduzione del tenore letterale della conversazione ai soli casi di assoluta necessità per la compiuta rappresentazione dei fatti.

La valutazione finale circa la rilevanza del risultato dell'attività captativa si colloca nel momento finale della complessiva attività di intercettazione e, dunque, a ridosso della trasmissione di tutti gli atti ad essa relativi al pm, dal momento che il completamento delle operazioni consente alla pg (prima della trasmissione) ed al pm (successivamente) di disporre di un quadro d'insieme che, definitivamente sistematizzato, consente una migliore ricognizione ed analisi delle acquisizioni anche in funzione selettiva in vista delle operazioni di cui agli artt. 268, co. 6, 415-*bis*, co. 2-*bis* e 454, co. 2-*bis* c.p.p.

Merita di essere evidenziato che, al fine di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte in dialoghi privi di rilevanza ovvero inutilizzabili, la direttiva impone alla pg di procedere alla distruzione delle copie delle intercettazioni così caratterizzate e di ogni bozza o minuta di lavoro (anche se formata elettronicamente) relativa ad esse, di modo che i contenuti delle intercettazioni rimangano fin dal momento della trasmissione *ex art. 268, co. 4 c.p.p.* – momento in cui la pg deve, tra l'altro, dare atto dell'avvenuta distruzione – nella esclusiva disponibilità del pm.

Parimenti ed al medesimo fine, una volta effettuato il c.d. “controllo di qualità” del conferimento – consistente in un esame a campione delle conversazioni conferite finalizzato a verificare la correttezza tecnica dell’operazione di conferimento e l’effettiva funzionalità degli ascolti delle conversazioni che ne formano oggetto – il pm ordina (dunque: deve ordinare) al gestore di procedere alla cancellazione dai propri *server* delle registrazioni e dei verbali. Se le registrazioni non sono, invece, transitate sui *server*, il conferimento presuppone la distruzione dei supporti mobili sui quali i dialoghi sono stati registrati.

In relazione alla procedura cautelare che faccia impiego delle risultanze di attività di intercettazione, merita di essere segnalato che, in linea con la visione garantista resa esplicita da C. cost., 8 ottobre 2008, n. 336 e recepita dal legislatore della riforma – dopo una serie di travagliate vicissitudini, la regola introdotta dalla Corte costituzionale è stata infatti recepita formalmente dal legislatore, il quale, con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con mod. in l. 28 febbraio 2020, n. 7, ha modificato l’art. 293, co. 4 c.p.p. prevedendo espressamente che il difensore ha il diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni oggetto di intercettazione trasmesse al gip a corredo della richiesta cautelare, oltre che (“in ogni caso”, dice la norma, dunque a prescindere dalla trasmissione o dal deposito) il diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni – nonché aderendo ad una impostazione recentemente ribadita da Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 2020 (C.C. 11 febbraio 2020), n. 12043, la direttiva precisa che il difensore della persona sottoposta alle indagini ha diritto di esaminare ed estrarre copia della documentazione relativa alle intercettazioni utilizzate, oltre che di ottenere la trasposizione delle registrazioni su un supporto idoneo.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza ha fin da subito chiarito che la richiesta volta ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate ed utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare deve essere presentata al pm [Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2009, Gullo. Di poco successiva è l’analoga presa di posizione contenuta in Cass. pen., Sez. III, 30 settembre 2009, Kasa]. Sul tema delle conseguenze derivanti dalla materiale indisponibilità delle registrazioni da parte del difensore era sorto un contrasto giurisprudenziale che le Sezioni unite hanno risolto chiarendo che l’ingiustificato ritardo da parte del pm di consegnare al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni poste a base della misura cautelare non inficia l’attività di ricerca della prova ed il risultato probatorio, ma determina – a causa dell’illegittima compressione del diritto di difesa – una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell’art. 178 lett. c c.p.p., pertanto soggetta alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p. Di conseguenza, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame – ed il tribunale non abbia potuto acquisire

d'ufficio il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, co. 9 c.p.p. – il giudice non può utilizzare le suddette registrazioni come prova.

La Corte ha altresì precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare non preclude al pubblico ministero la possibilità di reiterare la richiesta ed al g.i.p. di accogliere la nuova richiesta, se corredata dal relativo supporto fonico [Cass. pen., Sez. un., 22 aprile 2010, Della Sala].

Poco più tardi la Corte di cassazione ha, sempre nell'ambito dell'orientamento in questione, specificato che la nullità – che si conferma essere di ordine generale a regime intermedio – conseguente alla mancata disponibilità, in capo alla difesa, dei supporti che siano stati oggetto di tempestiva richiesta sussiste anche laddove detta indisponibilità sia conseguita ad inerzia o ritardo non già del pm, bensì degli uffici deputati a dare esecuzione al provvedimento [Cass. pen., Sez. V, 12 maggio 2011, Lin. Nello stesso senso v., successivamente, Cass. pen., Sez. V, 24 febbraio 2012, n. 8921].

La Suprema corte ha applicato i principi appena esaminati anche alla materia delle video riprese, chiarendo che, sempre in tema di misure cautelari, sussiste il diritto del difensore di chiedere ed ottenere dal pubblico ministero copia dei supporti magnetici o informatici delle registrazioni di video riprese utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, poiché la prova dei fatti dalle stesse rappresentati non deriva dal riassunto effettuato negli atti di polizia giudiziaria, ma dal contenuto stesso delle registrazioni documentate nei relativi supporti, irrilevante dovendosi ritenere la circostanza che la relativa disciplina non sia rinvenibile negli artt. 266 ss. c.p.p. [Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45984].

Da ultimo, con una puntualizzazione che si caratterizza per l'introduzione di un principio generale di leale collaborazione dell'imputato, la Corte di cassazione ha stabilito che, nel procedimento d'appello *ex art. 310 c.p.p.*, la nullità o l'inutilizzabilità delle risultanze delle video riprese di cui il difensore non abbia ottenuto il rilascio di copia in tempo utile per la discussione del giudizio presuppone che l'istanza sia stata non soltanto ritualmente e tempestivamente presentata al pm, ma anche corredata dal materiale tecnico necessario su cui riversare le registrazioni [Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53425. Nell'occasione la Corte ha escluso l'applicazione di sanzioni processuali per il mancato rilascio in tempo utile di copie di registrazioni audio e video conseguente al ritardo imputabile a colpevole inerzia dell'imputato il quale, sebbene tempestivamente informato, non aveva prodotto il necessario *hard disk* esterno].

Deve comunque essere richiamato, per l'importanza degli effetti che possono conseguirne, l'arresto secondo cui non grava sul pm alcun obbligo di comunicazione al difensore

dell'indagato del provvedimento con cui ha deciso sull'istanza di accesso alle registrazioni delle intercettazioni telefoniche utilizzate per l'adozione di una misura cautelare, essendo onere dello stesso difensore informarsi dell'eventuale accoglimento ovvero del rigetto della suddetta istanza o anche solo della sua mancata considerazione [Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 38673, CP, 2012, 3824].

La direttiva, spingendosi oltre la correzione apportata al testo dell'art. 268 c.p.p. – il quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere “*la trasposizione su nastro magnetico*” delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, “*utilizzate*” ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, “*anche se non depositate*”, apre alla possibilità che il difensore possa accedere all'archivio delle intercettazioni anche se le indagini siano ancora aperte per la consultazione delle fonia e della documentazione non utilizzata nella richiesta, previa autorizzazione del pm procedente.

Resta da capire come sia possibile reperire siffatta documentazione nell'archivio, dal momento che, si ha modo di leggere, l'utilizzo a fini cautelari delle intercettazioni, da un lato implica soltanto il conferimento delle intercettazioni utilizzate nella richiesta e della relativa documentazione, dall'altro presuppone l'autorizzazione al ritardato deposito.

La sezione relativa alle intercettazioni mediante il ricorso al captatore informatico, per lo più riprodotto del disposto legislativo, si segnala per l'attenzione che la direttiva rivolge alla individuazione dei luoghi di svolgimento delle intercettazioni, trattandosi di attività ordinariamente limitate allorché coinvolgano il domicilio (art. 266, co 2 c.p.p.). Gli obblighi documentativi imposti dall'art. 89, co. 1 disp. att. c.p.p. rendono difatti necessario un “costante monitoraggio” dei luoghi di svolgimento delle intercettazioni da parte della pg operante, al fine di verificare l'esatta connotazione di essi e, eventualmente, la ricorrenza del presupposto di legittimità costituito dal fondato motivo di ritenere che sia in corso di svolgimento l'attività criminosa.

La consapevolezza delle difficoltà che la possibile identificazione pone – difficoltà di cui lo stesso legislatore ha piena consapevolezza, come dimostra l'estensione delle modalità di determinazione dei luoghi prevista dall'art. 267, co. 1 c.p.p. in relazione al provvedimento autorizzativo e la previsione di situazioni di impossibilità di indicazione dei luoghi durante la fase esecutiva (art. 89, co. 1 disp. att. c.p.p.) – ha spinto la direttiva a prevedere che il pm “inviti” la pg operante ad adempiere al dovere di monitorare i luoghi interessati.